Tratado de Derecho Penal

Parte General

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

5.ª edición, renovada y ampliada

R-4546576

Traducción
de

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Granada

UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA
BIBLIOTECA GENERAL ALBACETE

GRANADA, DICIEMBRE 2002

Nota preliminar del traductor

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

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

Índice

Abreviaturas XXIX

Introducción: Fundamentos generales

§ 1 La misión del Derecho penal 1
I. La protección de la sociedad 2
II. Función represiva y preventiva del Derecho penal 4
III. Protección de bienes jurídicos y de valores ético-sociales 7

§ 2 Conceptos básicos del Derecho penal 9
I. Derecho penal y poder punitivo 10
II. Delito, pena y medida de seguridad 14
III. Las sanciones no criminales 15

§ 3 Posición sistemática, estructura, reforma global del Derecho penal, Tratado de la unificación alemana 16
I. El Derecho penal como Derecho público 17
II. Los tres ámbitos del Derecho penal 18
III. La Parte General y Especial del Código Penal 20
IV. La reforma global del Derecho penal alemán 20
V. El Derecho penal de acuerdo con el Tratado de la Unificación alemana . 22

§ 4 Principios de la Política criminal 22
I. El principio de culpabilidad 24
II. El principio del Estado de Derecho 28
III. El principio de humanidad 29

§ 5 El reflejo estadístico de la criminalidad y la aplicación del Derecho penal 30
I. Generalidades sobre la estadística criminal 31
II. El desarrollo de la criminalidad global (delitos graves y menos graves) comprobada judicialmente durante el Imperio alemán y la República Federal entre 1882 y 1991 33
III. El desarrollo de la criminalidad juvenil comprobada judicialmente en el Imperio alemán y en la República Federal de Alemania entre 1882 y 1991 así como de la criminalidad de semiadultos entre 1954 y 1991 35
IV. Delitos conocidos y resueltos 37

V. Aplicación de las penas y de las medidas de seguridad 38
VI. Presos y custodiados entre 1969 y 1991, en ambos casos a 31 de marzo, según la clase y duración de la privación de libertad y la edad personal 41

§ 6 Las Ciencias Criminales 43
I. La Ciencia del Derecho penal (Derecho penal material) y sus disciplinas cercanas 46
II. La Criminología y sus disciplinas cercanas 50

Primera Parte: La Ley penal

Capítulo 1: Los elementos de la Ley penal

§ 7 El delito 54
I. El delito como injusto merecedor de pena 54
II. El carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal 56
III. Derecho penal del hecho y Derecho penal de autor 58
IV. La clasificación de las acciones punibles 59
V. Delitos e infracciones administrativas 61

§ 8 La pena 66
I. Origen, justificación y naturaleza de la pena 69
II. Las posibilidades de interpretación del sentido de la pena 71
III. Teorías absolutas de la pena 75
IV. Teorías relativas de la pena 77
V. Las teorías unitarias 81
VI. La condena condicional 85

§ 9 La medida de seguridad 88
I. La doble vía del Derecho penal 89
II. Justificación y crisis de la doble vía 91
III. Presupuestos y duración de las medidas de seguridad 94

Capítulo 2: Las fuentes del Derecho penal

§ 10 Breve recorrido por la historia del Derecho penal alemán hasta el Código imperial de 1871 96
I. El período germánico 97
II. El período franco 98
III. La Edad Media 98
IV. La recepción del Derecho romano-italiano 99
V. El Derecho común 100
VI. La Ilustración 101
VII. La época de los Derechos penales particulares 102
VIII. El origen del Código penal imperial de 1871 103

§ 11 La reforma del Derecho penal material alemán 103
I. La reforma hasta la Primera Guerra Mundial 106
II. La labor de reforma político-criminal de la República de Weimar . . . 106
III. La reforma del Derecho penal bajo la época del nacional-socialismo y la reacción de las fuerzas de ocupación 107
IV. La labor de reforma durante la República Federal 107

§ 12 Fuentes del Derecho penal federal fuera del StGB 114
I. Derecho penal codificado y no codificado 115
II. Las leyes penales principales 116
III. Las leyes penales accesorias 118
IV. El Derecho consuetudinario 119

§ 13 La jerarquía de las fuentes del Derecho penal 120
I. La relación entre el Derecho penal federal y el territorial 120
II. La relación entre la ley y el reglamento en Derecho penal 123

§ 14 El Derecho internacional penal 124
I. La relación entre el Derecho penal estatal y el Derecho internacional penal *(Völkesjtrafrecht)* 126
II. El desarrollo del Derecho internacional penal 127
III. Los presupuestos jurídicos del Derecho internacional penal 131
IV. Los tipos penales del Derecho internacional penal 132

Capítulo 3: Ley penal y Estado de Derecho

§ 15 La función garantista de la Ley penal 134
I. El significado de la técnica legislativa para la función garantista de la Ley penal 136
II. El desarrollo histórico del principio de legalidad 140
III. La función garantista de la Ley penal en el Derecho vigente 142
IV. Especial referencia a la prohibición de retroactividad 147

§ 16 El principio "in dubio pro reo" y la determinación alternativa del hecho 153
I. Esencia y naturaleza jurídica del principio „in dubio pro reo" y su relación con la determinación alternativa del hecho 153
II. El principio "in dubio pro reo" según el Derecho vigente 155
III. Desarrollo, alcance actual y valoración de la determinación alternativa del hecho 157

§ 17 La interpretación de la Ley penal 161
I. Los argumentos de la lógica jurídica 162
II. Interpretación y subsunción 163
III. Necesidad y libertad de la interpretación 164
IV. Las clases de interpretación 165

Capítulo 4: El ámbito de vigencia del Derecho penal alemán

§ 18 El ámbito de vigencia internacional 171
I. Concepto, límites e ideas fundamentales del Derecho penal internacional. 174
II. Los principios del Derecho penal internacional 178
III. El Derecho penal internacional del StGB 183
IV. El lugar de comisión del delito 190
V. El dolo en Derecho penal internacional 193
VI. Conceptos extrapenales del Derecho penal internacional 193
VII. Excurso: Derecho penal europeo 195
§ 19 El ámbito de vigencia personal 200
I. El concepto de ámbito de vigencia personal del Derecho penal alemán . 200
II. Inviolabilidad e inmunidad según el Derecho constitucional 201
III. Privilegios de Derecho internacional 202

§ 20 El ámbito de vigencia interalemán 204
I. Concepto, vigencia y puntos de conexión del Derecho penal interlocal . 204
II. El desarrollo del Derecho penal interlocal y su aplicación en la República Federal antes de la integración de la RDA 206
III. Las relaciones entre el Derecho penal de la República Federal y el Derecho penal todavía vigente de la desaparecida RDA 207

Segunda Parte: El delito

Capítulo 1: Fundamentos generales

§ 21 Sentido, método y estructura de la teoría general del delito 209
I. El sentido de la teoría general del delito 209
II. El método de la teoría general del delito 211
III. La formación del concepto de delito 213

§ 22 Las etapas del desarrollo de la moderna teoría del delito 214
I. Las etapas previas a la moderna teoría del delito 215
II. El concepto clásico de delito 217
III. El concepto neoclásico de delito 219
IV. La doctrina del Derecho penal en la Escuela de Kiel 223
V. El concepto de delito del finalismo 224
VI. Su desarrollo más reciente 229

§ 23 El concepto penal de acción y las cuestiones relacionadas con ella 232
I. Necesidad, función y requisitos del concepto de acción 233
II. Estructura y crítica del concepto causal de acción 235
III. Estructura y crítica del concepto final de acción 236
IV. El concepto negativo de acción 238
V. El concepto personal de acción 238
VI. El concepto social de acción 238

VII. Sanciones contra personas jurídicas y asociaciones de personas 242
VIII. La actuación en nombre de otro (responsabilidad de órganos y representantes) 246

Capítulo 2: El delito de comisión dolosa

Sección 1.ª: La antijuricidad

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

§ 24 Concepto y esencia de la antijuricidad 249
I. Antijuricidad formal y material 249
II. La norma jurídica como norma de valoración y determinación 252
III. El desvalor de acción y de resultado en el injusto 255

§ 25 Antijuricidad y tipo 261
I. El tipo como tipo de injusto 261
II. Tipos "abiertos" y elementos de valoración global 264
III. La teoría de los elementos negativos del tipo 266
IV. Tipo y adecuación social 268
V. Tipo y principio "victimodogmático" 271

§ 26 La estructura de los tipos penales 272
I. Bien jurídico y objeto material 274
II. Las clases de tipos penales 278
III. La formación de los grupos de tipos 287
IV. Elementos descriptivos y normativos del tipo 289
V. Casos especialmente graves, menos graves y ejemplos reglados 290

Subsección b): Los elementos del tipo de injusto

§ 27 Los elementos objetivos del tipo 292
I. La esencia de lo "objetivo" en el tipo 292
II. Los elementos objetivos del tipo en particular 294

§ 28 Causalidad e imputación objetiva 295
I. Causalidad e imputación objetiva como fundamentos de la responsabilidad penal 296
II. La comprobación de la causalidad 298
III. Limitaciones de la imputación objetiva de acuerdo con la teoría tradicional. 304
IV. La nueva teoría de la imputación objetiva 307
V. Las teorías individualizadoras de la causalidad 310

§ 29 Dolo y error de tipo 310
I. El requisito de la comisión dolosa del hecho 212
II. Origen, esencia y objeto del dolo 313

III. Las clases de dolo 318
IV. Finalidad y dolo 326
V. El error de tipo 327

§ 30 Los elementos subjetivos del tipo 339
I. Naturaleza, descubrimiento y delimitación de los elementos subjetivos del tipo 339
II. Los elementos subjetivos del tipo en el Derecho vigente 342
III. El tratamiento de los elementos subjetivos del tipo 344

Subsección c): La exclusión de la antijuricidad

§ 31 Los fundamentos generales de la justificación de las acciones típicas 344
I. La relación entre la norma de prohibición y la proposición permisiva . 346
II. La sistemática de las causas de justificación 348
III. Origen y tipificación de las causas de justificación 350
IV. Los elementos subjetivos de justificación 352
V. La suposición errónea de una causa de justificación 355
VI. Consecuencias derivadas de las causas de justificación 356
VII. Atenuación de la pena en las causas de justificación incompletas 358

§ 32 La legítima defensa 359
I. Naturaleza jurídica de la legítima defensa 360
II. La estructura del concepto de legítima defensa 362
III. Restricciones al derecho de defensa 369
IV. El auxilio necesario 374
V. La legítima defensa y el Convenio Europeo de Derechos Humanos . . 374
VI. Exceso y legítima defensa putativa 375
VII. Derecho extranjero 375

§ 33 El estado de necesidad justificante 377
I. La distinción entre las clases de estado de necesidad 379
II. La defensa frente a cosas (estado de necesidad civil defensivo) 381
III. El estado de necesidad civil agresivo 383
IV. El estado de necesidad justificante (§ 34) 385
V. El conflicto de deberes de naturaleza justificante 392
VI. La autorización oficial como causa de justificación 394
VII. Derecho extranjero 396

§ 34 Consentimiento y consentimiento presunto del ofendido 398
I. La conformidad del afectado y su tratamiento en Derecho penal 399
II. El consentimiento como causa de justificación 404
III. El ámbito de eficacia del consentimiento justificante 405
IV. Los requisitos de la declaración del consentimiento 409
V. El conocimiento del consentimiento por parte del autor 411
VI. Derecho extranjero 412
VII. El consentimiento presunto 413

§ 35 La actuación en el ejercicio de facultades públicas y otros casos cercanos 418
I. La utilización de la coacción del Estado como causa de justificación . 419
II. El mandato oficial y la orden militar como causas de justificación . . . 421
III. El derecho de corrección 424
IV. La actuación "pro magistratu" 426

§ 36 El riesgo permitido 429
I. El riesgo permitido como principio estructural 430
II. Causas de justificación que poseen la estructura del riesgo permitido . 431

Sección 2.ª: La culpabilidad

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

§ 37 Fundamentos antropológicos del concepto de culpabilidad 434
I. Principio de culpabilidad y libre albedrío 437
II. La conciencia como fuente de conocimiento del Derecho y del injusto . 443
III. El modelo de la estructura estratificada de la personalidad 445

§ 38 Los fundamentos dogmáticos del concepto de culpabilidad 447
I. Culpabilidad jurídica y moral 448
II. Las distintas etapas en el desarrollo de la teoría de la culpabilidad . . . 450
III. Concepto formal y material de culpabilidad 453
IV. Culpabilidad por el hecho individual y culpabilidad por el modo de vida . 453

§ 39 Delimitación, contenido y estructura del concepto de culpabilidad 455
I. Antijuricidad y culpabilidad 456
II. El objeto del juicio de culpabilidad 457
III. La medida del juicio de culpabilidad 458
IV. Los elementos que integran el juicio de culpabilidad (la culpabilidad como fundamento de la pena) 460

Subsección b): Los elementos de la culpabilidad

§ 40 La capacidad de culpabilidad (imputabilidad) 462
I. El concepto de la capacidad de culpabilidad 465
II. Los grados de la capacidad de culpabilidad 466
III. Incapacidad de culpabilidad motivada por trastornos mentales 469
IV. La capacidad de culpabilidad disminuida 475
V. Derecho extranjero 477
VI. La actio libera in causa 478
VII. El tratamiento de la embriaguez en Derecho penal 482

§ 41 Conciencia de la antijuricidad y error de prohibición 483
I. La conciencia de la antijuricidad como elemento de la culpabilidad . 485
II. El error sobre la norma de prohibición (error de prohibición directo) . 490

III. El error sobre las causas de justificación (error de prohibición indirecto). 496
IV. El error de tipo permisivo 497
V. Derecho extranjero 502

§ 42 El tipo de la culpabilidad y sus elementos 504
I. Naturaleza y función del tipo de culpabilidad 504
II. Los elementos del tipo de culpabilidad 506
III. Problemas relativos al error y la participación 509

Subsección c): Las causas de exculpación

§ 43 Los fundamentos de la exculpación de las acciones típicamente antijurídicas 511
I. Exclusión de la antijuricidad y exculpación 511
II. Exclusión de la culpabilidad y exculpación 512
III. Aspectos fundamentales de las causas de exculpación 513

§ 44 El estado de necesidad exculpante 515
I. La situación de necesidad 517
II. La acción necesaria 519
III. La restricción del estado de necesidad a través de la cláusula de exigibilidad 521
IV. Atenuación de la pena en los supuestos de exigibilidad de la situación de necesidad 524
V. El error sobre el estado de necesidad 525
VI. Derecho extranjero 526

§ 45 El exceso en la legítima defensa 527
I. Legítima defensa y exceso defensivo 527
II. Exceso en la legítima defensa por turbación, miedo o pánico 528

§ 46 La actuación en virtud de obediencia debida 531
I. La actuación en cumplimiento de obediencia debida como causa de justificación y de exculpación 532
II. Los límites del efecto exculpante en una orden no vinculante 533
III. Derecho extranjero 536

§ 47 Conflicto de deberes, inexigibilidad y actuación en conciencia como causas de exculpación supralegales 538
I. El conflicto de deberes como causa de exculpación supralegal 539
II. La inexigibilidad como causa de exculpación supralegal 541
III. El delito cometido por una decisión adoptada en conciencia 543

§ 48 El error sobre las causas de exculpación 545
I. Naturaleza jurídica del error sobre las causas de exculpación 545
II. El tratamiento del error sobre los presupuestos de una causa de justificación 546

Sección 3.ª: Los grados del delito doloso

§ 49 Concepto, tipo y punición de la tentativa 547
I. Panorámica de la historia dogmática de la tentativa 550
II. El fundamento de la punibilidad de la tentativa 551
III. El tipo de la tentativa 553
IV. La delimitación entre tentativa y preparación 557
V. La penalidad de la tentativa 560
VI. El castigo de los actos preparatorios 562
VII. Supuestos especiales de tentativa 563
VIII. El delito de emprendimiento 565
IX. Derecho extranjero 566

§ 50 La tentativa inidónea y el delito putativo 568
I. La punibilidad de la tentativa inidónea 569
II. La impunidad del delito putativo 572
III. El error acerca de la idoneidad del sujeto 574

§ 51 El desistimiento de la tentativa 576
I. El fundamento jurídico de la impunidad del desistimiento voluntario de la tentativa 578
II. La distinción entre tentativa inacabada y acabada 580
III. El desistimiento de la tentativa inacabada (§ 24 I 1 en su primera alternativa) 584
IV. El desistimiento de la tentativa acabada (§ 24 I 1 en su segunda alternativa) 586
V. El desistimiento del delito consumado, de los actos preparatorios autónomos y de los delitos de emprendimiento 588
VI. Efectos del desistimiento 589

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

§ 52 Las causas personales de exclusión y de supresión de la pena 593
I. Naturaleza de las excepciones personales de la punibilidad 593
II. Clases de excepciones personales de la punibilidad 594
III. Tratamiento de las excepciones personales de la punibilidad 595

§ 53 Las condiciones objetivas de punibilidad 596
I. Concepto y función de las condiciones objetivas de punibilidad 597
II. Las condiciones objetivas de punibilidad en particular 601
III. El tratamiento de las condiciones objetivas de punibilidad 602

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 603
I. Concepto de imprudencia 605
II. Clases y grados de imprudencia 611
III. Tratamiento de las combinaciones dolo-imprudencia 613
IV. Tentativa y participación en los delitos imprudentes 617
V. Derecho extranjero 619

§ 55 El tipo de injusto del delito imprudente 620
I. La infracción del deber objetivo de cuidado 622
II. Acaecimiento, causación y previsibilidad del resultado 627

§ 56 Causas de justificación en el delito imprudente 632
I. La aplicabilidad de las causas de justificación a los delitos imprudentes . 633
II. Legítima defensa, estado de necesidad justificante y consentimiento del ofendido en los hechos imprudentes 634
III. Problemas especiales del riesgo permitido y del comportamiento adecuado a la seguridad del tráfico 637

§ 57 La culpabilidad en el delito imprudente 637
I. Capacidad de culpabilidad y conciencia del injusto 638
II. La reconocibilidad y el cumplimiento del deber objetivo de cuidado . 639
III. La previsibilidad subjetiva del resultado y del curso causal 641
IV. La inexigibilidad del comportamiento adecuado a la norma 642

Sección 2.ª: El delito de omisión

§ 58 Concepto, clases y problemática fundamental del delito omisivo 644
I. Rasgos esenciales de la historia dogmática del delito de omisión 646
II. La distinción entre el hacer positivo y la omisión 648
III. La distinción entre delitos de omisión propia e impropia 651
IV. La función de garantía de la Ley penal en los delitos de omisión impropia no regulados legalmente 654
V. La atenuación facultativa de la pena en los delitos de omisión impropia. 657
VI. Derecho extranjero 659

§ 59 El tipo del delito de omisión 660
I. La concurrencia de la situación típica 662
II. La ausencia de la acción esperada y la capacidad individual de acción . 663
III. Resultado y causalidad en los delitos de omisión impropia 665
IV. La posición de garante en el delito de omisión impropia (primer criterio de equivalencia) 668
V. La correspondencia con los elementos de la acción (segundo criterio de equivalencia) 677

VI. El dolo en los delitos de omisión . . . 679
VII. La imprudencia en los delitos de omisión . . . 681
VIII. La exigibilidad en los delitos de omisión . . . 683

§ 60 Conciencia del injusto y error sobre el mandato, tentativa y participación en los delitos de omisión . . . 684
I. Conciencia del injusto y error sobre el mandato . . . 684
II. La tentativa de omisión . . . 686
III. Omisión y participación . . . 688

Capítulo 4: Autoría y participación

§ 61 Fundamentos de la teoría de la autoría y participación . . . 690
I. La posición sistemática de la teoría de la autoría y la participación . . 692
II. El concepto unitario de autor y la distinción de las distintas formas de colaboración . . . 694
III. Concepto restrictivo de autor y teoría objetiva de la participación . . . 697
IV. Concepto extensivo de autor y teoría subjetiva de la participación . . 699
V. La teoría del dominio del hecho . . . 701
VI. La intervención en el delito imprudente . . . 704
VII. La dependencia de la participación del hecho principal (accesoriedad). 705
VIII. Derecho extranjero . . . 711

§ 62 La autoría mediata . . . 713
I. Naturaleza y delimitación de la autoría mediata . . . 714
II. Los grupos de casos de la autoría mediata . . . 717
III. El tratamiento de los supuestos de error . . . 722
IV. Tentativa y omisión en la autoría mediata . . . 724

§ 63 La coautoría . . . 725
I. Concepto y delimitación de la coautoría . . . 725
II. La resolución delictiva común . . . 730
III. La ejecución conjunta del hecho . . . 731
IV. Tentativa y omisión en la coautoría . . . 733
V. La penalidad de la coautoría . . . 734

§ 64 Inducción y complicidad . . . 735
I. El fundamento de la pena en la participación . . . 737
II. La inducción . . . 739
III. La complicidad . . . 744
IV. La concurrencia de varias formas de colaboración . . . 750
V. La participación necesaria . . . 751

§ 65 La inducción intentada a delitos graves y otros estadios iniciales de la colaboración delictiva . . . 753
I. Fundamentos generales . . . 754
II. La inducción intentada (§ 30 I) . . . 757

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

§ 79 Suspensión condicional de la pena de prisión 897
I. La suspensión condicional de la pena (§§ 56-56g) 898
II. La libertad condicional o suspensión a prueba del resto de la pena (§§ 57-57b) 915

§ 80 La amonestación con reserva de pena 921
I. Esencia y naturaleza jurídica de la amonestación 922
II. El significado político-criminal de la amonestación 922
III. Requisitos de la amonestación 925
IV. Contenido y ejecución de la resolución 926

§ 81 La remisión de la pena y la declaración de impunidad 927
I. La remisión de la pena según el § 60 929
II. La remisión de la pena en la conciliación entre autor y víctima 931
III. La remisión de la pena en caso de injusto o culpabilidad reducida . . . 934

Capítulo 4: La individualización de la pena

§ 82 Fundamentos de la individualización de la pena 936
I. Individualización de la pena y aplicación del Derecho 938
II. Individualización de la pena y marco punitivo legal 939
III. La igualdad en la individualización de la pena 943
IV. La individualización y los fines de la pena 944
V. El control de la individualización de la pena por los tribunales de casación . 950
VI. Derecho extranjero 951

§ 83 Circunstancias relevantes para la individualización de la pena 953
I. Significado general del § 46 II 954
II. El contenido de injusto y de culpabilidad del hecho 956
III. La personalidad del autor 959
IV. El comportamiento del autor posterior al hecho 963
V. Especialidades del proceso penal como causa de atenuación de la pena . 967
VI. Causas de atenuación de la pena previstas legalmente (§ 49) 969
VII. La prohibición de la doble valoración (§§ 46 III, 50) 971

§ 84 El abono a la pena de los perjuicios sufridos durante el proceso 973
I. El abono de la prisión preventiva 974
II. El abono de penas ya ejecutadas 976

Capítulo 5: Los requisitos procesales en el StGB

§ 85 Querella y autorización 976
I. La querella (§§ 77-77d) 977
II. La autorización y el requerimiento penal (§ 77e) 981

§ 86 La prescripción 981
I. La prescripción de la persecución penal (§§ 78-78c) 982
II. La prescripción de la ejecución penal (§§ 79-79b) 989

Capítulo 6: La rehabilitación del condenado

§ 87 Las inscripciones en el Registro Central Federal y su cancelación 990
I. Evolución y reforma de la normativa registral 990
II. Las inscripciones en el Registro 991
III. Información registral 991
IV. La cancelación de las inscripciones 993

§ 88 El indulto 994

Índice bibliográfico general 997

Índice analítico 1011

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 (Reihe 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 Trabajo).
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) 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), Bundesrats-Drucksache 1/72 de 3.1.1972.
BRRG	=	Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (Beamtenrechtsrahmengesetz) (Ley Marco para la armonización del Derecho de la Función Pública) en su redacción de 27.2.1985 (BGBl. I pág. 462-Sartorius I núm. 150).
BSeuchG	=	Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten beim Menschen (Bundes-Seuchengesetz)(Ley para la prevención y lucha contra las enfermedades transmisibles de la persona)(Ley Federal sobre epidemias).
BSHG	=	Bundessozialhilfegesetz (Ley Federal de auxilio social) en su redacción de 23.3.1994 (BGBl. I pág. 646-Sartorius I núm. 410).
BT-Drucksache V/4094	=	Erster Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform über den Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) (Primer Informe Escrito de la Comisión Especial para la Reforma del Derecho Penal acerca del Proyecto de Código Penal), Deutscher Bundestag 5. Wahlperiode.

BT-Drucksache V/4095 = Zweiter Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform über den Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) (Segundo Informe Escrito de la Comisión Especial para la Reforma del Derecho Penal acerca del Proyecto de Código Penal), Deutscher Bundestag 5. Wahlperiode.

BT-Drucksache 10/2720 = Proyecto de Ley del Gobierno Federal. Proyecto de Ley de Modificación 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 su redacción 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 de sanciones 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) 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 Reichsmimisters der Justiz (citada por año y página).

DJT = Deutscher 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 Exposición de Motivos 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 (inédito).
E 1962 = Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) (Proyecto de Código penal) E 1962 (con Exposición de Motivos) –Bundestagvorlage-Bonn 1962. Drucksache des Bundestages IV/650, sin Exposición de Motivos también como Drucksache V/32.
EBAO = Einforderungs-und Beitreibungsanordnung (Reglamento de Recaudación y Cobro) de 25.11.1974 (BAnz. núm. 230).
EG = Europäische Gemeinschaft (Comunidad Europea).
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 (Ley introductoria a la Ley sobre infracciones administrativas) (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 Alemania).
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 Wirstschaftsgemeinschaft (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) 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) de 6.2.1935 (DJ 1935, pág. 203).
GS = Der Gerichtssaal (citada por tomo, año y página).
GVG = Gerichtsverfassungsgesetz (Ley de Organización de Tribunales) en la redacción de 9.5.1975 (BGBl. I pág. 1077-Schönfelder núm. 95).
GVBl. = Gesetz-und Verordnungsblatt für das Großherzogtum Baden (1869-1918) (Boletín de Leyes y Reglamentos del Gran Ducado de Baden); Badisches Gesetz-und Verordnungsblatt (1919-1944).
GWB = Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Ley contra las restricciones a la libre competencia) en la redacción de 20.2.1990 (BGBl. I pág. 235-Schönfelder núm. 74).
Haager LKO = (Haager) Abkommen, betr. die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs (Convenio de La Haya sobre leyes y usos de la guerra territorial) de 18.10.1907 (RGBl. 1910 pág. 107).
HarvardLR = Harvard Law Review (citada por tomo, año y página).
Hb = Handbuch (Manual).
HeilpraktikerG = Gesetz über die Berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung (Ley sobre el ejercicio profesional de la medicina sin nombramiento) (Heilpraktikergesetz) de 17.2.1939 (RGBl. I pág. 251).
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 superiores).
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 esfera 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 Superior con sede en Berlín); Kommanditgesellschaft (sociedad comanditaria).
KJHG = Gesetz zur Neuordnung des Kinder-und Jugendhilferechts (Ley sobre Reordenación del Derecho Tutelar de Niños y Jóvenes) (Kinder-und Jugendhilfegesetz) de 26.6.1990 (BGBl. I pág. 1163).
KK OWiG (nombre del autor) = Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 1989.
KK StPO (nombre del autor) = Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung, 3.ª ed., 1993.
KMR (nombre del autor) = Loseblattkommentar zur Strafprozessordnung. Fundado por Kleinknecht/Müller/Reitberger, 8.ª ed., 1990.
KO = Konkursordnung (Ordenanza concursal) en su redacción de 20.5.1898 (RGBl. pág. 612-Schönfelder núm. 110).
KRG núm. 10 = Kontrollratsgesetz (Ley del Consejo Aliado de Control) núm. 10 de 20.12.1945 para el castigo de personas culpables de crímenes de guerra, contra la paz y contra la Humanidad (Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland núm. 3 de 31.1.1946 pág. 50).

KRG núm. 11 = Kontrollratsgesetz (Ley del Consejo Aliado de Control) núm. 11 de 30.1.1946 sobre abolición de determinadas disposiciones del Derecho penal alemán (Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland núm. 3 de 31.1.1946 pág. 55).

KrimJ = Kriminologisches Journal (citada por año y página).

KritV = Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (citada por año y página).

KRProkl = Kontrollrats-Proklamation (Proclamación del Consejo Aliado de Control).

k + v = Kraftfahrt und Verkehrsrecht (citada por año y página).

KWG = Gesetz über das Kreditwesen (Ley sobre la Actividad Crediticia) en su redacción de 30.6.1993 (BGBl. I pág. 1082-Sartorius I núm. 856).

KZfSS = Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie (citada por tomo, año y página).

Law Commission = The Law Commission, Criminal Law. Codification of the Criminal Law (Comisión Legislativa Penal. Codificación de la Ley Penal), 1985.

LBG Baden-Württemberg = Landesbeamtengesetz von Baden-Württemberg en su redacción de 8.8.1979 (GBl. BW pág. 398-Dürig núm. 50) (Ley regional de funcionarios del Estado de Baden-Württemberg).

Lfg. = Lieferung (fascículo).

LG = Landgericht (Tribunal provincial).

LK (nombre del autor) = Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 10. Aufl. 1985; 11. Aufl. 1992 ss.

LM = Entscheidungen des BGH im Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofes (sentencias del Tribunal Supremo Federal en la obra de consulta del BGH), ed. por Lindenmaier, Möhring y otros, 1951 ss.

LMBG = Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen (Lebensmittel- und 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 lo Social).

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.

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) 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).
Sartorius II	= Sartorius, Tomo II: Internationale Vertäge-Europarecht (Tratados internacionales-Derecho europeo).
SchlHA	= Schleswig-Holsteinische Anzeigen (citada por año y página).
SchlHOLG	= Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht (Tribunal Superior de Schleswig-Holstein).
Schönfelder	= Schönfelder, Heinrich: Deutsche Gesetze.
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

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 (Strafvollzugsgesetz) vom 16.3.1976 (BGBl I pág. 581-Schönfelder núm. 91) [Ley penitenciaria].

StVRG = Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts vom 9.12.1974 (BGBl. I pág. 3393)

StVZO = Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung (Ordenanza de admisión de vehículos al tráfico) en la redacción de 28.9.1988 (BGBl. I pág. 1793-Schönfelder núm. 35 b).

Supp. = Supplement; Supplément.

Tagungs-berichte = Tagungsberichte der 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 (Urheberrechtsgesetz) (Ley sobre los derechos de autor) de 9.9.1965 (BGBl. I pág. 1273-Schönfelder núm. 65).

UWG = Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Ley contra la Competencia Desleal) de 7.6.1909 (RGBl. pág. 499-Schönfelder núm. 73).

UZwG = Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes (Ley sobre el uso inmediato de la fuerza en el ejercicio del poder público a través de funcionarios ejecutivos de la Federación) en su redacción de 10.3.1961 (BGBl. I pág. 165-Sartorius I núm. 115).

UZwGBw = Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und Zivile Wachpersonen (Ley sobre el uso inmediato de la fuerza y el ejercicio de competencias 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) 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 neerlandés).

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).

Introducción: Fundamentos generales

§ 1 La misión del Derecho penal

Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; *Ancel,* Directions et directives de politique criminelle, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 779; *Baumann,* Strafrecht als soziale Aufgabe, Gedächtnisschrift für P. Noll, 1984, pág. 27; *BJM* (Ed..),Grundfragen des Jugendkriminalrechts und seiner Neuregelung, 1990; *Bockelmann,* Zur Kritik der Strafrechtskritik, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 1; *Dölling,* Der Täter-Opfer-Ausgleich, JZ 1992, 493; *Engisch,* Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971; *Erhard,* Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld, 1992; *Frey,* Der frühkriminelle Rückfallverbrecher, 1951; *Göppinger,* Kriminologie, 4.ª ed. 1980; *Heinz,* Jugendliche Wiederholungstäter, en: Landesgruppe Baden-Württemberg in der DVJJ, Info 1/1989, págs. 7 ss; *el mismo,* Diversion im Jugendstrafverfahren, ZRP 1990, pág. 7; *el mismo,* Das jugendstrafrecht auf dem Weg in das 21. Jahrhundert, JuS 1991, 896; *Hellmer,* Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1934-1945, 1961; *el mismo,* Jugendkriminalität, 4.ª Ed. 1978; *Hirsch,* Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts, ZStW 102 (1990) pág. 534; *Jescheck,* Strafrechtsreform in Deutschland, SchwZStr 91 (1975) pág. 1; *el mismo,* Das neue deutsche Strafrecht im internationalen Zusammenhang, Jahrbuch der Max-Planck-Gesellschaft 1975, pág. 49; *Jung,* Compensation Order-ein Modell der Schadenswiedergutmachung? ZStW 99 (1987) pág. 497; *Kaiser,* Verkehrsdelinquenz und Generalprävention, 1970; *el mismo,* Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1972; *el mismo,* Fortentwicklung des Strafrechts, ZStW 86 (1974) pág. 349; *Armin Kaufmann,* Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; *el mismo,* Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982; *Kerner,* Rückfall, Rückfallkriminalität, Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3.ª Ed. 1993, pág. 432; *Kürzinger,* Kritik des Strafrechts aus der Sicht moderner kriminologischer Richtungen, ZStW 86 (1974) pág. 211; *Lampe,* Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 151; *el mismo,* Wiedergutmachung als "dritte Spur" des Strafrechts? GA 1993, pág. 485; *Laubenthal,* Aufgabenwandel der Jugendgerichtshilfe, Festschrift für G. Spendel, 1992, págs. 795 ss.; *Lenckner,* Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, en: *Göppinger/Witter* (Edrs.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, Tomo I, Parte A, 1972, pág. 3; *Mannheim,* Rückfall und Prognose, HWBKrim, Tomo III, 1975, pág. 38; *H. Mayer,* Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962; *M.E. Mayer,* Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903; *J. Meyer,* Strafrechtliche Aspekte des Rückfalls im deutschen Recht, en: Erstes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, 1983, pág. 79; *Müller-Dietz,* Integrationsprävention und Strafrecht, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 813; *Munkwitz,*Die Prognose der Frühkriminalität, 1967; *Noll,* Die Normativität als rechtsanthropologisches Grundphänomen, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 125; *Roxin,* Zur jüngsten Diskussion über Schuld usw., Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 279; *el mismo,* Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht, en: *Eser/Kaiser/Madlener* (Edrs.), Neue Wege usw., 1990, pág. 367; *Rudolphi,* Der Zweck staatlichen Strafrechts, en: *Schünemann* (Ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pág. 69; *Schild,* Ende und Zukunft des Strafrechts, ARSP 1984, pág. 71; *Schmdhäuser,* Von den zwei Rechtsordnungen im staatlichen Gemeinwesen, 1964; *el mismo,* Vom Sinn der Strafe, 2.ª Ed. 1971; *Schüler-Springorum,* Die Richtlinien der Vereinten Nationen für die Prävention von Jugendkriminalität, ZStW 104 (1992) pág. 169; *Schultz,* Abschied vom Strafrecht? ZStW 92 (1980) pág. 611; *Stoll,* Haftunsfolgen im Strafrecht, 1993; *Stratenwerth,* Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág. 177; *Tiedemann,* Fortentwicklung des Strafrechts, ZStW 86 (1974)

pág. 303; *Walter*, Über das Verhältnis des Täter-Opfer-Ausgleichs zum Kriminalrechtssystem, en: *Kerner y otros*, Täter-OpferAusgleich-auf dem Weg zur bundesweiten Anwendung? Schriftenreihe der Deutschen Bewährungshilfe, 1994, pág. 41; *Weigend*, Sanktionen ohne Freiheitsentzug, GA 1992, pág. 345; *Welzel*, Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes, Festschrift für E. Kohlrausch, 1944, pág. 101; *Würtenberger*, Rechtsfriede und Strafrecht, Festschrift für K. Peters, 1974, pág. 209; *el mismo*, Der schuldige Mensch vor dem Forum der Rechtsgemeinschaft, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 37; *Zielinski*, Handlungs-und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973; *Zipf*, Allgemeine Grundsätze des Strafgesetzbuches und der Rechtsprechung, Gutachten für den Österr. Juristentag 1978, 1979.

I. La protección de la sociedad

1. La **misión del Derecho penal** es la *protección de la convivencia en sociedad de las personas*. Con el tiempo nadie puede ser absolutamente independiente, sino que más bien todos los individuos están destinados, por la propia naturaleza de sus condiciones esenciales, al intercambio, a la colaboración y a la confianza recíproca. El Derecho penal tiene, por ello, un significado fundamental como ordenamiento pacificador y protector de las relaciones sociales. Esta no es, sin embargo, su naturaleza primaria. La convivencia de las personas se desarrolla primordialmente de acuerdo con reglas suministradas (normas) que configuran el **orden social** en su conjunto [1]. La validez de estas normas preexistentes es absolutamente independiente de su imposición externa, puesto que se basan en la aceptación general de su necesidad y son protegidas a través de sanciones inmanentes que reaccionan por sí mismas frente a los comportamientos que las transgreden (represión social mediata). Existe un **sistema global** de controles sociales cuyos titulares son diferentes instituciones o comunidades como la familia, el municipio, la escuela, la parroquia, el vecindario, las empresas, las asociaciones y los gremios. La tutela jurídico-penal es únicamente una parte de ese sistema y el conjunto de las sanciones preventivas y represivas utilizadas son, hasta cierto punto, recíprocamente intercambiables [2].

Sin embargo, el orden social no puede asegurar por sí mismo la convivencia de las personas en la comunidad. Aquél debe ser completado, perfeccionado y reforzado por el **Ordenamiento jurídico**. En especial, este último debe garantizar las obligaciones generales de todos como normas vigentes del Derecho y hacer frente a sus infracciones. Titular del orden social preexistente es la sociedad, mientras que del Ordenamiento jurídico metódicamente creado es el Estado, cuya misión de protección bajo las condiciones de vida de la sociedad plural resulta ser más importante que nunca a la vista de la peligrosa existencia de la persona en el mundo moderno. El Derecho penal asegura, en última instancia, la **inviolabilidad del Ordenamiento jurídico** a través de la coacción estatal. En realidad, también el Derecho civil y el Derecho público prevén la aplicación de la coacción, pero para el Derecho penal la amenaza y aplicación de aquélla están en el núcleo central. Además, el Derecho penal se sirve del instrumento de poder más riguroso del que dispone la coacción estatal: la pena pública. Cuando fracasan otras medidas y posibilidades, el Derecho penal asegura en último término el cumplimiento forzoso de lo permitido y lo prohi-

---

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

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

bido por el Ordenamiento jurídico (BVerfGE 51, 324 [págs. 343 ss.]). Tan pronto como el Derecho penal no pueda garantizar más la seguridad y el orden, existe el peligro de que los ciudadanos se tomen la justicia por su mano y de que los fuertes se impongan a los débiles sin consideración alguna.

2. El poder punitivo del Estado dirigido a la protección de la convivencia de las personas en la comunidad no puede ser ejercido *de cualquier modo o sin consideración a su alcance.* En verdad, el Derecho penal debe contribuir a vencer el caos en el mundo y a poner coto a la arbitrariedad de las personas a través de una limitación graduable de su libertad, pero únicamente puede hacerlo de modo que sea compatible con el estado de la cultura del pueblo y con los derechos de los individuos [3]. Bajo una concepción tal como la que concibe a la República Federal de Alemania como un «*régimen fundamental libre y democrático*» (BVerGE, 2,1 [12 ss.]) [4], el Derecho penal sólo puede garantizar la protección de la sociedad asegurando la paz pública de forma simultánea al respeto de la libertad de acción de todos, luchando contra todo tipo de violencia antijurídica y amenazando con sanciones para vulneraciones considerables del Derecho, de acuerdo con el principio de justicia distributiva [5]. **La protección de la paz pública** significa la ruptura con la supremacía del más fuerte y el posibilitamiento del libre desarrollo de la personalidad de todos los ciudadanos (Art. 2 I GG), a través de la conciencia de una seguridad general y el respeto de los derechos humanos. La seguridad general *no es* aquella situación en la que no existe ningún delito, sino más bien aquella donde la criminalidad se mantiene en la frontera y se coloca bajo el control del Estado, puesto que los hechos punibles cometidos son aclarados en un alto porcentaje y perseguidos sin desconsideración hacia la persona (vid. *infra* § 5 IV). En sus esfuerzos por garantizar la seguridad de todos, el Estado tiene que respetar simultáneamente los derechos fundamentales de la persona como fundamento del orden jurídico y social. Como la Constitución quiere garantizar *la libertad de acción de las personas* (BVerGE, 6, 32 [36 ss.]; según jurisprudencia constante), el Derecho penal únicamente puede disponer *limitaciones cuando ello sea inevitable para la protección de la sociedad.* «La norma penal representa en cierta medida la "ultima ratio" en el instrumental del legislador» (BVerGE, 39, 1 [47]) [6]. El Derecho penal debe crear, mediante el rechazo de la violencia y la arbitrariedad, un espacio de juego dentro del cual se pueda decidir libremente y adoptar sus resoluciones según su propia discrecionalidad. Por ello, el Derecho penal no sólo limita, sino que también crea libertad. **Aplicación de la justicia distributiva** significa en Derecho penal que vulneraciones considerables del Derecho no pueden ser bagatelizadas a través de atenuaciones arbitrarias ni tampoco dramatizadas con excesiva dureza, sino que al autor se le impone, «según se merezca», una mengua de su libertad, patrimonio o prestigio, que haga reconocible de modo general el hecho antijurídico cometido y que impida su legitimación por la conciencia de la comunidad [7]. No obstante, dado que la pena también tiene, frente al infractor del Derecho, una **función social**, aquélla debe estar siempre pensada para su eficacia sobre la futura vida en sociedad del condenado (vid. § 46 I 2). Finalmente, en Derecho

---

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

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

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

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

[7] *Würtenberg*, Jescheck-Festschrift, Tomo I, pág. 38 (de la imputación a la culpabilidad como «principales constantes en la convivencia social»).

penal también debe ser tenido en cuenta el interés del lesionado a través del hecho punible, puesto que se promueve la reparación del daño por el autor (vid. § 46 a).

3. Los ataques dirigidos a la legitimación de la existencia del Derecho penal como un instrumento de poder represivo que pretende la imposición del Ordenamiento jurídico, carecen de fundamento en una sociedad regida por un Estado liberal de Derecho, pues sólo la pena posibilita la protección de la paz jurídica en libertad [8]. Por ello, el objetivo no debe ser la desaparición del Derecho penal, sino sólo su mejora a través de una reforma continuada que asegure la protección de la generalidad a través de una prevención general moderada, y que busque alcanzar la justicia para el autor preservando el principio de culpabilidad y, allí donde sea necesario, la ayuda social [9].

II. Función represiva y preventiva del Derecho penal

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

1. El castigo mediante una pena de una infracción del Derecho ya acaecida, de acuerdo con el principio de justicia distributiva, llega siempre, por su propia naturaleza, demasiado tarde, pues la pena mira al pasado y no puede impedir que suceda el injusto cometido. Pero la **función represiva del Derecho penal** es necesaria para poder conseguir la protección de la sociedad mediante la pena de un modo justo [11]. En la aplicación de una pena adecuada por la realización de una infracción del Derecho, reside la confirmación evidente de la inviolabilidad del Ordenamiento jurídico. El procedimiento judicial expresa inequívocamente, tanto para el autor como para la generalidad, que el Derecho se impone, aunque a veces con retraso, y que se puede contar con que también lo hará en un futuro. A través del cumplimiento de la función represiva de una forma moderada, proporcionada y adecuada a la culpabilidad, el Derecho penal desarrolla aquella "fuerza configuradora de las costumbres [12]" que convence al conjunto de la población de la autoridad del Ordenamiento jurídico, alcanzando de esta forma el efecto preventivo al que se denomina «prevención general» (vid. *infra* § 8 II 3a). Este efecto del Derecho penal se consigue mediante la aprobación de disposiciones penales claras, accesibles a la com-

---

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

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

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

[11] *Gallas*, Beiträge, pág. 4; *Stratenwerth*, Allg. Teil núm. 28 ss. *Armin Kaufmann*, Strafrechtdogmatik pág. 267, se remite aquí con razón a *Kant*, para quien la pena persigue tanto la "justicia" como máxima moral, como la "racionalidad" como cometido político-criminal.

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

prensión de todos, que describan inequívocamente el contenido de desvalor de la acción prohibida, así como a través de circunstancias que agravan el hecho y la culpabilidad del autor orientadas a la determinación de la pena, que también sean comprensibles para el condenado y sean consideradas justas por la colectividad. De esta manera el mensaje del Derecho penal alcanza a sus destinatarios y requiere, por supuesto, de una información conscientemente responsable y real de los medios sobre la creación e imposición de las normas jurídico-penales. Pero también cuando interviene de forma represiva, el Derecho penal cumple *siempre una función preventiva mediata* en cuanto a la protección de la sociedad: la pena justa es, en interés de la colectividad, un instrumento irrenunciable para el mantenimiento del orden social. Junto con la así llamada prevención general *positiva* (BVerGE, 45, 187 [256]) [13], juega la prevención general *negativa* que consiste en la disuasión de futuros autores por el temor que implica la pena (vid. *infra* § 8 II 3a).

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

a) A menudo las acciones punibles son cometidas por delincuentes jóvenes (**criminalidad juvenil**). La comisión de hechos punibles leves es una manifestación normal en el desarrollo de personas jóvenes que superan esta fase por sí mismos [14]. Más peligrosa es, sin embargo, la **criminalidad precoz** [15]. Por criminales precoces se entienden los jóvenes (entre 14 y 17 años) y los semiadultos (entre 18 y 20 años) que ya en una edad infantil o juvenil sufrieron manifestaciones de abandono (escolarización irregular, interrupción temprana de las clases, incapacidad para desarrollar una profesión fija, cambios de vida inestables, veloz sucesión de delitos), que pueden ser síntomas precoces de una predisposición criminal. Numéricamente se calcula en un máximo del 15 % de los jóvenes que delinquen, y se acepta que en torno a una cuarta parte de los criminales precoces vuelven a cometer hechos delictivos graves ya en una edad adulta. El número de delitos graves y menos graves por los que han sido condenados jóvenes y semiadultos se ha ido incrementando progresivamente desde la mitad de los años cincuenta. El Derecho penal juvenil previene para los casos de criminalidad leve la omisión de la persecución de los hechos por parte del Fiscal (§ 45 JGG), el archivo del proceso por parte del Juez (§ 47 JGG), la adopción de medidas educativas (§ 9 JGG) y de internamiento (§ 13 II JGG), mientras que para los supuestos de criminalidad grave se prevé la aplicación de una pena de prisión para menores (§§ 17 ss. JGG). El Derecho tutelar de jóvenes prevé, asimismo, medidas de protección y auxilio (por ejemplo, orientación y asistencia educativa, asistencia personal a jornada completa, hogares infantiles, cuidado personalizado intensivo de carácter social y pedagógico, vid. §§ 28-35 SGB VIII sobre tutela de menores y jóvenes). No obstante, la pena de prisión para menores de duración indeterminada fue derogada por la 1. JGGÄG de 30.8.1990 (BGBl I 1990 pág. 1853) [16]. Se debe ser

---

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

[14] *Schaffestein/Beulke*, Jugendstrafrecht pág. 5; con carácter general, *Hellmer*, Jugendkriminalität págs. 71 ss.

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

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

especialmente cauteloso con las sanciones del Derecho juvenil que llevan asociadas la privación de libertad, dado que pueden tener efectos muy negativos sobre el condenado [17].

b) Una segunda función de carácter preventivo-especial destinada a evitar la comisión de delitos es la lucha contra la **criminalidad de reincidencia** [18]. Hay que distinguir dos clases de reincidentes: los delincuentes habituales con una firme y enraizada inclinación a la criminalidad, y los delincuentes tendenciales con repetidos antecedentes que aunque están determinados por el desarrollo de su personalidad aún no lo están por su carrera delictiva. Para el segundo grupo, el § 48 en su antigua redacción preveía la supresión de la atenuación de la pena de prisión hasta los seis meses; pero esta previsión fue derogada por la 23. StÄG de 13.4.1986 (BGBl I pág. 393) al no dar buen resultado. Importante sigue siendo, no obstante, el hecho de que los antecedentes penales sean la causa más frecuente de agravación *genérica* de la pena. Preferente resulta, además, el planteamiento de que la repetida desobediencia a la Ley debe ser castigada más gravemente por motivos de justicia y de prevención general [19]; por el contrario, desde una perspectiva preventivo-especial las penas privativas de libertad de larga duración no pueden tener ningún efecto positivo. Para delincuentes tendenciales peligrosos, el § 66 establece una custodia de seguridad de duración indeterminada. No obstante, esta última es aplicada en contadas ocasiones puesto que los Tribunales consideran injusto alargar la pena privativa de libertad más allá del marco punitivo merecido (vid. *infra* § 5 V 2) [20].

c) El tercer grupo, en relación con el cual el Derecho penal también debe adoptar medidas preventivas especiales, son los **criminales con deficiencias psíquicas** [21]. Bajo tales se comprenden los delincuentes que poseen enfermedades mentales, o quienes sin padecer tales alteraciones se comportan como psicópatas, neuróticos o personas que padecen anomalías motivacionales o distintos grados de deficiencia mental o demencia senil, y que juegan un considerable papel en la criminogénesis, especialmente en la criminalidad reincidente, en la precoz y en la tardía. Para personas inculpables o que poseen una culpabilidad disminuida se establece el internamiento en un hospital psiquiátrico (§ 63), y para alcohólicos y adictos al consumo de drogas el internamiento en un establecimiento de desintoxicación (§ 64). Además, para el caso de delincuentes drogodependientes, que suponen un problema especialmente difícil de la política-criminal, la Ley sobre Tráfico de Estupefacientes posibilita que en lugar de la ejecución de penas de prisión no superiores en su límite máximo a dos años, se aplique un tratamiento terapéutico y rehabilitador (§§ 35 36 BtMG). El ejercicio de la acusación pública puede ser retirado cuando el acusado esté sometido a terapia rehabilitadora (§ 37 BtMG).

d) Uno de los problemas más difíciles del Derecho penal moderno es la lucha contra la **criminalidad que presentan los delitos imprudentes**, cuya principal forma de manifestación son los delitos contra la seguridad del tráfico [22], aunque también cobra un importante significado en el mundo profesional (por ejemplo, en los accidentes en la construcción causados por imprudencia o en los errores médicos). Como sanciones especiales se encuentran la pena accesoria de prohibición de conducir (§ 44), como medidas de seguridad la privación del permiso de conducir (§ 69) y la inhabilitación especial para el ejercicio de una profesión u oficio (§ 70). Las anteriores faltas contra la seguridad del tráfico fueron convertidas en el año 1968 en

---

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

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

[19] En relación con las cuestiones vinculadas con la culpabilidad *Erhard*, Strafzumessung bei Vorbestraften págs. 304 ss.

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

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

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

infracciones administrativas, para procurar así una mayor celeridad en su castigo mediante multas impuestas por las autoridades policiales competentes, evitando así la tramitación de un procedimiento judicial (vid. *infra* § 7 V 1). Esta forma de proceder ha servido para combatir la comisión masiva de delitos leves en materia de tráfico. También dentro de las infracciones administrativas sobre tráfico está prevista como sanción adicional la prohibición de conducir (§ 25 StVG). Puede imponerse, asimismo, la obligación de tomar parte en las clases sobre seguridad vial (§ StVO).

3. El Derecho penal moderno, para poder prevenir eficazmente las distintas formas de manifestación de la criminalidad, se sirve tanto de la pena dirigida al culpable como de la medida de seguridad destinada a combatir la peligrosidad (**"doble vía"**). Las medidas de seguridad no son, sin embargo, extrañas a la esencia del Derecho penal sino que pertenecen al mismo de forma plenamente coherente: presuponen siempre la existencia de un hecho antijurídico (§ 11 I núm. 5), con carácter general no se aplican de modo exclusivo sino conjuntamente con una pena, y nunca pueden ser impuestas sino a través de una resolución judicial dictada en un proceso penal con todas las garantías. Los riesgos que conllevan las medidas de seguridad residen en la disolución del principio de culpabilidad, en la excesiva amplitud de sus presupuestos, en la aproximación de la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad a las penas de prisión, en la inseguridad de los juicios de pronóstico y en la indeterminación de su duración (vid. *infra* § 9 II 2). En atención a estos riesgos el Código Penal, desde la reforma de 1975, previene numerosas mejoras (vid. *infra* § 77 VI), aunque sin renunciar totalmente a las medidas de seguridad privativas de libertad.

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

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

1. El Derecho penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos [24]. Todas

---

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

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

las normas jurídico-penales están basadas en un juicio de valor positivo sobre bienes vitales que son imprescindibles para la convivencia de las personas en la comunidad y que, por ello, deben ser protegidos a través de la coacción estatal mediante el recurso a la pena pública. Tales bienes vitales básicos son, por ejemplo, la vida de las personas, la integridad corporal, la libertad personal de acción y la ambulatoria, la propiedad, el patrimonio, la seguridad del tráfico, la incorruptibilidad de los funcionarios públicos, el Ordenamiento constitucional, la paz pública, la seguridad exterior del Estado, la intangibilidad de los órganos estatales extranjeros y de los emblemas nacionales, la seguridad de las minorías nacionales, étnicas y culturales, que deben ser preservadas de su exterminio o tratamiento indigno, la paz internacional, etc. También hay bienes vitales que consisten exclusivamente en convicciones morales de la sociedad profundamente enraizadas, tal y como sucede con el bien protegido por el precepto penal que sanciona el maltrato de animales (§ 17 TierSchG). A través la asunción de estos valores por el ámbito de protección del Ordenamiento jurídico, aquéllos se convierten en bienes jurídicos [25]. Todas las disposiciones penales del Derecho positivo alemán tienen por objeto la protección de uno o de varios bienes jurídicos [26]. El *desvalor de resultado* del hecho punible reside en la lesión o en la concreta puesta en peligro del objeto de una acción o de un ataque (por ejemplo, de la vida de una persona, de la seguridad vial de alguien que circula), que pretende ser asegurado por la disposición penal como manifestación externa o titularidad del bien jurídico protegido.

La existencia de bienes jurídicos protegidos penalmente es variable. En el Derecho actual hay tanto manifestaciones del proceso **incriminador** (por ejemplo, el blanqueo de capitales, § 261) como del fenómeno **descriminalizador** (por ejemplo, la desaparición de la punibilidad de comportamientos sexuales a través de la derogación del § 175 en el art. I, núm. 1, de la 29. StÄG de 31.5.1994) [27]. Además, la evaluación cambiante de los bienes jurídicos se expresa también con el cambio de la práctica sancionadora [28].

2. Las normas jurídico-penales no protegen a los bienes jurídicos sencillamente en su existencia, sino únicamente frente a **acciones humanas** [29]. Por eso al Derecho penal no le interesan catástrofes naturales inevitables, incluso aunque éstas causen graves daños. De significado jurídico-penal son únicamente las consecuencias de la voluntad humana que desatiende la **pretensión de validez del bien jurídico**, socavando así la base de confianza necesaria en la convivencia de las personas. El *desvalor de acción* del hecho punible reside en la acción peligrosa objeto del ataque. El Derecho penal materializa la protección de bienes jurídicos, pues busca mantener la concordancia entre la voluntad de los destinatarios de la norma y las exigencias del Ordenamiento jurídico. El delito se muestra así, simultáneamente, como la lesión del bien jurídico y la infracción del deber.

---

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

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

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

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

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

El acento en la protección de bienes jurídicos como misión preferente del Derecho penal es una característica de la concepción *liberal* del Estado. Detrás de ello está el convencimiento de que la cualidad interna de la acción humana no puede ser sometida al enjuiciamiento del Derecho penal, pues únicamente pueden ser reconocidas las manifestaciones externas de la conciencia. En contra de esta concepción habla, en cambio, la circunstancia de que, a la larga, la protección de bienes jurídicos sólo puede ser alcanzada si en los ciudadanos se produce una actitud positiva hacia los bienes jurídicos. Por ello, la teoría *ético-social* del Derecho penal considera el castigo del "declive activo de los valores básicos del actuar jurídico" como función primaria [30]. La consecuencia última de esta visión sería, sencillamente, la graduación de las amenazas penales de acuerdo con el grado de desvalor de acción, lo que conduciría a la punición generalizada de la tentativa y a la desconsideración del resultado en la consumación del hecho punible, en la tentativa acabada y en el delito imprudente. Pero éste no es ni el punto de vista del Derecho vigente ni la intención del legislador para el futuro. La misión del Derecho penal no se acomoda sin contradicciones en una construcción monista, sino que únicamente puede ser explicada de forma plenamente coherente si la *protección de bienes jurídicos y su incidencia sobre la voluntad de la acción* de los destinatarios de la norma, son entendidas como funciones valorativamente equivalentes, recíprocamente complementarias, así como condicionantes y limitadoras [31].

§ 2 Conceptos básicos del Derecho penal

Amelung, Strafbarkeit von "Mauerschützen", JuS 1993, 637; *el mismo*, Anmerkung zu BGH NStZ 1994, 533, NStZ 1995, pág. 29; *Ancel*, La défense sociale nouvelle, 3.ª Ed. 1981 (traducción alemana de la segunda Ed. «Die neue Sozialverteidigung» por *Melzer, 1970)*; *J.* Arnold, Deutsche Einheit: Strafrechtliche Übergangsprobleme, en: *Eser/Huber* (Edrs.),Strafrechtsentwicklung in Europa, Tomo 4.1, 1993, pág. 341; *J. Arnold/M.Kühl*, Probleme der Strafbarkeit von "Mauerschützen", JuS 1992, 991; *Arroyo Zapatero*, Jurisprudencia Constitucional en materia penal, Cuadernos de Política Criminal 1982, 385 ss.; 1984, 510 ss.; *Arzt*, Der Ruf nach Recht und Ordnung, 1976; *Barbero Santos*, Die Strafrechtsreform der spanischen konstitutionellen Monarchie, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 893; *Bassiouni*, Draft Statute International Criminal Tribunal, 1992; *Böllinger/Lautmann* (Edrs.), Vom Guten, das noch stets das Böse schafft (Essays zu Ehren von H. Jäger), 1993; *Bosch*, Neues Strafrecht in Italien, JZ 1985, 476; *Bricola*, Teoria generale del reato, Novissimo Digesto Italiano XIX (1973) págs. 14 ss.; *Burgstaller*, Das neue österreichische Strafrecht in der Bewährung, ZStW 94 (1982) pág. 723; *Cornils*, Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im schwedischen Recht, JR 1981, pág. 309; *Dahm*, Völkerrecht, Tomo III, 1961; *Dieblich*, Der strafrechtliche Schutz der Rechtsgüter der Europäischen Gemeinschaften, Diss. Köln 1985; *Ernst*, Die Ausübung der Vereinsgewalt, Diss. Köln 1969; *Flume*, Die Vereinsstrafe, Festschrift für E. Boetticher, 1969, pág. 101; *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention, 1985; *Ganter*, Die Spruchpraxis der Europäischen Kommission für Menschenrechte auf dem Gebiet des Strafvollzugs, 1974; *Graefrath*, Die Verhandlungen der UN-Völkerrechtskommission zur Schaffung eines Internationalen Strafgerichtshofs, ZStW 104 (1992) pág. 190; *Häberle*, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, en: *Isensee/Kirchhof* (ed.), Handbuch des Staatsrechts, Tomo I, § 20, 1991; *Heinz*, Abschied von der Erziehungsideologie im Strafrecht, Recht der Jugend 1992, 123; v. *Hentig* Die Strafe, Tomo II, 2.ª Ed. 1955; *Herrmann*, Menschenrechtsfeindliche und menschenrechtsfreundliche Auslegung usw., NStZ 1993, 118; *Hirsch*, Die Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 304; *Huber*, Die

---

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

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

Freiheitsstrafe in England und Wales, 1983; *Jakobs,* Vergangenheitsbewältieung durch Strafrecht? en: *Battis/Jakobs/Jesse* (Edrs.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 1992, 37; *el mismo,* Untaten des Staates-Unrecht im Staat, GA 1994, 1; *Jéol,* La poitique criminelle en France, Rev int dr pén 1982, pág. 903; *Jescheck, Die* Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, 1952; *el mismo,* Gegenwärtiger Stand und Zukunftsaussichten des Völkerstrafrechts, Erinnerungsgabe für M. Grünhut, 1965, pág. 47; *el mismo,* Die Kriminalpolitik der deutschen Strafrechtsreformgesetze usw., Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 27; *el mismo,* Das neue deutsche Strafrecht im internationalen Zusammenhang, Jahrbuch der Max-Planck-Gesellschaft 1975, S. 49; *el mismo,* Das neue deutsche Strafrecht in der Bewährung, Jahrbuch der Max-Planck-Gesellschaft 1980, pág. 18; *el mismo,* Entwicklung, gegenwärtiger Stand und Zukunftsaussichten des internationalen Strafrechts, GA 1981, 49; *el mismo,* Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in rechtsvergleichender Darstellung, en: *Jescheck* (Ed.), Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht, Tomo III, 1984, pág. 1939; *el mismo,* Strafrechtsreform in Deutschland, SchwZStr 100 (1983) pág. 1; *el mismo,* Die Schuld im Entwurf eines Strafgesetzbuchs für England und Wales usw., Festschrift für R. Schmitt, 1992, pág. 56; *Kaiser,* Entwicklungstendenzen des Strafrechts, Festschrift für R. Maurach, 1972, págs. 25 *ss.; Kaiser/Metzger-Pregizer* (Edrs.), Betriebsjustiz, 1976; *van Kalmthout/Tak,* Sanctions-Systems in the Member-States of the Council of Europe, Part I, 1988; Part II, 1992; *Klose,* «jus puniendi" und Grundgesetz, ZStW 86 (1974), pág. 33; *Kreuzer,* Jugendkriminalitär, Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3.ª Ed. 1993, pág. 182; *Küper/Willms,* Die Verfolgung von Straftaten des SED-Regimes, ZRP 1992, 91; *Lahti,* Die Entwicklung der Kriminalpolitik in Finnland, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 871; *Lange,* Wandlungen in den kriminologischen Grundlagen der Strafrechtsreform, DJT-Festschrift, Tomo I, 1960, pág. 345; *Lecheler,* Unrecht in Gesetzesform? 1994; *Liebs,* Damnum, damnare und damnas, Zeitschrift der Savigny-Stiftung 85 (1968) pág. 173; *Limbach,* Vergangenheitsbewältigung usw., DtZ 1993, 66; *Listl/Müller/Schmitz* (Edrs.), Handbuch des Kath. Kirchenrechts, 1983; *Meyer-Cording,* Die Vereinsstrafe, 1957; *Norval Morris,* The Future of Imprisonment, 1974; *Nuvolone,* La legislazione penale italiana dal 1976 ad oggi, SchwZStr 102 (1985) pág. 1; *Pagliaro,* Sullo schema di d'segno di legge delega per un nuovo codice penale, La Giustizia Penale 1993, pág. 170; *Pahud de Mortanges,* Zwischen Vergebung und Vergeltung, 1992; *Peters,* Jugendstrafrecht, HWBKrim, Tomo I, 1966, pág. 455; *Radbruch,* Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, pág. 105; *Rees,* Die Strafgewalt der Kirche, 1993; *Schittenbelm,* Strafe und Sanktionensystem im sowjetischen Strafrecht, 1994; *Schroeder,* Die Rechtswidrigkeit der Flüchtlingserschießungen usw., JR 1993, 45; *Schultz,* Vierzig Jahre schweizerisches Strafgesetzbuch, SchwZStr 99 (1982) pág. 1; *Schutte,* The European Market of 1993 usw., en *Eser/Lagodny* (Edrs.), Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law, 1992, pág. 387; *Sieber* (Ed.), Europäische Einigung und europäisches Strafrecht, 1993; *Spaniol,* Zur Strafrechtsentwicklung in Frankreich, JZ 1985, pág. 618; *Stoll,* Schadensersatz und Strafe, Festschrift für M. Rheinstein, Tomo II, 1969, pág. 569; *Tiedemann,* Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1411; *el mismo,* Reform des Sanktionenwesens auf dem Gebiet des Agrarmarktes der EWG, Festschrift für G. Pfeiffer, 1988, pág. 101; *el mismo,* Der Strafschutz der Finanzinteressen der EG, NJW 1990, 2226; *el mismo,* Anmerkung zu EuGH EuZW 1990, pág. 100; *el mismo,* Gemeinschaftsrecht und Strafrecht, NJW 1993, pág. 23; *Verhaegen,* La révision du Code pénal belge, SchwZStr 98 (1981) pág. 1; *Weigend,* Strafrecht durch internationale Vereinbarungen, ZStW 105 (1993) pág. 774; *Weitnauer,* Vereinsstrafe, Vertragsstrafe und Betriebsstrafe, Festschrift für R. Reinhardt, 1972, pág. 179; *Winkler,* Zur Rechtsnatur der Geldbuße im Wettbewerbsrecht der EWG, 1971; *E. Wolf,* Ordnung der Kirche, 1961; *Würtenberger,* Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat, 1970; *el mismo,* Zur Reform des Jugendkriminalrechts, Archiv für Wissenschaft und Praxis in der soz. Arbeit, 1971, pág. 81.

I. Derecho penal y poder punitivo

1. El **Derecho penal** determina qué transgresiones contra el orden social constituyen delito, amenazando con la pena como consecuencia jurídica por la realización de aquél. Además,

con motivo de la ejecución de un hecho delictivo, también prevé la aplicación de medidas de seguridad y corrección (pérdida de la ganancia, comiso, inutilización, etc., vid. § 11 I núm. 8).

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

A pesar de que la denominación "Derecho penal" no cubre exactamente la totalidad del ámbito del Derecho, en un tiempo en el que junto a la pena aparece también la medida de seguridad, la usual expresión resulta defendible para el Derecho penal *general* porque la pena es impuesta en un primer plano como medio de control social, mientras que la medida de seguridad se dirige más a una función complementaria. Por el contrario, la denominación "Derecho *penal juvenil*" únicamente se justifica si queda claro que se trata sólo de una parte del ámbito mucho más amplio del "Derecho *tutelar juvenil*", en el que la intervención jurídico-penal es únicamente la "ultima ratio". El Derecho penal juvenil se presenta en realidad como un ámbito especial del Derecho penal en el que, simultáneamente, la pena es una excepción, frente a las medidas de seguridad de asistencia, corrección y educación de jóvenes impuestas por distintas instancias con motivo de la realización de un hecho punible, y donde únicamente se recurre a ella cuando el tratamiento tutelar no es suficiente por la gravedad del hecho cometido o por la trayectoria criminal del autor [2].

2. El Derecho penal se basa en el **poder punitivo** ("ius puniendi") del Estado [3] que es, por otro lado, una parte del poder coactivo del Estado. La creación e imposición de un Ordenamiento jurídico pertenece a las funciones elementales del Estado, pues sin aquél la convivencia

---

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

[2] Con más detalles al respecto, *Peters*, HWB Krim Tomo I págs. 455 ss; *Würtemberger*, Archiv 1971, págs. 81 ss. Para el mantenimiento y evolución cronológica del cambio en el pensamiento educativo en esta materia vid. *Schaffstein/Beulke*, Jugendstrafrecht, pág. 43; *Heinz*, Recht der Jugend 1992, págs. 123 ss.; vid., además, el material recopilado por *Kreuzer*, Kleines Kriminologisches Wörterbuch pág. 161; *Schaffstein/Beulke*, Jugendstrafrecht págs. 71, 118.

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

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

Inviolable y extraído del ejercicio del poder estatal, existe "un cierto núcleo central del Derecho que, de acuerdo con la convicción general, no puede ser infringido por ninguna Ley ni por ninguna otra medida del poder público" (BGH 2, 234 [237]; 39, 1 [16]). De acuerdo con ello, ni puede estar permitido o impuesto un injusto material de gran trascendencia (por ejemplo, los crímenes cometidos por el nacionalsocialismo con anterioridad a 1945), ni pueden estar sometidas a pena acciones (por ejemplo, la escucha de emisoras extranjeras) que, dentro del marco de nuestro espacio cultural, se mantienen dentro de la libertad tradicional (límites al poder punitivo estatal procedentes del respeto a los *derechos humanos*)[4] [5]. Directamente enlazadas con el poder coercitivo del Estado están también, de acuerdo con el art. 25 GG, las reglas generales del Derecho internacional; tienen preferencia sobre las leyes (aunque no sobre la Constitución) y generan obligaciones y derechos para todos de un modo inmediato. Bajo las mismas se comprenden aquellas reglas del Derecho internacional que están reconocidas por la gran mayoría de los Estados —aunque no necesariamente deben estarlo por Alemania—, como por ejemplo el Derecho de guerra, de acuerdo con el cual están prohibidos la toma de rehenes, el saqueo, el homicidio de los enemigos capturados, el trato inhumano de presos de guerra, así como el traslado forzoso de la población a otros lugares; se reconoce, asimismo, el derecho a un intérprete para el procedimiento oral cuando el acusado no domine suficientemente el idioma en el que se desarrolla el juicio (BVerG, NJW 1988, 1462), así como el principio de especialidad en el Derecho de extradición (BGH 15, 125 [126]) (limitaciones de *Derecho internacional* al poder punitivo estatal). Otras normas de Derecho internacional como, por ejemplo, las libertades contenidas en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4.11.1950 (BGBl.

---

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

[5] Vid. BVerG, 1, 14 (18); BGH 1, 391 (399); 2, 173 (177); 2, 333 (334); 3, 357 (363); *Radbruch*, SJZ 1946, 105; *Kohlrausch/Lange*, System. Vorbem. III 2 c. De acuerdo con ello, el § 27 II de la Constitución de la RDA es nulo como causa de justificación, en tanto que admite el disparo peligroso para la vida de los fugitivos que intentan atravesar el muro (BGH 39, 1 [15 ss.]; 39, 168 [183 ss.]; 40, 241 [245 ss.]; BGH NStZ 1994, 533 con comentario de *Amelung*, NStZ 1995, 29; LG Berlin NJ 1992, 269; KG NJW 1991, 2653 [2654]; igualmente, *Dreher/Tröndle*, Vorbem. 52 antes del § 3; *Lecheler*, Unrecht in Gesetzesform? PÁG. 14; *Roxin*, Allg. Teil I § 5 núm. 52 b; *Lackner*, § 7 núm. 2; *Küpper/Willms*, ZRP 1992, 93; *Limbach*, DtZ 1993, 66 (69). Críticos con la fundamentación del BGH, *Schroeder*, JR 1993, 45; *Herrmann*, NStZ 1993, 118; *Amelung*, JuS 1993, págs. 637 ss.; a favor de la impunidad, por el contrario, *Grünwald*, StV 1991, 31; *J. Arnold/M. Kühl*, JuS 1992, págs. 994 ss.; *Jakobs*, Vergangenheitsbewältigung pág. 37; *el mismo*, GA 1994, 19. En contra de estas últimas opiniones, con razón, *Schroeder*, JZ 1992, págs. 991 ss. Una recopilación de la bibliografía existente acerca de los disparos llevados a cabo por las tropas fronterizas de la desaparecida RDA puede encontrarse en *J. Arnold*, Deutsche Einheit, págs. 390 ss.

1952 II pág. 686) o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19.12.1966 (BGBl 1973 II pág. 1534), deben ser asumidas a través de una transformación especial como Derecho estatal interno. Un *poder punitivo supraestatal* no ha sido creado ni a través del acuerdo londinense de los cuatro grandes sobre la persecución y castigo de los principales criminales de guerra de 8.8.1945 ni, más tarde, con el desarrollo de los esfuerzos destinados a la consecución de un Tribunal Penal internacional [6]. El Tribunal Penal creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para el enjuiciamiento de los crímenes de guerra cometidos en Yugoslavia, puede suponer un nuevo desarrollo, caso de que realmente pueda comenzar a funcionar (vid. *infra* § 14 II 4). Un significado limitado para el poder punitivo estatal posee el sistema de protección jurídica de la Convención Europea de Derechos Humanos de 4.11.1950 con sus sucesivos protocolos, a través de los controles de las resoluciones de tribunales y otros actos soberanos de la Justicia [7]. Por el contrario la Unión Europea, cuyo Derecho posee validez y preferencia inmediata sobre el Derecho nacional de los Estados miembros, posee sólo un estrecho y limitado poder administrativo-sancionador y carece de competencia para imponer sanciones jurídico-penales (BGH 25, 190 [193 ss.]) (sobre el Derecho penal europeo vid. *infra* § 18 VII) [8]. Pero el Derecho internacional no sólo puede limitar a los Estados en el ejercicio de su poder punitivo, sino que también puede obligarlos a castigar determinados hechos, lo que puede suceder tanto mediante convenios como a través de la aplicación de sus reglas generales (Derecho *estatal prescrito internacionalmente*) [9]. Un ejemplo lo ofrece la introducción del § 316 c relativo al castigo de la piratería aérea, con motivo del Convenio de La Haya sobre la lucha contra el secuestro ilegal de naves aéreas de 16.12.1970 (BGBl 1972 II pág. 1505), así como la incorporación al poder punitivo alemán de la persecución de "hechos que, con motivo de un Tratado suscrito por la República Federal Alemana con otros países, también deban ser perseguidos aún cuando sean cometidos en el extranjero" (§ 6 núm. 9).

3. También la **Constitución** influye de múltiples formas sobre el Derecho penal [10]. En aquélla misma se contienen normas importantes tales como la desaparición de la pena de muerte (art. 102 GG) y el principio de legalidad (art. 103 II GG). También a través de la Constitución se determinan los principios generales de la Política criminal (vid. *infra* § 4). Además, de ella se deriva asimismo la obligación del Estado de proteger bienes jurídicos de alto rango a través de las normas penales. Y así, la solución del plazo para la interrupción del embarazo inicialmente prevista por el § 218 a II introducido por la 5. StÄG de 18.6.1974 fue declarada contraria a la

---

[6] *Jescheck*, Völkerstrafrecht págs. 283 ss.; *el mismo*, Grünhut-Erinnerungsgabe págs. 50 ss.; *el mismo*, GA 1981, págs. 53 ss.; *Bassiouni*, Draft Statute International Criminal Tribunal, 1992; *Graefrath*, ZStW 100 (1992) págs. 190 ss. (Téngase en cuenta, no obstante, la entrada en vigor en el año 2002 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998. N de T).

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

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

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

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

norma fundamental por el Tribunal Constitucional ("preferencia de la protección de la vida sobre el derecho de la mujer al libre desarrollo de su personalidad"), y exigió una protección penal suficiente para la vida en formación (BVerGE, 39, 1 [65 ss.]) [11]. Por el contrario, a partir de ahora la sentencia del Tribunal Constitucional de 28.5.1993 (BVerGE 88, 203) se conforma con el cumplimiento de un deber por parte de la mujer embarazada, consistente en la recepción del correspondiente asesoramiento, como fundamento para la impunidad de aquélla en el supuesto de una interrupción del embarazo llevada a cabo por un médico dentro de las doce primeras semanas posteriores a la concepción, declarando sin embargo ilegal el aborto que se lleve a cabo fuera de las indicaciones previstas en el § 218 a II y III. También hay límites al poder punitivo estatal que se derivan de las normas de la Constitución [12]. Así sucede con el principio de proporcionalidad (§ 62) suministrado al legislador a través de la Constitución (BVerGE, 342 [348 ss.]; 35, 382 [400 ss.]; 61, 126 [134]).

II. Delito, pena y medida de seguridad

1. Delito, pena y medida de seguridad son conceptos básicos del moderno Derecho penal. El **delito** es el comportamiento antijurídico amenazado con pena y determinado en sus caracteres por el tipo de una Ley penal, que el autor ha realizado de modo culpable (concepto tripartito del delito) [13]. La **pena** es la respuesta a una considerable infracción jurídica a través de la imposición de un mal adecuado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad del autor, que expresa una desaprobación pública del hecho y que, por ello, supone una confirmación del Derecho. Además, la pena debe desarrollar para el autor mismo un efecto positivo, puesto que aquélla debe favorecer su socialización o, por lo menos, no debe obstaculizarla (§ 46 I 2). La imposición de la pena está reservada en exclusiva al Juez de acuerdo con lo dispuesto en el art. 92 GG (BVerGE 22, 49 [77 ss.]). La **medida de seguridad** sirve a la protección de la generalidad y del autor mismo, contrarrestando el peligro de reincidencia determinado con motivo de la comisión por aquél de un hecho antijurídico. Dicha protección se pretende conseguir en parte mediante la privación de libertad dirigida al aseguramiento (custodia de seguridad) o al tratamiento terapéutico (internamiento en un establecimiento desintoxicador), en parte a través de la privación de determinados derechos (privación del permiso de conducir) y en parte también por medio de controles ambulatorios (libertad vigilada). El Derecho vigente ha mantenido el principio de la doble vía, aunque su principal problema consiste en la relación entre las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad del mismo carácter (vid. *infra* § 9 II 2).

2. Los fundamentos del Derecho penal, tal y como se describen en los conceptos de delito, pena y medida de seguridad, han permanecido en su esencia invariables a lo largo del movimiento de reforma del Derecho penal que se ha impuesto con posterioridad a 1945 en un considerable número de países [14]. Ni ha

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

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

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

[14] Básicamente al respecto, *Lange*, DJT-Festschrift Tomo I pág. 345. En relación con la reforma alemana, *Jescheck*, MPG-Jahrbuch 1980 págs. 18 ss.; *el mismo*, SchwZStr 100 (1983) pág. 1; *LK* (11.ª) (*Jescheck*), Introducción, núms. 58 ss.; en cuanto a la reforma austríaca, *Burgstaller*, ZStW 94 (1982) pág. 723; en relación con la reforma suiza *Schultz*, SchwZStr 99 (1982); en lo tocante a la reforma francesa que ha conducido al nuevo Código penal de 1994, *Jéol*, Rev int dr pén 1982, 903; en cuanto a la reforma belga *Verhaegen* SchwZStr 98 (1981) pág. 1; sobre la reforma italiana, el proyecto "Schema di delega legislativa per

sido abandonado el concepto de delito en beneficio de una fórmula imprecisa como "inadaptación", "situación de abandono" o "comportamiento desviado" [15], ni ha desaparecido completamente la pena para ser ocupado su lugar por el concepto valorativamente neutro de medida de seguridad, ni esta última ha perdido tampoco su relación con la comisión de un delito. Por el contrario, se detecta un creciente escepticismo en todo el mundo sobre el valor preventivo-especial de la pena de prisión [16] y, en consecuencia, en torno a los esfuerzos dirigidos a su sustitución por sanciones que no lleven aparejada la pérdida de libertad. Además, como elemento común a todo el movimiento internacional de reforma del Derecho penal, destaca la voluntad de dotar al sistema de consecuencias jurídicas del delito de un determinado sentido educacional acorde con un ideal humanitario. En la línea de este pensamiento se intenta adaptar la sanción a la personalidad del reo, ampliar el tratamiento del delincuente cuando está en libertad, apoyar la pena dotada de medidas de asistencia social, dirigir la ejecución de la pena del condenado hacia la resocialización, facilitar la reincorporación a la sociedad del preso recién liberado, así como recordar a la sociedad su corresponsabilidad con las personas que han delinquido [17]. El "malestar con el Derecho penal", detectable sobre todo en la literatura de las ciencias sociales, no ha aportado hasta el momento nada mejor [18].

III. Las sanciones no criminales

Junto con la pena estatal de naturaleza criminal existen otras distintas clases de sanciones. Deben mencionarse las **sanciones públicas no criminales** que son medios coactivos dirigidos a conseguir un comportamiento futuro (por ejemplo, el medio compulsivo contenido en el § 888 I ZPO), mientras que por el contrario la prevista por el § 890 ZPO es una verdadera sanción administrativa; las sanciones por desacato que, aunque realidad se refieren a un hecho cometido, tienen únicamente el carácter de reprensión (vgr. las sanciones dirigidas al control del orden público durante la celebración del juicio del § 178 GVG); sanciones contra testigos que no compa-

---

l'emanazione di un nuovo codice penale" (1992); *Pagliaro*, La Giustizia Penale 1993, 170; *Nuvolone*, SchwZStr 102 (1985) pág. 1 y *Bosch*, JZ 1985, 476; en torno a la reforma inglesa *Huber*, Die Freiheitsstrafe in England und Wales, 1983 y *Jescheck*, R. Schmitt-Festschrift págs. 56 ss.; en relación con la reforma española *Barbero Santos*, Jescheck-Festschrift Tomo II pág. 893 y el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994 (el texto puede encontrarse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, V Legislatura, 26 de septiembre de 1994, núm. 77-1); sobre la reforma sueca *Cornils*, JR 1981, 309; en cuanto a la reforma finlandesa *Lahti*, Jescheck-Festschrift Tomo II pág. 871; sobre la reforma de la desaparecida Unión Soviética *Schittenhelm*, Strafe und Sanktionensystem im sowjetischen Strafrecht págs. 620 ss.; acerca de la reforma brasileña el Proyecto de 1994 de la Parte Especial del Código penal. En su conjunto *Jescheck*, MPG-Jahrbuch 1975, pág. 49; *LK* (11.ª) (*Jescheck*), Introducción núms. 108 ss. En cuanto al sistema de sanciones *van Kalmthout/Tak*, Sanctions-Systems, Part I (1988), Part II (1992).

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

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

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

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

recen o que se niegan a declarar previstas en los §§ 51, 70 I, 77 StPO; las multas por la comisión de infracciones administrativas que por motivos político-criminales son extraídas del Derecho penal (§ 1 OWiG; vid. *infra* § 7 V 4); las medidas de internamiento del Derecho penal juvenil de carácter disciplinario (§§ 13 ss. JGG); las medidas disciplinarias contra funcionarios y soldados (§ 5 BDO, §§ 18, 54 WDO) que, aunque pueden tener el mismo supuesto de hecho que el de una pena criminal, sirven al mantenimiento interno de la autoridad, obediencia y orden del oficio o servicio público (BVerGE 21, 378 [383 ss.]) [19]; las medidas disciplinarias en la ejecución penal (§§ 102 ss. StVollzG); las sanciones escolares (ejemplo, la hora de retención en clase). Junto a ellas se encuentran las **sanciones privadas** destinadas a la protección e imposición de derechos privados [20]. Deben mencionarse aquí la cláusula penal contractual (§§ 339 ss. BGB) [20 bis], el todavía reconocido aunque limitado derecho de corrección de los padres (§ 1631 BGB), las sanciones en materia de asociaciones impuestas por la infracción de deberes con motivo del sometimiento de los miembros a la potestad disciplinaria de la asociación (vgr. la multa privada por incumplimiento de un pacto interno, BGHZ 21, 370) [21]. Las **sanciones impuestas en el marco empresarial** son medidas de carácter social y laboral de gran importancia práctica, aplicadas internamente a la frecuente criminalidad de bagatela en las empresas [22]. A otro ámbito de la vida pertenece la **sanción religiosa** que no sólo cumple función organizativa de la colectividad, sino que también debe promover la salvación del alma del interesado [23].

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

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

---

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

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

[20 bis] Téngase en cuenta, no obstante, la nueva redacción sufrida por el párrafo segundo del § 1631 BGB a través de la Ley para la Erradicación de la Violencia en la Educación de 2.11.2000 (BGBl I 2000 p. 1479) (N del T).

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

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

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

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

I. El Derecho penal como Derecho público

El Derecho penal es un **sector del Derecho público** (ius publicum) [1] [2]. Titular del poder punitivo es únicamente el Estado como representante de la comunidad jurídica. El ejercicio del poder punitivo frente a los sometidos al mismo tiene lugar a través de órganos estatales especiales de carácter penal (policía, fiscalía, tribunal, autoridad penitenciaria), de acuerdo con el principio de superioridad y subordinación. Los medios que son empleados en Derecho penal (penas, medidas de seguridad, medidas coactivas en el proceso penal, poder disciplinario en Derecho penitenciario) consisten en el recurso a la coacción estatal. El fin primordial del Derecho penal es el mantenimiento de la paz y seguridad jurídica mediante la protección de los valores básicos de la convivencia en la comunidad.

La naturaleza jurídico-pública del Derecho penal no es cuestionada por la *colaboración del ofendido* en el proceso penal (querella, § 77; acción privada, § 374 StPO; acción accesoria, § 395 StPO; indemnización, § 403 StPO, *otras competencias, § 406 d StPO*) [3], *pues el Derecho penal también debe velar por los intereses de* la víctima. Lo mismo debe decirse en torno a la aceptación del *consentimiento* de la víctima como causa de justificación (vid. *infra* § 34), que se basa en que algunos bienes jurídicos protegidos penalmente pueden encontrarse bajo el poder de disposición de aquélla. Sin embargo, son difíciles de compatibilizar con el carácter

---

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

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

[3] Con detalle sobre la cuestión, *Weigend,* Deliktsopfer und Strafverfahren págs. 167 ss.

jurídico-público del Derecho penal los no infrecuentes esfuerzos que en la praxis se dirigen a la fijación por anticipado de la pena dentro de ciertos límites, mediante un **acuerdo** (Absprache) entre el Tribunal y el Fiscal por un lado, y el acusado y su defensor por otro (BVerG NStZ 1987, 419; BGH 36, 210; 37, 238) [4].

II. Los tres ámbitos del Derecho penal

El Derecho penal descansa sobre tres pilares [5]. Se divide en el Derecho penal material, el Derecho procesal penal (con inclusión del Derecho de la organización judicial de los Tribunales penales) y el Derecho de ejecución de penas.

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

2. El **Derecho procesal penal** es el conjunto de aquellas disposiciones que son necesarias para la imposición de la sanción penal. Aquí pertenecen tanto las normas relativas a la organización judicial de los tribunales penales (por ejemplo, §§ 24-57, 73-74e, 76-78b GVG) [6], como aquellas sobre el procedimiento en el que se investigan, se persiguen, tramitan y enjuician los hechos delictivos. El Derecho procesal penal sirve a la realización del Derecho penal material, determina las fronteras de la competencias jurisdiccionales de los órganos de persecución penal y se dirige, mediante una resolución firme, a la restauración de la paz jurídica perturbada [7]. El Derecho procesal penal está regulado en la Ley de organización de Tribunales (GVG), en la Ordenanza procesal penal (StPO), así como en otras muchas leyes [8].

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

---

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

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

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

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

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

la cuestión relativa a la prescripción de la acción penal (para más detalle sobre la cuestión vid. la 2.ª Ed. de esta obra, págs. 110 ss.).

3. El **Derecho de ejecución de penas** abarca todas las disposiciones jurídicas y administrativas que corresponden a la introducción, cumplimiento y seguimiento de las medidas de fuerza adoptadas, tales como las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias [9]. Está regulado en los §§ 449 ss. StPO, en los §§ 82 ss. JGG (para jóvenes y de conformidad con el § 110 JGG también para semiadultos, en la medida en que el Juez haya aplicado el Derecho penal juvenil), en el Reglamento de Ejecución Penal de 15.2.1956 en la redacción de 20.8.1987 (BAnz. 1987 núm. 159), en el § 42 StGB (sobre facilidades en el pago de la pena de multa), en la Ordenanza de recaudación judicial de 11.3.1937 (RGBl I pág. 298) y en la Ordenanza sobre exacción y recaudación en la redacción de 10.7.1979 (para penas de multa, entre otras) (BAnz. 1979 núm. 137). Sistemáticamente adscrito al Derecho de ejecución de penas y como una parte especial diferenciada, el **Derecho penitenciario** regula la forma y modo de ejecución de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad del mismo carácter en los establecimientos penitenciarios [10]. Está regulado en la Ley Penitenciaria de 16.3.1976 (BGBl I pág. 581) [11]. El internamiento en establecimiento social-terapéutico para determinados delincuentes inicialmente previsto en el § 65, aunque no llegó a entrar en vigor, fue nuevamente derogado como medida y transformado como simple modalidad de la ejecución de la pena privativa de libertad de acuerdo con el § 9 StVollzG (Ges. de 20.12.1984, BGBl I pág. 1654). Respecto al Derecho penitenciario para los jóvenes rigen los §§ 90 ss. JGG, así como la Ordenanza de Ejecución del arresto para jóvenes en la redacción de 30.11.1976 (BGBl. I pág. 3270) [12]. Una parte también integrante del Derecho de ejecución de penas es el **Derecho penal registral**, que regula la inscripción y cancelación de condenas firmes en el Registro Central Federal, el Registro de medidas educativas, el Registro Central de Tráfico, así como el suministro de la información en ellos contenida. Las normas que regulan el funcionamiento del Registro Central Federal y del Registro de medidas educativas, están contenidas en la Ley del Registro Central Federal en la redacción de 21.9.1984 (BGBl. I pág. 1229), y las relativas al Registro Central de Tráfico en los §§ 28 ss. StVG y los §§ 13 ss. StVZO (vid. *infra* § 87 I 2). La **asistencia en la libertad condicional** (§§ 56 d, 57 III) y la **libertad vigilada** (§§ 68 ss.) deberán ser consideradas como una parte del Derecho de ejecución de penas [13].

---

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

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

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

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

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

III. La Parte General y Especial del Código Penal

1. La división del Código Penal en una Parte General y otra Especial [14] se corresponde con una **exigencia de la técnica legislativa**. De acuerdo con ello, una Parte General se encuentra en *todas las codificaciones penales europeas ya desde la mitad del s. XVIII*, dándose por primera vez en el Codex juris Bavarici criminalis de *W.X.A. v. Kreittmayr* de 1751 y posteriormente también en el ALR de 1794. La Parte General contenida en el Primer y Segundo Libro del Código Penal francés de 1810, ha tenido un significado especial como modelo para la codificación penal europea del s. XIX.

2. La **diferenciación** de las materias que respectivamente deben ser recogidas en la Parte General y la Especial del Código Penal, se lleva a cabo de acuerdo con un criterio formal y otro material. **Formalmente**, a la Parte General pertenecen todas aquellas regulaciones que pueden tener significado para el conjunto de disposiciones de la Parte Especial y que, por ello, se extraen como elementos comunes [15], mientras que la Parte Especial alberga las formas delictivas concretas así como las disposiciones complementarias que se refieren a aquéllas o a un conjunto de las mismas.

Y así, la salvaguardia de intereses justificados (§ 193) está regulada en la Parte Especial a pesar de que se trata de una causa de justificación como la legítima defensa (§ 32) o el estado de necesidad justificante (§ 34), puesto que aquella figura únicamente rige como causa de justificación para los delitos de injurias. La conveniencia de la regulación del consentimiento (§ 226 a) [15 bis] en la Parte Especial depende, de acuerdo con lo afirmado, de si esta disposición (correctamente) se refiere sólo a los delitos de lesiones corporales o si, por el contrario, se le atribuye un significado general.

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

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

IV. La reforma global del Derecho penal alemán

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

---

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

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

[15 bis] La remisión debe entenderse realizada al actual § 228 (N del T)

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

2. La **reforma procesal-penal** [18] ha sido introducida mediante la Ley de Reforma del Derecho Procesal Penal de 19.12.1964 (la denominada pequeña reforma del Derecho procesal penal) y, desde entonces, se ha venido prolongando. Las más importantes fueron, por este orden, la EGStGB de 2.3.1974 (BGBl. I pág. 469), la 1. StVRG de 9.12.1974 (BGBl. I pág. 3393) que sirvió sobre todo para la simplificación del proceso penal, y la Ley complementaria de la 1. StVRG de 20.12.1974 (BGBl. I pág. 1973). Una Ley de 25.7.1975 (BGBl. I pág. 1973) amplió el derecho a no declarar como testigo por secreto profesional a los colaboradores de la prensa y la radiodifusión. Mediante una Ley de 18.8.1976 (BGBl. I pág. 2181) han sido introducidas disposiciones sobre procedimiento acerca de la instrucción y apoyo a organizaciones terroristas (§ 129 a). Novedades adicionales supuso la Ley de 14.4.1978 (BGBl. I pág. 497). La StVÄG de 5.10.1978 (BGBl. I pág. 1645), así como la StVÄG de 27.1.1987 (BGBl. I pág. 475) sirvieron, igualmente, sobre todo para una simplificación del proceso penal. El Derecho procesal penal ha alcanzado en su desarrollo actual un alto grado de adecuación al Estado de Derecho, a lo que han contribuido especialmente la Ley de indemnización por medidas de persecución penal de 8.3.1971 (BGBl. I pág. 157) y la Ley de Protección de las Víctimas de 18.12.1986 (BGBl. I pág. 2496). La Ley para la Lucha contra el Tráfico de Drogas y otras manifestaciones de la Criminalidad Organizada de 15.7.1992 (BGBl. I pág. 1302), conduce a las fronteras de un proceso penal adecuado al Estado de Derecho por los esfuerzos que dedica a hacer más eficaz la persecución del crimen organizado (agente encubierto, la instalación de escuchas telefónicas y cámaras secretas, la grabación de diligencias de investigación, el mantenimiento del secreto de la identidad de testigos en peligro). Este desarrollo ha continuado con la Ley para Lucha contra el Delito de 28.10.1994 (BGBl. I pág. 3186), que ha introducido un procedimiento simplificado y muy eficaz (§§ 417-420 StPO) y que ha extendido la regulación de los testigos principales a los delitos cometidos con el apoyo de una organización.

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

---

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

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

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

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

V. El Derecho penal de acuerdo con el Tratado de la Unificación alemana [20]

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

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

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

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

§ 4 Principios de la Política criminal

Achenbach, Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, en: *Schünemann* (Ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pág. 135; *H.-J. Albrecht*, Generalprävention, Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3.ª Ed. 1993, pág. 157; *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; *el mismo*, Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung, ZStW 92 (1980) pág. 19; *Ancel*, La défense sociale

---

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

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

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

nouvelle, 3.ª Ed. 1981; *el mismo*, Directions et directives de politique criminelle, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 779; *Bähr*, Die Strafbarkeit ohne Verschulden (strict liabillty) im Strafrecht der USA, 1974; *Bruns*, Alte Grundfragen und neue Entwicklungstendenzen im modernen Strafzumessungsrecht, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 739; *el mismo*, Strafzumessungsrecht, 2.ª Ed. 1974; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 29, 319, JR 1981, pág. 335; *el mismo*, Über die Unterschreitung der Schuldrahmengrenze usw., MDR 1987, pág. 177; *Burkhardt*, Zur Möglichkeit einer utilitaristischen Rechtfertigung des Schuldprinzips, en: *Baumgartner/Eser* (Edrs.), Schuld und Verantwortung, 1983, págs. 51 ss.; *Cerezo Mir*, Fortschritte in der Verwirklichung des Schuldprinzips usw., SchwZStr 107 (1990) pág. 1; *Dölling*, Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion? ZStW 102 (1990) pág. 1; *Dreher*, Über die gerechte Strafe, 1947; *Eser*, Resozialisierung in der Krise? Festschrift für K. Peters, 1974, pág. 505; *Gallas*, Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs, ZStW 80 (1968) pág. 1; *Grasnick*, Über Schuld, Strafe und Sprache, 1987; *Griffel*, Prävention und Schuldstrafe, ZStW 98 (1986) pág. 28; *Grünwald*, Die Strafrechtsreform in der BRD und in der DDR, ZStW 82 (1970) pág. 250; *Häberle*, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gewalt, en: *Isensee/Kirchhof* (Edrs.), Handbuch des Staatsrechts, Tomo I, 1991, § 20; *Hanack*, Grenzen des Sexualstrafrechts, Verhandlungen des 47. DJT 1968, Tomo II, pág. 1; *Hassemer*, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974; *el mismo*, Konstanten kriminalpolitischer Theorie, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 501; *Henkel*, Die «richtige» Strafe, 1969; *Horstkotte*, Die Vorschriften des 1. StrRG über die Strafbemessung, JZ 1970, pág. 122; *Huber*, Über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit usw., Zeitschrift f. schweiz. Recht 96 (1977) pág. 1; *Jäger*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten, 1957; *el mismo*, Motive des neuen Strafrechts, en: *Bundeskriminalamt* (Ed.), Strafrechtspflege und Strafrechtsreform, 1961, pág. 63; *el mismo*, Strafrechtspolitik und Wissenschaft, en: *Bauer y otros* (Edrs.), Sexualität und Verbrechen, 1963, pág. 273; *Jareborg*, Zur Reform des schwedischen Strafzumessungsrechts, ZStW 106 (1994) pág. 140; *Jescheck*, Die kriminalpolitische Konzeption des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80 (1968) pág. 54; *el mismo*, Das Schuldprinzp als Grundlage und Grenze der Strafbarkeit im deutschen und spanischen Recht, Libro Homenaje a Ignacio de Loyola, 1991, pág. 405; *el mismo*, Die Schuld im Entwurf eines StGB für England und Wales, Festschrift für R. Schmitt, 1992, pág. 56; *el mismo*, Das Schuldprinzip als Grundlage und Grenze der Strafbarkeit, en: *Lahti/Nuotio* (Edrs.), Strafrechtstheorie im Umbruch, 1992, pág. 318; *Kadish*, Forward: The Criminal Law and the Luck of the Draw, JCrimL 1994, 679; *Kaiser*, Kriminalpolitik, Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3.ª Ed. 1993, pág. 280; *Kargl*, Kritik des Schuldprinzips, 1982; *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 2.ª Ed. 1976; Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, JZ 1967, pág. 553; *el mismo*, Schuld und Strafe, 2.ª Ed. 1983; *Kelina*, Uber die Vorbereitung der neuen Strafgesetzgebung in der UdSSR, en: *Eser/Kaiser* (Edrs.), 5. Deutsch-sowjetisches Kolloquium, 1992, pág. 5; *Klug*, Rechtsphilosophische und rechtspolitische Probleme des Sexualstrafrechts, en: *Bauer y otros* (Edrs.), Sexualität und Verbrechen, 1963, pág. 27; *Lackner*, §13 StGB-eine Fehlleistung des Gesetzgebers? Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 117; *Lange*, Der Rechtsstaat als Zentralbegriff der neusten Strafrechtsentwicklung, en: Berliner Kundgebung 1952 des Deutschen Juristentages, 1952, pág. 61; *el mismo*, Das Rätsel Kriminalität, 1970; *el mismo*, Strafen wir wirklich den Täter? Summa Criminologica, Tomo II, 1991, pág. 331; *Lazerges*, La politique criminelle, 1987; *Levenson*, Good Falth Defenses: Reshaping Strict Liability Crimes, Cornell Law Review 78 (1993) pág. 401; *Löffler*, Die Schuldformen des Strafrechts, Tomo I, 1895; *Mezger*, Niederschriften Tomo I pág. 33; *Noll*, Die ethische Begründung der Strafe, 1962; *Peters*, Grundprobleme der Kriminalpädagogik, 1960; *el mismo*, Die ethischen Voraussetzungen des Resozialisierungs-und Erziehungsvollzuges, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 501; *Puppe*, Verführung als Sonderopfer, NStZ 1986, pág. 404; *Roxin*, Prävention und Strafzumessung, Festschrift für H.-J. Bruns, 1978, pág. 183; *el mismo*, Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke, Festgabe für H. Schultz, 1977, pág. 463; *el mismo*, Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW 96 (1984) pág. 641; *el mismo*, Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig? SchwZStr 104 (1987) pág. 356; *Rudolphi*, Das virtuelle Unrechtsbewußtsein, Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung, Heft 7, 1982, pág. 1; *Sax*, «Tatbestand» und Rechtsgutsverletzung, JZ 1976, pág. 9; *Schaffstein*, Spielraumtheorie, Schuldbegriff und Strafzumessung, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 99; *Scheuner*, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland, DJT-Festschrift, Tomo II, 1960, pág. 229; *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, 2.ª Ed. 1971; *el mismo*, Über den axiologischen Schuldbegriff, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985,

pág. 485; *Schöch*, Empirische Grundlagen der Generalprävention, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1081; *Schöneborn*, Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion des strafrechtlichen Schuldprinzips, ZStW 92 (1980) pág. 682; *Schreiber*, Vor dem Ende des Schuldstrafrechts? en: *Immenga* (Ed.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, 1980, pág. 281; *el mismo*, Das Schuldstrafrecht nach der Strafrechtsreform, en: *Lauter/Schreiber* (Edrs.), Rechtsprobleme der Psychiatrie, 2.ª Ed. 1981, pág. 29; *Schüler-Springorum*, Kriminalpolitik für Menschen, 1991; *Schünemann*, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, en: *Schünemann* (Ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pág. 153; *el mismo*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft usw., GA 1986, pág. 293; *Schwind* y otros (Ed.), Präventive Kriminalpolitik, 1980; *Sieverts*, Kriminalpolitik, HWB Krim, Tomo II, 1977, pág. 1; *Stratenwerth*, Tatschuld und Strafzumessung 1972; *el mismo*, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977; *Streng*, Schuld, Vergeltung, Generalprävention, ZStW 92 (1980) pág. 637; *Strien*, Einflüsse des deutschen Strafrechts auf die jüngere Strafrechtsreformbewegung in Spanien, 1992; *Theune*, Zum Strafzumessungsrecht, NStZ 1986, 153; *Vassalli*, Colpevolezza, en: Enciclopedia giuridica, Tomo VI, 1988, pág. 6; *Wolter*, Schuldinterlokut und Strafzumessung, GA 1980, 81; *Würtenberger*, Vom Sinn des staatlichen Strafanspruchs, en: Das Rechtswesen, 1971, pág. 67; *el mismo*, Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat, 1970; *Zipf*, Kriminalpolitik, 2.ª Ed. 1980.

La *Política criminal* se ocupa de la pregunta acerca de cómo dirigir al Derecho penal para poder cumplir de la mejor forma posible su misión de proteger a la sociedad. La Política criminal conecta con las causas del delito, discute cómo deben ser redactadas correctamente las características de los tipos penales para corresponderse con la realidad del delito, intenta determinar el modo en el que desarrollan sus efectos las sanciones aplicadas en Derecho penal, toma en consideración hasta qué límite el legislador puede extender el Derecho penal para no restringir más de lo absolutamente necesario el espacio de libertad del ciudadano, y prueba si el Derecho penal material está adecuadamente configurado para poder ser aplicado en el proceso penal [1]. Si también la Política criminal, como cualquier ciencia, es libre en su investigación y está sometida únicamente a la verdad, entonces rigen ciertos límites para la consecución de los objetivos legislativos propuestos por ella. **No todo lo que parece adecuado al fin es también justo.** Como criterios de Justicia en la Política criminal se entienden sobre todo el principio de culpabilidad, el principio del Estado de Derecho y el principio de humanidad.

I. El principio de culpabilidad

1. El **principio de culpabilidad** significa que la pena estatal únicamente puede estar fundada en la comprobación de que al autor le puede ser reprochado personalmente su hecho (vid. *infra* § 37 I 1). Del principio de culpabilidad se deduce, de un lado, que la pena presupone siempre la culpabilidad, de modo que quien actúa sin ella no puede ser castigado (*exclusión de la responsabilidad por el resultado*) [2]; y, de otro, que la pena no puede sobrepasar la medida de la

---

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

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

culpabilidad (*determinación de la pena en el marco del límite superior de la culpabilidad*). La esencia de la culpabilidad no es vista, por ello, en un defecto del carácter adquirido por una mala y culpable conducción de la vida ("culpabilidad por el modo de vida"), sino en que el autor en la situación concreta no se ha avenido a las exigencias del Derecho, a pesar de que ello habría sido posible ("culpabilidad por el hecho") [3].

2. El principio de culpabilidad es entendido como un **principio constitucional** (nulla *poena sine culpa*) [4], siendo reconocido por la doctrina penal alemana casi sin excepción [5]. En coincidencia con los proyectos [6], el § 46 I 1 ha plasmado expresamente el principio de culpabilidad en el StGB, si bien a través de una fórmula no demasiado inequívoca de acuerdo con la cual la culpabilidad es sólo la "base" para la determinación de la pena [7]. El principio de culpabilidad sirve, de un lado, para la necesaria protección del autor frente a todo exceso en la intervención represiva del Estado [8]. Además, también procura que la pena quede limitada estrictamente a una

---

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

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

[5] *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 357 ss.; *Blei*, Allg. Teil págs. 175 ss.; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 10; *Bruns*, Strafzumessungsrecht págs. 311 ss.; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar 28 antes del § 13; *Hafi*, Allg. Teil pág. 118; *Grasnick*, Über Schuld págs. 54 ss.; *Griffel*, ZStW 98 (1986) págs. 28 ss.; *LK* (11.ª) (*Jescheck*), nota preliminar 71 antes del § 13; *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip págs. 116 ss.; *Lackner*, nota preliminar 22 ss. antes del § 13; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil § 7 núms. 15 ss.; *Roxin*, ZStW 96 (1984) págs. 650 ss.; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein págs. 1 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 365 ss.; *el mismo*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 488 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar 103 ss. antes del § 13; *Schünemann*, Die Funktion des Schuldprinzips págs. 170 ss.; *el mismo*, GA 1986, págs. 293 ss.; *Stratenwerth*, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips págs. 42 ss.; *Welzel*, Lehrbuch pág. 136. *Roxin*, Allg. Teil I § 3 núms. 46 ss. y *Schünemann*, Die Funktion des Schuldprinzips pág. 189, consideran, por el contrario, que la culpabilidad es sólo un límite pero no un fundamento de la pena, lo que debe ser rechazado pues también su fijación, y no sólo la frontera superior de la pena, debe permanecer anudada a la culpabilidad, pues el Juez, con la desatención del principio de culpabilidad perdería la orientación del sentido de la pena como censura ético-social. Discrepante en el sentido de una asunción social de la responsabilidad *Achenbach*, Individuelle Zurechnung págs. 150 ss.; en el sentido de una derivación de los requisitos de la prevención general *Jakobs*, Allg. Teil 17/18 ss.; en el sentido de un «reflejo de las necesidades emocionales del procesado» *Streng*, ZStW 92 (1980) pág. 656; básicamente en desacuerdo *Kargl*, Kritik des Schuldprinzips, 1982. En contra de la «funcionalización» del principio de culpabilidad *Lackner*, núm. 25 antes del § 13; *AK (Schild)* §§ 20, 21 núms. 70 ss, en especial núm. 75: La finalidad preventiva sólo justifica medidas de seguridad estatales, mientras que la pena únicamente puede ser fundamentada desde la culpabilidad. En el marco de un Derecho penal de la prevención y en defensa de la autonomía del principio de culpabilidad *Burkhardt*, Rechtfertigung des Schuldprinzips págs. 51 ss. (con una fundamentación utilitarista); *Schöneborn*, ZStW 92 (1980) págs. 687 ss.; *Schreiber*, Schuldstrafrecht pág. 35; *el mismo*, Vor dem Ende des Schuldstrafrechts? pág. 280; *Roxin*, SchwZStr 104 (1987) págs. 368 ss. (culpabilidad en el sentido de responsabilidad).

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

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

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

censura pública de aquellas acciones que merecen un juicio de desvalor ético-social, con lo que, simultáneamente, enfatiza el compromiso del Derecho penal como un "minimum ético" (*Georg Jellinek*). El Tribunal Supremo Federal, en una declaración programática, ha hecho del principio de culpabilidad una de las piezas básicas de su jurisprudencia: "La pena presupone culpabilidad. Esta última significa reprochabilidad. Con el juicio de desvalor de la culpabilidad al autor se le reprocha el no haber actuado conforme a Derecho, esto es, haberse decidido por el injusto a pesar de que habría podido no hacerlo (BGH 2, 194 [200]; 18, 87 [94]). También es expresamente extraída del principio de culpabilidad la consiguiente consecuencia para el límite superior de la pena: "La finalidad preventiva no puede conducir a sobrepasar la pena justa" (BGH 20, 264 [267]; BGH NJW 1987, 3015).

El principio de culpabilidad es, asimismo, mantenido de forma mayoritaria en el extranjero[9], cuestión en la que la doctrina alemana no ha dejado de influir. Esta observación demuestra que aquí no se trata únicamente de una cuestión teórica que pueda contestarse de un modo u otro, sino que resulta ser el *único camino practicable* de la Política criminal en todos los sistemas políticos en el que pueden ser solucionados los problemas prácticos de la Justicia penal, en concordancia con la concepción valorativa de la colectividad.

---

[9] Vid. en relación a Austria § 4 österr. StGB *así como Kienapfel*, Grundriß Z 13 núm. 1 y *Triffterer*, Allg. Teil págs. 247 ss.; sobre Suiza *Rehberg*, Strafrecht I pág. 150; *Noll/Trechsel*, Allg. Teil I pág. 122; *Stratenwerth*, Schweiz. Strafrecht, Allg. Teil I § 2 núm. 25 y *Schultz*, Einführung I págs.179 ss.; en relación con los Países Bajos *Hazewinkel-Suringa/Remmelink*, Inleiding págs. 166 ss. y *van Bemmelen/van Veen*, Ons Strafrecht págs. 133 ss.; acerca de Francia *Merle/Vitu*, Traité I núm. 546 y *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal général núm. 211; sobre Bélgica *Verhaegen*, SchwZStr 98 (1981) págs. 4 ss.; en cuanto a Italia art. 27 I Verf.; *Bettiol/Pettoello Mantovani*, Diritto penale págs. 420 ss.; *Vassalli*, Colpevolezza, Enciclopedia giuridica Tomo VI págs. 6 ss. y *Pagliaro*, Principi págs. 335 ss.; en relación a Suecia *Jareborg*, ZStW 106 (1994) pág. 150 nota a pie núm. 10; sobre España *Rodriguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 433 ss.; *Cerezo Mir*, SchwZStr 107 (1990) pág. 1; *Jescheck*, Libro-Homenaje a Ignacio de Loyola págs. 405 ss. y *Strien*, Einfluß des deutschen Strafrechts págs. 45 ss.; acerca de Brasil *Fragoso*, Lições págs. 211 ss. y *da Costa jr.*, Comentários Art. 59 Anm. 1; en torno a Inglaterra *Glanville Williams*, Criminal Law pág. 11 ss.; sobre el Proyecto de Código penal para Inglaterra y Gales *Jescheck*, Schmitt-Festschrift págs. 56 ss. También en el último proyecto de las nuevas «Bases de la Codificación penal de la URSS» de 1992 se encuentra ya el principio de una responsabilidad personal y adecuada a la culpabilidad; al respecto *Kelina*, en: Fünftes deutsch-sowjetisches Kolloquium pág. 11; vid. además *Schittenhelm*, Strafe und Sanktionensystem im sowjetischen Strafrecht págs. 643 ss. También el movimiento de Defensa Social se reconoce hoy día partidario del principio de culpabilidad; vid. *Ancel*, La défense sociale nouvelle págs. 187 ss. y *el mismo*, Jescheck-Festschrift Tomo II pág. 789. Como excepción, el Derecho francés conoce de «infracciones puramente materiales» («infractions purement materielles»); tal y como se refleja en el art. 121-3 Code pénal 1994, el dolo o la imprudencia únicamente están previstos para los delitos graves y menos graves pero no para simples infracciones que permanecen existiendo como meras «infractions materielles» (vid. Circulaire pág. 28). El Derecho norteamericano exige, con carácter general, el dolo o la imprudencia aunque también conoce de casos de responsabilidad objetiva; vid. *Bähr*, Strafbarkeit ohne Verschulden (strict liability) im Strafrecht der USA, 1974; *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 340 ss. A favor de una limitación de la responsabilidad independiente de la culpabilidad se muestra *Levenson*, Cornell Law Review 78 (1993) pág. 401. A favor de un principio de un Derecho penal orientado al principio de culpabilidad como «medio de expresión de nuestras sensibilidades culturales y morales» («medium for expressing our cultural and moral sensibilities») también *Kadish*, JCrimL 1994, pág. 702. Una propuesta de la Comisión Europea de 21.5.1990 sobre sanciones en el marco de la política agraria y pesquera común, quiere renunciar abiertamente al principio de culpabilidad con la imposición de una regulación que promociona la aplicación de sanciones con independencia de la existencia de criterios subjetivos (Diario Oficial de la CE 1990 núm. C 137 pág. 10).

3. Mientras que la función delimitadora del principio de culpabilidad apenas suscita dudas serias, en cambio sí resulta discutida la cuestión relativa a si y en qué medida la pena puede **rebasar la medida de la culpabilidad** por motivos preventivo-especiales (vid. *infra* § 82 IV 5 b). Si la pena debe ser contraprestación por la infracción culpable del Derecho, porque sólo así puede ser alcanzada con justicia la finalidad de proteger a la sociedad (BGH 24, 40 [42]), debe permanecer salvaguardada una adecuada proporción de culpabilidad y de pena que prohiba desviaciones excesivas hacia abajo. Y así, por ejemplo, el asesinato de prisioneros en campos de concentración no podría ser contestado con una suspensión condicional de la pena privativa de libertad, aún cuando el autor viva desde hace muchos años completamente reinsertado en la sociedad y la Humanidad haya sido suficientemente instruida por el juicio inequívoco de la Historia [10]. De ahí que la jurisprudencia exija la completa correspondencia entre culpabilidad y pena [11], también en aquellos casos en los que esta última sea objeto de remisión condicional o cuando sea sustituida por otro tipo de sanción.

Por el contrario, el AE ha renunciado conscientemente a la función compensatoria de la pena. De conformidad con el § 59 II AE la pena deberá determinarse atendiendo únicamente a criterios preventivos, por lo que la culpabilidad por el hecho jugaría simplemente el papel de ser el límite superior de la pena [12]. Frente a ello existen, no obstante, objeciones que deben ser apoyadas sobre una pena que refleja la responsabilidad del autor "como una realidad de nuestra conciencia social y moral", ya que sólo así el Derecho penal permanece como Ordenamiento protector y garante de la reafirmación del Derecho [13]. Aún así debe concederse que faltan todavía datos empíricos que evidencien el efecto sobre la convicción jurídica de la colectividad de penas más justas, esto es, más adecuadas a la culpabilidad, aunque la investigación criminológica ya está avanzando más en el ámbito de la prevención general positiva [14].

---

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

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

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

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

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

II. El principio del Estado de Derecho

Criterio de la Política criminal es también el **principio del Estado de Derecho** que se erige en la Constitución como un principio director del conjunto de la actividad del Estado (art. 28 I GG) [15]. Existe un concepto formal y otro material del Estado de Derecho [16].

1. En un sentido *formal* destacan sobre todo aquellos elementos de este principio que deben garantizar la **seguridad jurídica**. Dado que el Derecho penal posibilita las más profundas intromisiones que con carácter general conoce el Ordenamiento jurídico en la esfera de libertad del ciudadano, deben ser tomadas garantías especiales en contra de su abuso. El principio de primacía y reserva de ley [17] se expresa, por ello, con mayor fuerza en Derecho penal que en cualquier otro sector del Derecho vigente. Y así, señala el art. 103 II GG, que un hecho sólo puede ser castigado cuando su punibilidad estaba determinada legalmente antes de que aquél fuera cometido. Con ello, no sólo es exigida una ley como base de la punibilidad, sino que también es excluido el efecto retroactivo de la ley que fundamente o agrave la responsabilidad penal (para más detalle vid. *infra* § 15 IV). La vinculación en cuanto al contenido de un juez penal con la ley es en cualquier caso más estrecha que otra en la administración de justicia: es inadmisible la aplicación de la ley penal en perjuicio del reo basado en un sentido de aquélla que no se encuentre inmediatamente abarcado por su contenido (la denominada *prohibición de la analogía*, vid. *infra* § 15 II 4). En un sentido positivo, del art. 103 II GG es deducido el *mandato de determinación* (vid. *infra* § 15 III 3). La libre discrecionalidad del juez penal en la imposición de penas y medidas de seguridad debe ser restringida a través de una caracterización lo más exacta posible de los presupuestos de la intromisión penal, de marcos penales relativamente estrechos, así como con el fraccionamiento del marco penal en casos especialmente graves (por ejemplo, §§ 212 II, 240 I) o de menor gravedad (vgr. §§ 249 II, 316 a I). Al mismo tiempo, se asegura con ello al ciudadano la claridad y previsibilidad del Derecho [18]. Además, en Derecho penal rige la completa "*reserva de jurisdicción*" (arts. 92 y 104 II GG), lo que significa que aquellas resoluciones gravosas para el ciudadano, especialmente aquellas que comportan privación de libertad, están reservadas a la competencia de las instancias judiciales para la protección de los interesados. También en Derecho penitenciario se vela por la completa protección del Derecho a través de los Tribunales (§§ 109 ss. StVollzG; §§ 23 ss. EGGVG en relación con la ejecución de arrestos y penas para jóvenes).

2. En un sentido *material* el principio del Estado de Derecho indica cómo debe ser configurado internamente el Derecho penal para corresponderse en la mayor medida posible con la figura ideal de un Estado justo (BGH 24, 173 [175]). En un primer plano se encuentra, además, el **respeto a la dignidad de la persona** como norma básica del conjunto del sistema valorativo de nuestra Constitución (art. 1 I GG) [19]. De ello se deriva para el Derecho penal, junto con la libertad genérica de acción (art. 2. I GG), su **limitación a los ataques que por su naturaleza**

---

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

[16] *Zipf*, Kriminalpolitik pág. 31.

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

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

[19] *Häberle*, Handbuch des Staatsrechts § 20.

son indispensables para asegurar la convivencia de las personas en la comunidad [20]. De la dignidad de la persona se deduce, asimismo, la exclusión de penas crueles y humillantes, así como la prohibición del trato degradante de los presos en Derecho penitenciario (así lo reconocen expresamente el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y los núms. 1 y ss. de las Reglas penitenciarias europeas de la Recomendación R [87] 3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 12.2.1987). Del derecho fundamental a la libertad general de actuación (art. 2 I GG) se sigue el reconocimiento del principio de culpabilidad (vid. *supra* § 4 I) como principio constitucional (BVerfGE 20, 323 [331]). Una consecuencia del aspecto material del principio del Estado de Derecho es, además, la **vinculación objetiva** del conjunto de la Política criminal [21]. Y así, el merecimiento de pena de una acción no puede ser decidido conforme a prejuicios sentimentales determinados por emociones, sino únicamente por necesidades fundadas de la protección de la sociedad; igualmente, tampoco puede una resolución judicial dejarse llevar por juicios de valor personales o por el concreto ambiente social [22], sino sólo por los juicios de valor del legislador, por consideraciones objetivas y por conocimientos válidos de la generalidad (BGH 4, 24 [32]). De naturaleza material y de reconocido rango constitucional es también el **principio de proporcionalidad del medio** (prohibición de exceso) (BVerfGE 19, 343; 61, 126 [134]) [23], que el legislador ha asumido como presupuesto para el establecimiento de medidas de seguridad en la ley penal (§ 62) (vid. *supra* § 2 I 3). Expresión del principio del Estado de Derecho es, finalmente, el **principio de igualdad** (art. 3 I GG) [24]. Éste supone el mismo tratamiento de todas las personas ante el Derecho penal y exige, por ello, que por ejemplo pueda aplicarse la ejecución de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad en lugar de la pena sustitutiva de prisión para el condenado a pena de multa que carece de medios económicos (art. 293 EGStGB). Además, el principio de igualdad prohibe la discriminación a los presos que recuperan la libertad. Al respecto advierte el § 3 III StVollzG que "La ejecución está dirigida a ayudar al preso a integrarse de nuevo en la vida en libertad".

III. El principio de humanidad

Fundamento de la Política criminal debe ser, finalmente, el principio de humanidad [25]. De acuerdo con él, la imposición y ejecución de las penas debe tener en cuenta la personalidad del acusado y, en su caso, del condenado, teniendo que hacer frente a la sanción de forma humana y responsable para **procurar devolverle a su vida en sociedad**. Este principio posibilita la *deroga-*

---

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

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

[22] *Engisch*, Einführung págs. 125 ss.

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

[24] Sobre este punto *Hesse*, Grundzüge núms. 438 ss.

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

ción de la pena de muerte (art. 102 GG, al respecto, BVerfGE 18, 112 [117]) y de la *castración de peligrosos delincuentes sexuales*[26], siendo asimismo incompatible con aquellas penas deshonrosas como la *pena de presidio* (Zuchthausstrafe)[27]. El pensamiento de la *resocialización* del delincuente ha ocupado el lugar de una exagerada tendencia represiva del Derecho penal (vid. § 46 I 2 StGB; §§ 2, 154 II StVollzG). El principio de humanidad se ha convertido, sobre todo, en el *principio director del Derecho penitenciario*[28]. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19.12.1966 contiene en el art. 10 I la disposición expresa de que el preso debe "ser tratado humanamente y con respeto a la dignidad inherente a la persona". La conciencia de una corresponsabilidad de todos es, finalmente, decisiva para la construcción de medidas de asistencia de las que hoy debe estar rodeado el tratamiento penitenciario en libertad y el retorno del preso liberado a la sociedad. Pero tampoco pueden desconocerse las *dificultades* aquí existentes. El Derecho penal no puede equipararse sin más al Derecho de la asistencia social. Sirve en un primer plano a la justicia distributiva y debe hacer valer la responsabilidad del autor por la infracción del Derecho, de modo que aquél experimente la respuesta de la comunidad jurídica al hecho por él cometido. Por ello no puede renunciarse a los perjuicios y al sufrimiento, sobre todo en el caso de la pena privativa de libertad. Sin embargo, dentro de esta última y a través de los límites marcados por la naturaleza de su misión, todas las relaciones humanas que juegan un papel en Derecho penal deben estar inspiradas en el principio de humanidad.

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

Adler, Nations not Obsessed with Crime, 1983; *H.-J. Albrecht,* Die Kriminalitätsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, BewH 1984, p.1; *B. Blau,* Die Kriminalität in Deutschland während des zweiten Weltkriegs, ZStW 64 (1952) pág. 31; *Bundeskriminalamt* (Ed.), Polizeiliche Kriminalstatistik, 1963 bis 1986; *Champion,* The juvenile justice System, 1992; *Collmann,* Internationale Kriminalstatistik, 1973; *Császár,* Die Entwicklung der Krimnalität in Österreich von 1953 bis 1964, 1967; *Dörmann,* Interpol-Kriminalstatistik: Kein wahrer Spiegel usw., Kriminalistik 38 (1984) pág. 414; *Exner,* Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte, 1931; *J. Frey,* Die Kriminalität in Zeiten des Wohlstandes, Diss. Zürich 1968; *Graff,* Die deutsche Kriminalstatistik, 1975; *Heinz,* Kriminalstatistik usw., en: BKA Vortragsreihe 23 (1977) pág. 93; *el mismo,* Entwicklung, Aufgaben und Probleme der Kriminalstatistik, ZStW 84 (1972) pág. 806; *el mismo,* Das System der Strafrechtspflegestatistiken, Allgemeines Statistisches

---

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

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

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

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

I. Generalidades sobre la estadística criminal

La criminalidad y la aplicación del Derecho penal tienen un significado decisivo para el conjunto de la vida social de un pueblo. La criminalidad causa a los afectados por ella daños corporales, morales y materiales, y a la colectividad pérdidas de distinta clase. Conduce a la desconfianza, a la inseguridad y al temor. Las penas y las medidas de seguridad inciden profundamente en la vida particular del reo y gravan, como ocurre con las sanciones privativas de libertad, los presupuestos públicos. Los cuadros que seguidamente se expondrán deben dar una imagen de la frecuencia con la que en la República Federal se denuncian y aclaran delitos, se dictan condenas, se imponen sanciones, y se recluyen personas en establecimientos penitenciarios. La delimitación de los períodos temporales que se abarcan en esta exposición, va desde el año 1882 en el que fue elaborada por primera vez la estadística criminal del Imperio [1], hasta la publicación del último fascículo sobre "Administración de Justicia" del Servicio Federal de Estadística del año 1991 [2]. Los períodos comprendidos entre los años 1936 a 1945 no han sido publicados [3].

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

[2] *Statistiches Bundesamt*, Fachserie 10, Rechtspflege, Serie 1, 1991.

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

DE CASTILLA-LA

Las estadísticas criminales se restablecieron nuevamente en el año 1950. La estadística criminal policial fue introducida en la República Federal en el año 1953 y alcanza hasta el momento hasta el año 1993. Las cifras que se refieren a la zona de la anterior RDA no se encuentran en las tablas que a continuación se expondrán. Para la *comprensión de las estadísticas* debe anticiparse lo siguiente:

La estadística de la Administración de Justicia se refiere a personas procesadas y condenadas. Es abarcada la totalidad de aquellas sentencias judiciales firmes dictadas en causas penales. Junto a esta **estadística judicial** existe la **estadística criminal policial**, conteniéndose en esta última los delitos por ella conocidos y resueltos, así como los sospechosos investigados por su implicación en aquéllos [4]. Sin embargo, ninguna de estas estadísticas refleja una imagen acabada del verdadero alcance de la criminalidad, pues también la estadística policial contiene únicamente aquellos delitos de los que tuvo conocimiento la policía. Frente a estos hechos se encuentra una gran **cifra negra** [5], distinta en cada uno de los diferentes delitos, que engloba a aquellos hechos que no han sido observados por nadie o que no han sido comunicados a la policía. La Criminología se esfuerza en la investigación de la cifra negra mediante encuestas a los autores y víctimas del delito, así como a través de sondeos. La estadística policial está más cerca del alcance global de la criminalidad que la estadística de la Administración de Justicia, puesto que se lleva a cabo con la totalidad de los delitos conocidos por la policía. La estadística judicial, en cambio, registra sólo un número mucho más pequeño de casos que han llegado a los tribunales, aunque por la fiabilidad de sus fuentes proporciona una imagen exacta del número de personas que han sido juzgadas y de las sanciones impuestas. Aunque si bien existe una diferencia cuantitativa considerable entre la criminalidad real y la registrada oficialmente, se acepta que es posible hacer algunas conclusiones derivadas de su estructura cualitativa [6]. Con las reservas expuestas, la estadística criminal es una fuente de información, un instrumento de planificación y un criterio cuantificador de la eficacia, imprescindible para la Administración de Justicia. Específicas afirmaciones y comparaciones posibilita la **cifra de condenados** (cifra de criminalidad). Su cómputo tiene lugar mediante la puesta en relación de la cifra global de condenados obtenida durante un año por cada 100.000 personas mayores de edad penal de la población. De acuerdo con ello, pueden relacionarse todos o tan sólo los condenados a un delito determinado delito, con el conjunto de la población mayor de edad penal o de cualquier otra edad determinada, de lo que resultan cifras generales y especiales de condenados. De modo correlativo, la estadística criminal policial suministra la denominada **cifra de frecuencia**.

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

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

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

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

Año	Condenados	(de ellos condenados) Número	Porcentajes	Cifras de condenados
		Territorio imperial		
1882	315.849	82.292	26,0	996
1885	325.122	93.841	28,9	1.006
1905	508.102	228.167	44,9	1.205
1913	555.527	251.882	45,3	1.169
1923	823.902	178.545	21,6	1.693
1931	569.903	231.953	41,1	1.125
1935	431.423	171.071	39,7	838
		Territorio Federal		
1951	401.538	123.302	30,7	1.073
1955	530.655	175.352	33,0	1.331
1957	564.026	208.927	37,0	1.398
1960	555.212	214.667	38,6	1.316
1966	607.752	236.605	38,9	1.303
1969	618.170	256.314	41,5	1.310
1973	698.912	204.783	29,3	1.434
1974	699.198	215.265	30,8	1.419
1976	699.339	242.898	34,7	1.411
1978	739.044	272.538	36,9	1.473
1980	732.481	279.838	38,2	1.433
1982	772.194	318.441	41,2	1.481
1983	784.657	334.906	42,7	1.499
1985	719.924	325.755	42,2	1.371
1991	695.118	289.224	41,6	1.274

La curva de criminalidad anterior a la Primera Guerra Mundial muestra un ascenso progresivo, especialmente en relación con los condenados que ya poseían antecedentes penales, desde 1882 hasta después del cambio de siglo, lo que refleja en un primer plano las dificultades de adaptación de amplios sectores de la población a las cambiantes condiciones de vida de la sociedad industrial. Posteriormente, la curva desciende levemente hasta la Primera Guerra Mundial. No obstante, la delincuencia de reincidencia continuó incrementándose. La criminalidad en los tiempos de la República de Weimar se mantuvo con firmeza bajo el signo de las fluctuaciones económicas que convulsionaron Alemania durante esos pocos años. En el momento de mayor **inflación**, en el año 1923, fue alcanzado **en Alemania el mayor nivel de criminalidad jamás registrado**. Al mismo tiempo descendió fuertemente el número de delincuentes reincidentes, pues a consecuencia de la penuria generalizada aumentó torrencialmente el número de delincuentes primarios. Con el retorno a una armonía de las relaciones económicas, la criminalidad registrada volvió a descender paulatinamente, siendo esta tendencia apenas interrumpida por la crisis mundial de 1929 y su correlativa destrucción de puestos de trabajo. Bajo el dominio del nacionalsocialismo, que trajo consigo una rigurosa lucha contra la criminalidad, la integración de todo el

pueblo en organizaciones militarmente organizadas y estrechamente vigiladas, la incorporación al ejército de jóvenes promociones y la proliferación de la justicia privada de muchas organizaciones por delitos leves, tuvo lugar un fuerte descenso de la criminalidad que ni siquiera ha sido observado bajo el poder de otros órdenes dictatoriales. En el año 1951 comienza un bajo descenso de la criminalidad registrada judicialmente, aunque fue debido a la Ley de Amnistía de 1949. En los años siguientes las cifras fueron aumentando invariablemente hasta el año 1957, momento en el que se alcanza un nuevo punto álgido que se acerca nuevamente a las cifras de los años de inflación. La participación creciente de los nuevos factores de la criminalidad relativa a la seguridad del tráfico se hace aquí perceptible. Asimismo, el segmento correspondiente a la criminalidad de reincidencia asciende fuertemente acercándose nuevamente a la frontera del 40%. Con posterioridad a 1957 las cifras de condenados muestran, con pequeñas oscilaciones, una suave tendencia regresiva. Desde 1969 **aumenta el número de condenados** de forma continuada, sobrepasando por primera vez en el año 1973 el nivel máximo de 1957 y manteniéndose desde entonces aproximadamente en la misma cota aunque mostrando en 1991 un ligero descenso. Por el contrario, la estadística policial advierte de una **curva que crece constantemente** (vid. *infra* tabla IV): de 1.678.840 delitos de los que se tuvo conocimiento en el año 1963 (cifra de frecuencia 2914), pasando por los 2.741.728 en el año 1974 (cifra de frecuencia 4419), hasta los 4.367.124 en el año 1986 (cifra de frecuencia 7154). Los números de la estadística policial muestran nuevamente para el año 1993 un considerable aumento (vid. *infra* IV): en la "vieja" República Federal se tuvo conocimiento de la comisión de 5.347.780 delitos (cifra de frecuencia 8032), mientras que para el conjunto de la República Federal se alcanzan los 6.750.613 (cifra de frecuencia 8337). La no correspondencia de este incremento de la criminalidad con la cifra de condenados e, incluso, la evidencia de un ligero descenso en el año 1991, es consecuencia, entre otras cosas, de la adecuación de la praxis a los §§ 153, 153 a StPO (vid. *infra* § 5 V 3). No obstante, se trata de delitos de cuya comisión tuvo constancia la Fiscalía o el Tribunal y que habrían conducido a la condena si el proceso no hubiera sido archivado con anterioridad.

En la **zona de la antigua RDA** la criminalidad ha sufrido un amplio y fuerte aumento de sus proporciones, que se dirige hacia una equiparación con la de los viejos *Länder* federales [7]. El lastre de la criminalidad en los nuevos *Länder* federales es todavía levemente inferior que en los viejos. La fuerte subida está en relación con el cambio veloz de la sociedad, con el alto nivel de desempleo, con la libertad todavía desconocida sobre todo para la juventud, así como con la criminalidad organizada en la zona fronteriza del este y sur del país. El desarrollo producido no ha sorprendido sino que se corresponde con las expectativas previstas.

Sería tentador poner en relación el orden de importancia y el movimiento de la criminalidad de los distintos países a través de una estadística criminal comparada. Sin embargo, por ahora las dificultades técnicas son insalvables y la falta de fuentes es demasiado grande. Instructivos son, mientras tanto, los informes acerca del desarrollo de la criminalidad en determinados países; muestran que, en esencia, aunque sin tener en cuenta a Japón [8], en el extranjero también está teniendo lugar un incremento generalizado de la criminalidad no muy diferente a la imagen [9] que muestran las experiencias alemanas, con lo que la República Federal de Alemania está situada en un nivel elevado [10].

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

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

[9] Vid., con carácter general sobre la República Federal, *Kaiser*, Kriminologie § 42 núms. 47ss.; *H.-J. Albrecht*, BewH 1984, págs. 1 ss.; en relación a Austria: *Császár*, Kriminalität in Österreich págs. 41 ss., así como Sicherheitsbericht 1983, pág. 3, que desde 1975 evidencia un simétrico y suave ascenso de la crimina-

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

Año	Condenados	Cifras de condenados	Año	Condenados	Cifras de condenados
		Jóvenes (de 14 a 17 años)			
1882	30.719	568	1962	42.900	1.584
1885	30.675	559	1966	44.689	1.422
1900	48.657	745	1968	49.855	1.588
1910	51.315	668	1970	55.657	1.741
1923	86.040	1.082	1972	59.726	1.777
1931	22.844	561	1976	64.511	1.691
1933	15.985	553	1978	76.177	1.892
1936	14.339	359	1980	80.424	1.917
1951	30.495	1.015	1982	87.476	2.086
1954	29.219	842	1983	83.493	2.025
1956	37.183	1.015	1985	62.645	1.687
			1991	32.282	1.278
		Semiadultos (de 18 a 20 años)			
1954	58.854	2.623	1980	98.845	3.323
1964	67.666	3.108	1982	106.820	3.390
1974	86.695	3.426	1983	107.021	3.337
1976	91.769	3.529	1985	90.667	2.826
1978	98.374	3.562	1991	64.344	2.614

La criminalidad juvenil comienza por ser proporcionalmente baja con anterioridad al cambio de siglo, pero asciende fuertemente de modo paralelo a la delincuencia de los adultos y baja del mismo modo con posterioridad hasta la Primera Guerra Mundial. La explicación podría residir aquí también en la inicialmente difícil, aunque paulatinamente mejor, adaptación a las condiciones de vida de la sociedad industrial. La **cifra más alta** (aunque aquí no suministrada) del año 1919 alcanza otra vez casi al punto álgido de la *época inflacionista* como efecto inmediato de

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

[10] Vid. *Kaiser*, Kriminologie § 42 núms. 83, 92.

la guerra. La aprobación de la JGG de 1923 y la normalización de las condiciones de vida permiten que la curva de la criminalidad descienda con fuerza. Bajo el nacional-socialismo la delincuencia juvenil disminuye en una proporción aún más acusada que en la de los adultos, lo que es atribuible al movimiento organizativo y disciplinador de la juventud y a la justicia privada de tales grupos. Con relación a los años anteriores, la criminalidad juvenil posterior a la Segunda Guerra Mundial muestra cifras llamativamente altas e invariablemente ascendentes. Ya en el año 1951 comienza con un tamaño tal que casi se corresponde con la cima de los tiempos de inflación. Con una débil atenuación en el año 1954, las cifras se elevan progresivamente alcanzando en 1962, con una cifra de condenados de 1584 jóvenes, un primer nivel máximo que es aproximadamente un 50% superior al de la época inflacionista, a pesar de que entre tanto la JGG de 1953 fue nuevamente mejorada. En el año 1972 la cifra de condenados alcanza ya a 1777, en el año 1979 la de 1887 y en el año 1983 la de 2025, lo que sin embargo significa por primera vez un descenso frente al año anterior. En el año 1991 la reducción de la cifra de condenados es especialmente grande; lo que no obstante nada dice a favor de que la delincuencia juvenil haya retrocedido realmente, pues la fuerte reducción de la cifra de condenados únicamente es atribuible a la admisión de los casos en los que puede prescindirse de la acusación por parte del Fiscal (§ 47 JGG) o el Juez puede dictar el sobreseimiento del proceso (§ 47 JGG). La **imagen de la delincuencia juvenil** es, por ello, **especialmente desfavorable** pues, aunque se prescinda de los delitos contra la seguridad del tráfico, en general persiste una tendencia alcista. En comparación con el año 1882 existe hoy una criminalidad juvenil cuatro veces superior a la de entonces, mientras que la delincuencia de adultos no es esencialmente superior a la existente con anterioridad a la Primera Guerra Mundial. La cifra de criminalidad más alta de las distintas clases de edades corresponde a los **semiadultos**, cuya cifra de condenados en el año 1991 con 2614 bien dobla a la de los adultos, aunque desde 1985 aquélla ha comenzado a sufrir un ligero retroceso. Este desarrollo se ha reforzado considerablemente en 1991, lo que sin embargo es igualmente atribuible, como en los jóvenes, al incremento de la aplicación de las posibilidades de archivo del procedimiento (§§ 45, 47 JGG) por el Juez de acuerdo con el § 109 II JGG. El ascenso de la delincuencia juvenil y de la de los semiadultos, con alarmantes cifras procedentes del extranjero [11], ha desencadenado una preocupación creciente [12]. Incluso aunque por el momento únicamente esté sucediendo un desplazamiento de la criminalidad de edades adultas a otras más jóvenes [13], lo que no debería producir un incremento del volumen global de la delincuencia, debe resaltarse un notable incremento de la criminalidad juvenil y de los semiadultos desde el año 1966, que desde luego no se expresa en la estadística de condenados a consecuencia del significativo reforzamiento de las posibilidades de archivo del proceso. A largo plazo existe también un peligro de crecimiento del conjunto de la delincuencia por el trasvase de la criminalidad a edades más tempranas, pues según la experiencia criminológica la probabilidad de reincidencia es mayor cuanto menor es la edad en la que tiene lugar la primera condena [14]. La experiencia criminológica nos ha enseñado también que relativamente pocos jóvenes y semiadultos delincuentes se convierten en "criminales profesionales", aunque esta posibilidad es cuantitativamente mayor cuanto más

---

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

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

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

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

precozmente se comete el primer delito. Un factor criminal especialmente peligroso de las personas jóvenes es el alto desempleo juvenil, puesto que contribuye a hacer evidente la inutilidad de su propio esfuerzo, lo que sobre todo podría evitarse con una buena formación profesional. Una lucha eficaz contra la criminalidad juvenil depende decisivamente del éxito de la reducción de esa difícil carga para el desarrollo de las personas jóvenes.

IV. Delitos conocidos y aclarados

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

La alta y creciente **cifra de delitos conocidos** está causada principalmente por el hurto[15] que en 1993 constituyó, en su modalidad agravada un 37,7% y en su modalidad básica un 23,8%, del volumen global de las infracciones cometidas, mientras que la proporción de delitos violentos (homicidio doloso, violación, robo) únicamente supuso el 1,1%. La estadística sobre investigación de los crímenes cometidos revela que la **cuota de delitos aclarados** entre los años 1963 y 1978 retrocede progresivamente, aunque desde entonces se ha producido una mejora si se prescinde de la cifra del año 1993 para el conjunto de la República Federal, pues resulta necesario aclarar que la implantación de la policía en los nuevos *Länder* todavía no ha finalizado. Por cierto que la cuota de infracciones aclaradas difiere notablemente dependiendo del delito de que se trate; y así, en el año 1993 para el caso del homicidio y el asesinato alcanza un 84,7% (lo que ha supuesto un retroceso considerable); en el supuesto de la violación un 68,8%, para el incendio doloso un 35,8% y para el caso del hurto agravado tan sólo un 12,2%, lo que supone el nivel más bajo desde que comenzaron a elaborarse las estadísticas.

---

* ("antigua" República Federal).

** (conjunto de la República Federal).

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

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

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

Año	Condenados en total	Presidio (*Zuchthaus*)	Presidio (desde 1970 prisión)	De ellos cadena perpetua	De ellos hasta 3 meses, a partir de 1970 hasta 6 meses	De ellos susp. condic.	%
1967	558.384	3290	209.037	55	161.055	70.975	33,89
1968	572.629	3209	207.645	69	158.633	75.036	36,15
1969	530.947	2557 [16]	155.741	59	109.122	73.566	47,02
1970	553.692	-	88.248	70	55.844	46.972	53,20
1973	601.419	-	96.589	47	55.229	57.842	59,80
1974	599.368	-	104.726	85	59.460	63.863	61,00
1976	592.154	-	98.233	71	59.058	61.801	62,91
1978	614.252	-	105.506	52	64.548	67.889	64,35
1980	599.832	-	104.850	54	63.839	68.878	65,69
1982	622.434	-	115.726	70	68.385	75.182	64,97
1983	636.105	-	118.638	68	69.094	77.391	65,23
1985	600.798	-	111.876	86	64.557	74.147	66,28
1991	622.390	-	100.766	56	58.157	68.407	67,90

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

[16] Acerca del retroceso de la pena de presidio a partir del año 1882, *Exner*, Strafzusmessungspraxis pág. 19.

Año	Pena de multa (pena única)	Prohibición de conducir
1967	345.065	10.404
1968	361.074	10.266
1969	371.918	10.074
1970	464.118	10.587
1973	504.335	12.317
1974	494.266	16.743
1976	492.561	21.660
1978	507.627	26.477
1980	494.114	32.201
1982	505.917	37.468
1983	516.892	38.702
1985	488.414	36.928
1991	521.291	32.191

La pena unitaria de prisión introducida en el año 1969, junto con la limitación de las penas cortas de prisión a través del § 47, ha supuesto una disminución de los condenados a **pena de prisión** desde el 37% entre los años 1968 y 1989 al aproximadamente 17% de todos los condenados, así como el correlativo aumento de la pena de multa[17]. Al mismo tiempo, la proporción de penas de prisión ejecutadas ha retrocedido del 24% al 7% de todos los condenados, gracias al aumento de la suspensión condicional de aquéllas del 33% a más del 67% de todas las penas de prisión. El retroceso de la pena de prisión se ha limitado, no obstante, a aquellas que son de corta duración ya que las de media o larga duración han subido incluso ligeramente, lo que ha traído por consecuencia que en el año 1986 el número de presos se acercara al nivel del tiempo de la reforma de 1969 (vid. *infra* § 5 VI). Pero en el año 1991 el porcentaje ha disminuido claramente otra vez. A pesar de la existencia del § 47, todavía son más de 50.000 las penas de prisión inferiores a seis meses, siendo éstas suspendidas condicionalmente en un 80% de los casos[18]. El arresto penal como pena corta de prisión para soldados (previsto en la WStG) ha disminuido a la mitad y es suspendido condicionalmente en casi nueve de cada diez casos.

La cota de la **pena de multa**[19] asciende en un 64,5% de los casos hasta 30 días-multa, en un 30% entre 30 y 90 días-multa, en un 2,3% entre 91 y 180 días-multa y en un 0,2% de los supuestos entre 181 y 360 días-multa. Multas más altas son poco frecuentes, de modo que éstas apenas invaden el alcance de la pena de prisión de entre tres y seis meses, y nunca el que va de seis meses a un año a pesar de que están previstos hasta 360 días-multa. La proporción de arres-

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

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

[19] Vid. *Kaiser*, Kriminologie § 116 núm. 40 Tabla 46.

tos sustitutorios ejecutados que en 1971 únicamente alcanzó el 3,8%, ha ascendido aproximadamente hasta el 6% en el año 1990 principalmente por causa del incremento del desempleo, de modo que por el momento casi 30.000 multas deben ser cumplidas con pena de arresto sustitutorio de acuerdo con el § 43. La elusión de la ejecución de aquél a través del cumplimiento de trabajos en beneficio de la comunidad es en realidad posible en todos los *Länder* federales (art. 293 EGStGB), aunque sin embargo es solicitada sólo en un porcentaje que oscila entre el 7,7 y el 20,1% de los casos, y tan sólo entre un 44,2 y 64,8% de los supuestos en los que la ejecución tiene lugar ésta se completa totalmente[20]. Un considerable, continuado y creciente significado presenta la pena accesoria de prohibición de conducir (§ 44), pues en el año 1985 la proporción de la privación del permiso de conducir (vid. *infra* Tabla V 2) continuaba siendo todavía casi cinco veces superior.

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

2. Personas sentenciadas a medidas de corrección y aseguramiento

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

Dentro de las medidas de corrección y aseguramiento domina la **privación del permiso de conducir**. En el año 1954 fue impuesto en 11.025 casos y en 1991 en 180.242 supuestos, lo que significa que en 37 años su número se ha multiplicado por dieciséis. A ello debe añadirse, en

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

el sentido de la protección del tráfico viario que representa la prohibición de conducir, que desde 1967 se ha impuesto en más del triple de ocasiones (vid. *supra* Tabla V 1). Considerable significado práctico tiene de igual modo el internamiento en un hospital psiquiátrico. Ha aumentado con fuerza el ingreso en establecimientos de desintoxicación por parte de drogodependientes. Probablemente tendrá lugar un retroceso como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional de 16.3.1994 (BGBl. I pág. 3012), que ha venido a exigir para el internamiento una concreta y suficiente probabilidad de éxito en el resultado del tratamiento. De la inhabilitación para el ejercicio de una profesión se hace uso en escasas ocasiones. La custodia de seguridad ha retrocedido hasta tal punto que apenas juega ya papel alguno como medida de seguridad frente a delincuentes especialmente peligrosos (respecto a la libertad vigilada vid. *infra* § 78 I 6)[21].

Una nueva posibilidad informal de sanción del mayor significado práctico, creada en el año 1974, es el **archivo provisional del proceso penal** a través del Fiscal o del Tribunal **bajo una condición** que en el 98% de los casos consiste en el pago de una cantidad de dinero a una institución de interés social o al Estado (§ 153a StPO); como condiciones están previstas, además, la reparación del daño o contribuciones de interés general (vid. *infra* 8 VI 1). En el año 1985 el número total de archivos condicionales (§ 153a StPO) podría haberse elevado a 208.000, mientras que la cifra total de condenados conforme al Derecho penal común ascendió a 719.924[22]. La acumulación del trabajo debida al aumento de los delitos denunciados fue absorbida parcialmente por medio de esta vía[23]. Como el procedimiento del § 153a StPO presupone la conformidad del acusado, aquí tiene lugar con carácter general un acuerdo (*Absprache*) entre el Fiscal y el acusado o su defensor.

VI. Presos y custodiados entre 1969 y 1991, en ambos casos a 31 de marzo, según la clase y duración de la privación de libertad y la edad personal (ver cuadro siguiente)

La **cifra total de presos**, desde el nivel máximo alcanzado con 49.533 en el año 1965, ha retrocedido considerablemente a consecuencia de la reducción de la pena de prisión, aunque desde el año 1971 ha venido nuevamente a crecer progresivamente, de modo que la cifra de salida ya casi fue alcanzada otra vez en el año 1984. Esto fue una consecuencia del aumento de la criminalidad en su conjunto, del incremento en la duración de las penas a medio y largo plazo, así como del alto número de arrestos sustitutorios ejecutados. Desde 1986 viene teniendo lugar un nuevo descenso que, a fecha de 31.3.1991, alcanza el 17,3%. En una estadística comparada del Consejo de Europa[24] se proporciona la cifra global de presos en la República Federal Alemana con fecha 1.9.1991 en 49.658 (cuota de presos por cada 100.000 habitantes, 78,8), de los que un 23,3% eran presos preventivos[25]. La República Federal, pues, ocupa el puesto final del pri-

---

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

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

[23] *Heinz*, BewH 1984, 16, 26.

[24] Bulletin d'information pénologique 2/92, Tableau 1.

[25] Acerca del desarrollo de los presos preventivos, *Hilger*, NStZ 1989, pág. 107.

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

mer tercio de los países que integran el Consejo de Europa. Para su comparación, la cuota de presos alcanza en Francia el 83,9, en Gran Bretaña el 92,1, en Suecia el 55,0 y en los Países Bajos el 44,4. Alto es también el número de presos jóvenes (por debajo de 25 años), con los que todavía se muestra posible una influencia educativa a través de la ejecución de la pena. Representan una quinta parte de todos los presos. Más de la mitad de los presos poseen una edad mediana (entre 25 y 40 años). En este grupo se evidencia con una nitidez especial el problema de la educación coactiva de adultos. A la cifra total de 37.468 presos y custodiados en la anterior circunscripción federal a la fecha de 31.3.1991, deben ser además añadidos los presos preventivos cuyo cómputo íntegro en aquella zona a la fecha de 31.12.1991 alcanzaba los 14.415, y cuyo período de internamiento según el § 51 I es abonado al cumplimiento de la pena. El número de casos en los que la duración de la prisión preventiva sobrepasa la duración de la pena o el proceso finaliza con el sobreseimiento, absolución, pena de multa o sustitución de la pena de prisión, es alto: entre 1975 y 1980 condenados que habían estado en prisión preventiva fueron, por término medio, sentenciados en un 16% a penas de multa y en un 29,7% les fue suspendida condicionalmente la pena de prisión[26], de modo que para casi la mitad de estos presos la prisión preventiva supone una privación de libertad finalmente inmerecida. La solución indemnizatoria para los casos de sobreseimiento y absolución está regulada en el § 2 I StrEG de 8.3.1971 (BGBl. I pág. 152). En el retroceso del número de personas sometidas a custodia de seguridad, se refleja el reparo de los Jueces a alargar la privación de libertad por medio de una medida de seguridad más allá del marco de la pena de prisión merecida por el hecho cometido.

§ 6 Las Ciencias criminales

H.-J. Albrecht, Generalprävention, Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3.ª Ed. 1993, pág. 157; *Ancel,* Le droit pénal comparé, en: *Jescheck/Kaiser* (Edrs.), Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie, 1980, pág. 73; *el mismo,* Directions et directives de politique criminelle, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 779; *Baratta,* Strafrecfitsdogmatik und Kriminologie, ZStW 92 (1980) pág. 107; *Burgstaller,* Kriminalpolitik nach 100 Jahren IKV/AIDP. Versuch einer Bestandsaufnahme, ZStW 102 (1990) pág. 637; *Eisen* (Ed.), Handwörterbuch der Rechtsmedizin, Tomo III págs. 1973 ss.; *Engisch,* Sinn und Tragweite juristischer Systematik, Studium Generale 1957, pág. 173; *el mismo,* Aufgaben einer Logik und Methodik des juristischen Denkens, Studium Generale 1959, pág. 76; *el mismo,* Methoden der Strafrechtswissenschaft, Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden, Methoden der Rechtswissenschaft, Parte I, 1972, pág. 39; *Feest,* Kriminalistik, Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3.ª Ed. 1993, pág. 236; *Ferracuti,* Possibilities and Limits of Comparative Research in Criminology, en: *Jescheck/Kaiser* (Ed.), Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie, 1980, pág. 129; *Gimbernat Ordeig,* Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft? ZStW 82 (1970) pág. 379; *Göppinger,* Der Täter in seinen sozialen Bezügen, 1983; *el mismo,* Angewandte Kriminologie, 1985; *el mismo,* Angewandte Kriminologie-International, 1988; *Groß/Geerds,* Handbuch der Kriminalistik, 10.ª Ed. Tomo I, 1977, Tomo II, 1978; *Großfeld,* Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, 1984; *Grünhut,* Moderne Arbeitsmethoden in der Kriminologie, ZStW 72 (1960) pág. 267; *Haffke,* Tiefenpsychologie und Generalprävention, 1976; *Hassemer,* Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974; *Hassemer/Lüderssen/Naucke,* Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften? 1983; *Hauser,* Die Rechtsvergleichung als Auslegungshilfe, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1215; *Hellmer,* Kriminalpädagogik, 1959; *Henrici,* Die Begründung des Strafrechts in der neueren deutschen Rechtsphilosophie, 1961; *Hirsch,* Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft? Festschrift für G. Spendel, 1992, pág. 43; *el mis-*

[26] *Heinz,* ZStW 94 (1982) pág. 662.

mo, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundsätzlicher Sicht, en: *Hirsch/Weigend* (Edrs.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, pág. 65; *el mismo*, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln, 1988, pág. 399; *Jescheck*, Gegenstand und neueste Entwicklung des internationalen Strafrechts, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 579; *el mismo*, Rechtsvergleichung als Grundlage der Strafprozeßreform, ZStW 86 (1974) pág. 761; *el mismo*, Das neue deutsche Strafrecht im internationalen Zusammenhang, Jahrbuch der Max-Planck-Gesellschaft, 1975, pág. 49; *el mismo*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Strafrechtsreform, Festschrift für P. Bockelmann, 1978, pág. 133; *el mismo*, Grundlinien der internationalen Strafrechtsreformbewegung, Festschrift für San Duck Hwang, 1979, pág. 417; *el mismo*, Der Einfluß der IKV und der AIDP usw., ZStW 92 (1980) pág. 997; *el mismo*, Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik, ZStW 93 (1981) pág. 3; *el mismo*, Die Freiheitsstrafe bei Franz v. Liszt, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 257; *el mismo*, Möglichkeiten und Probleme eines Europäischen Strafrechts, Festschrift für Jhong-Won Kim, 1991, pág. 947; *Jescheck/Kaiser* (Edrs.), Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie, 1980; *Jescheck/Löffler* (Edrs.), Quellen und Schrifttum des Strafrechts, Tomo I, 1972, Tomo II, 1980; *Kaiser*, Kriminalpolitik ohne kriminologische Grundlage? Gedächtnisschrift für H. Schröder, 1978, pág. 481; *el mismo*, Strafvollzug im europäischen Vergleich, 1983; *el mismo*, Abolitionismus-Alternative zum Strafrecht? Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 1027; *el mismo*, (Ed.), Kriminologische Forschung in den 80er Jahren, 2 Tomos, 1988; *el mismo*, Viktimologie, Festschrift für H. Schüler-Springorum, 1993, pág. 3; *Kaiser/Kury/Albrecht*, Victims and Criminal Justice, 3 Tomos, 1991; *Armin Kaufmann*, Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft, Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong, 1985, pág. 100; *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie im Wandel, 1972; *Arthur Kaufmann/W.Hassemer* (Edrs.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 6.ª Ed. 1994; *Kleinheyer/J. Schröder*, Deutsche juristen aus fünf Jahrhunderten, 3.ª Ed. 1989; *Klug*, Juristische Logik, 3.ª Ed. 1966; *Krauß*, Kriminologie und Strafrecht, en: Grimm (Ed.), Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, Tomo I, 1973, pág. 233; *Kube/Stärzer/Timm* (Ed.), Kriminalistik, 2 Tomos, 1993, 1994; *Kürzinger*, Die Kritik des Strafrechts aus der Sicht moderner kriminologischer Richtungen, ZStW 86 (1974) pág. 211; *el mismo*, Private Strafanzeige und polizeiliche Reaktion, 1978; *el mismo*, Kriminologie, 1982; *Lange*, Das Rätsel Kriminalität, 1970; *el mismo*, Die Entwicklung der Kriminologie im Spiegel der ZStW, ZStW 93 (1981) pág. 151; *el mismo*, Neue Wege zu einer Gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 53; *el mismo*, Zur neuen Situation der Kriminologie, Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 671; *Langer*, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, GA 1990, 435; *Leferenz*, Rückkehr zur Gesamten Strafrechtswissenschaft? ZStW 93 (1981) pág. 199; *el mismo*, Die Kriminalprognose, en: *Göppinger/Witter* (Ed.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, Tomo II, 1972, pág. 1347; *v. Liszt*, Kriminalpolitische Aufgaben, ZStW 9 (1889) pág. 452; *López-Rey*, A Guide to United Nations Criminal Policy, 1985; *Lüderssen/Sack* (Ed.), Abweichendes Verhalten,Tomos I-IV, 1975-1980; *los mismos*, (Edrs.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, Tomos I, II, 1980; *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 2.ª Ed. 1975; *Maihofer*, Gesamte Strafrechtswissenschaft, Festschrift für H. Henkel, 1974, pág. 75; *Menne* (Ed.), Psychoanalyse und Justiz, 1982; *Meyer-Cording*, Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein? 1973; *B. Mueller*, Gerichtliche Medizin, HWB Krim, Tomo I, 1966, pág. 274; *G.O.W. Mueller*, In Search of a Philosophy of Criminal justice, Essays in Honour of Sh. Dando, 1983, pág. 111; *Opp*, Abweichendes Verhalten und Gesellschaftsstruktur, 1974; *Otto*, Dogmatik als Aufgabe der Rechtswissenschaft, Internat. Jahrbuch f. interdisziplinäre Forschung, Tomo II, 2, 1975, pág. 116; *Peters*, Grundprobleme der Kriminalpädagogik, 1960; *Pfeiffer/Scheerer*, Kriminalsoziologie, 1979; *Prokop/Göhler*, Forensische Medizin, 3.ª Ed. 1976; *Radzinowicz*, The roots of the International Association of Criminal Law and their significance, 1991; *Revue internationale de droit pénal* 1982, Fascículos 3/4, La philosophie de la justice pénale et la politique criminelle contemporaines (con numerosas contribuciones); *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª Ed. 1973; *el mismo*, Die Wandlungen der Strafrechtswissenschaft, Universitas 1980, pág. 23; *Sack*, Definition von Kriminalität als politisches Handeln: der labeling approach, Kriminologisches Journal 4 (1972) pág. 3; *Schneider*, Kriminalprognose, HWBKrim, Tomo IV, 1979, pág. 273; *Schöch*, Verstehen, Erklären, Bestrafen? en: *Immenga* (Ed.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung 1980, pág. 305; *Schultz*, Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung, en: *Jescheck/Kaiser* (Ed.), Die

Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie, 1980, pág. 7; *Sessar*, Über das Opfer, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1137; *el mismo*, Neue Wege der Kriminologie aus dem Strafrecht, Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann 1986, pág. 373; *Sieverts*, Kriminalpolitik, HWB Krim, Tomo II, 1977, pág. 1; *Spieß*, Kriminalprognose, Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3.ª Ed. 1993, pág. 286; *Vogler*, Die Tätigkeit des Europarats auf dem Gebiet des Strafrechts, ZStW 79 (1967) pág. 371; *el mismo*, Entwicklungstendenzen im internationalen Strafrecht, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 595; *el mismo*, Die strafrechtlichen Konventionen des Europarats, Jura 1992, pág. 586; *Voß*, Anzeigemotive, Verfahrenserwartungen und Bereitschaft von Geschädigten zur informellen Konfliktregelung, MSchrKrim 1989, pág. 34; *Welzel*, Die deutsche Strafrechtswissenschaft der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre, JuS 1966, pág. 421; *E. Wolf*, Fragwürdigkeit und Notwendigkeit der Rechtswissenschaft, 1953; *el mismo*, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4.ª Ed. 1963; *Würtenberger* (Ed.), Rechtsphilosophie und Rechtspraxis, 1971; *Zipf*, Kriminalpolitik, 2.ª Ed. 1980; *Zweigert*, Rechtsvereinheitlichung, WVR, Tomo III, 1962, pág. 74; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2.ª Ed. 1984.

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

La unidad orgánica de las partes que superara la parcialidad de la especialización era ya el gran objetivo de *Franz v. Liszt*, al que quiso caracterizar con la expresión programática del "conjunto de la Ciencia penal" [1]. No puede haber una unidad científica en este ámbito, sencillamente a causa de la diversidad de objetivos y métodos, si bien es promovido un suministro recíproco de conocimientos y una colaboración positiva [2].

---

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

[2] Así, *Göppinger*, Kriminologie págs. 14 ss.; *Kaiser*, Kriminologie § 18 núms. 5 ss.; *el mismo*, Schröder-Gedächtnisschrift págs. 481 ss.; *Leferenz*, ZStW 93 (1981) págs. 199 ss.; *Krauß*, Kriminologie und Strafrecht págs. 233 ss.; *Maihofer*, Henkel-Festschrift págs. 83 ss.; *Schöch*, Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung págs. 305 ss. Un "modelo integral de futuro" fundado en una crítica al Derecho positivo es proyectado por *Baratta*, ZStW 92 (1980) págs. 107 ss, quien no obstante se aparta de la actual Ciencia del Derecho penal.

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

1. El núcleo duro de la Ciencia del Derecho penal es la **Dogmática penal** (Teoría del Derecho penal). Ésta parte de la ley penal como su base y límite, pone de relieve su contenido conceptual y construye sus proposiciones jurídicas, ordena el material jurídico y trata de encontrar nuevos caminos en la formación de conceptos y en la sistemática. A través de la interpretación del Derecho vigente con un examen crítico, comparativo y sistemático de la jurisprudencia, la Dogmática penal sirve como puente entre la ley y la praxis de una aplicación progresivamente renovadora del Derecho penal llevada a cabo por los Tribunales y, con ello, en gran medida a la seguridad jurídica y a la justicia [3].

2. Un *sistema de Derecho penal* no se deriva de unas pocas afirmaciones básicas (axiomas) encaminadas a conseguir consecuencias finales más lógicas y sencillas, porque cada proposición jurídica nueva, en la medida en que posee un contenido material propio, contiene una nueva decisión material que en verdad no puede contradecir a la proposición principal, pero que de la misma no puede ser deducida sin más [4].

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

La Dogmática penal requiere para la elaboración conceptual y sistemática, no sólo la lógica jurídica *formal*, pues ésta sólo sienta las reglas de cierre de la Ciencia jurídica [5], sino también una **lógica material** que tome como punto de partida los valores protegidos y que de este modo avance en el establecimiento y fundamentación de nuevas proposiciones jurídicas [6]. La lógica material contiene las razones derivadas del sistema valorativo que son necesarias para una decisión material, que por su conenido se muestra correcta o, como mínimo, defefendible bajo la óptica de la justicia y la finalidad político-criminal.

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

La Dogmática penal no sólo tiene un significado teórico, sino también práctico. En la Administración de Justicia las distintas funciones y profesiones se encuentran representadas por personas que poseen una formación diversa e intereses heterogéneos: jueces, fiscales, abogados, funcionarios de policía, funcionarios de prisiones, psiquiatras, psicólogos, sociólogos, trabajadores sociales, agentes de prueba o reporteros judiciales. Todos ellos necesitan de una forma conjunta de pensamiento y argumentación, de modo que puedan aportar al denominador común sus res-

---

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

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

[5] *Klug*, Logik págs. 1 ss.

[6] *Engisch*, Studium Generale 1959, pág. 76.

pectivas contribuciones por medio de discusiones que resulten comprensibles. La Dogmática penal es el edificio teórico levantado en el que todos están situados o en el que, por lo menos, pueden orientarse [7]. El mantenimiento de la **unidad del sistema de Derecho penal** es una misión fundamental de la Ciencia del Derecho penal, a la vista del veloz desarrollo de la Dogmática en ámbitos concretos y de los ataques externos contra el Derecho punitivo.

2. Junto a la Dogmática penal se sitúa, como una parte de la Ciencia del Derecho penal, la **Política criminal** [8]. Ésta tiene que ver con la reforma del Derecho vigente. Parte de este último y asume también, por ello, los resultados de la Dogmática penal. Sin embargo, fundamenta sus pretensiones futuras de mejora del Derecho positivo sobre los resultados empíricos de la Criminología. Con ello, la Política criminal constituye el puente entre la Dogmática penal y la Criminología. No sólo en Alemania [9], sino también en otras partes del mundo [10], el gran movimiento internacional para la renovación del Derecho penal ha traído consigo un cambio radical en el pensamiento sobre la actual prevención del delito a través de la eliminación de conflictos sociales, que se ha dirigido al afianzamiento de la conciencia jurídica del pueblo acerca de la necesidad de recurrir a sanciones moderadas y humanitarias y a la inserción del delincuente en la sociedad (en torno a los principios de la Política criminal vid. *supra* § 4).

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

a) La **Historia del Derecho penal** extiende hacia el pasado la mirada del dogmático y del usuario de la Política criminal [11]. Aquélla resucita las grandes épocas del desarrollo del Derecho y de las ideas que las inspiraron, investiga los cambios de la legislación, mantiene vivas las figuras de grandes juristas [12], de sus obras y escuelas, intenta aclarar las formas de manifestación del delito de años anteriores, describe las frecuentes y crueles penas que eran impuestas y, con todo ello, crea la infraestructura sobre la que se fundamenta la Ciencia que analiza el Derecho vigente. Un complemento importante de la Dogmática penal es la *Historia de la Dogmática*: muestra la formación y desenvolvimiento del pensamiento teórico con el trasfondo moral de su tiempo y rastrea el camino de instituciones jurídicas concretas (por ejemplo, el desarrollo de la imputación objetiva y subjetiva) a través de los siglos, conectando de este modo la labor jurídica de las generaciones y suministrando argumentos para la interpretación y reforma del Derecho vigente.

---

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

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

[9] *Roxin*, Universitas 1980 págs. 23 ss.

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

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

[12] Vid. *E. Wolf*, Große Rechtsdenker, 1963; *Kleinheyer/J. Schröder*, Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, 1989.

Como Historia comparada de la Dogmática viene a ser el puente que conduce al Derecho penal comparado.

b) La Historia del Derecho penal pone en conexión la Dogmática penal con la **Filosofía del Derecho** [13]. La Filosofía del Derecho se esfuerza en sentar los criterios sobre los cuales el dogmático puede enjuiciar si las premisas del Derecho positivo son compatibles con los hechos reales del Orden social (*naturaleza de las cosas*) y con las ideas valorativas inspiradoras de la Ética social (*Derecho natural*), así como el modo en que deben ser interpretadas o, en su caso, la forma en que deben ser configuradas [14]. Conforme a ello, la Filosofía del Derecho tiene "que comprobar la verdadera obligatoriedad de la simple vigencia del Derecho que se sucede históricamente, para conseguir así que nada rija fácticamente si no es también éticamente obligatorio" [15]. La Filosofía del Derecho libera a la Dogmática penal del dominio del positivismo, permitiendo encontrar la síntesis necesaria en la que el Derecho positivo, por definición siempre incompleto, concuerde con la "idea del Derecho correcto".

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

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

c) La Historia y la Filosofía del Derecho han dirigido tempranamente la mirada, tanto del teórico como del analista político-criminal, hacia el **Derecho comparado**. Este último, nacido de la unidad del pensamiento penal europeo en la época de la Ilustración (*Feuerbach, Mittermaier*), ha jugado un importante papel en el siglo XIX en la nueva configuración del Derecho penal material bajo el modelo del Código penal francés de 1810, en la asunción de instituciones francesas e inglesas para la reforma del proceso penal y como guía de la moderna Política criminal [16]. Se ha convertido hoy en día en el método universal de la investigación científica del Derecho y ha adquirido el rango de disciplina especializada [17]. Metodológicamente, el Derecho comparado

---

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

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

[15] *E. Wolf*, Rechtswissenschaft pág. 13.

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

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

parte del interrogante de cómo solucionan otros Ordenamientos jurídicos un problema social determinado, al que el propio Ordenamiento jurídico intenta aproximarse con la regulación comparada. Ante todo, la mayoría de las veces define el problema desde el propio Ordenamiento jurídico. Posteriormente, se esfuerza en aclarar la cuestión planteada desde el punto de vista de uno o de varios Derechos extranjeros. Tan sólo entonces tiene lugar el verdadero trabajo comparativo que aclara las coincidencias y diferencias de las estructuras jurídicas, que investiga las razones existentes para unas y otras y que, en fin, también tiene que realizar una valoración crítica de los resultados a los que conduce [18]. El Derecho comparado sirve primordialmente, como cualquier otra ciencia, al conocimiento general pero, al mismo tiempo, suministra también sus contribuciones a importantes finalidades prácticas. Y así, en un primer plano se encuentra la legislación penal que en los grandes proyectos ya no puede renunciar a trabajos preparatorios de Derecho comparado, pues únicamente a través de un conocimiento que abarque la normativa vigente en el extranjero puede poseerse el "stock de soluciones" (*Zitelmann*) que se encuentra a disposición de determinadas funciones sociales (acerca de los trabajos preparatorios de Derecho comparado de la Gran Reforma del Derecho penal vid. 2.ª Ed. págs. 80 ss.). Además, el Derecho comparado puede contribuir a la interpretación del propio Derecho cuando éste se basa en el Derecho extranjero o cuando acusa la misma problemática [19]. Asimismo, el Derecho comparado sirve para la preparación de la unificación jurídica [20] así como, sobre todo en el ámbito del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas, para la organización e intensificación de la colaboración internacional de los Estados en la Administración de Justicia [21]. Finalmente, el Derecho comparado ha hecho surgir una rama de la ciencia capaz de unir a todos los pueblos, que une a muchos eruditos y especialistas de diferentes naciones y que, sobre todo, encuentra expresión en la intensa vida intelectual de las sociedades internacionales de Derecho penal [22].

d) La influencia de las **Ciencias sociales** (Sociología, Política social, Economía social, Psicología social, Filosofía social) sobre la Dogmática penal y la Política criminal viene teniendo lugar ya en el curso del movimiento de reforma de la segunda mitad del siglo XIX [23]. En la actualidad, al Derecho penal las Ciencias sociales le plantean sobre todo cuestiones críticas y perspectivas de futuro: se refieren a la legitimación de la pena como mal voluntariamente infligido a causa de una infracción del Derecho en medio de otras múltiples posibilidades, cuestionan la legitimidad del principio de culpabilidad a la vista de la indemostrabilidad de la libertad de "poder actuar de otro modo" en el hecho concreto, promueven una nueva orientación de los fines de la pena de la retribución a la prevención general y especial, hacen énfasis en la corresponsabilidad de la sociedad con la criminalidad y ven en la socialización del autor el único objetivo defendible de la intervención represiva. En la medida en que en verdad no se aspire a la subversión del Derecho positivo y del orden social, así como a la "abolición del Derecho penal" que

---

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

[19] *Hauser*, Jescheck-Festschrift Tomo II, págs. 1215 ss.

[20] Al respecto, *Zweigert*, WVR Tomo III pág. 74.

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

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

[23] *Jescheck*, Klug-Festschrift Tomo II págs. 257 ss.

conduce al reino de la utopía, sino a que tenga lugar una discusión ligada a la realidad (libre de ideologías), el diálogo con las Ciencias sociales es imprescindible y de gran utilidad para el Dogmático y el analista político-criminal [24].

II. La Criminología y sus disciplinas cercanas

1. Mientras que la Ciencia del Derecho penal y sus disciplinas cercanas muestra el componente *normativo* de las Ciencias criminales, la **Criminología** [25] es una ciencia empírica que trabaja con datos *fácticos* y que por ello se sirve de métodos de distintas ciencias naturales y sociales, por lo que se la puede caracterizar como una "rama científica interdisciplinar" [26]. La Criminología se ocupa, sin sujetarse al concepto de delito en un sentido jurídico, de la personalidad del infractor del Derecho, de su desarrollo, de su forma de ser física y psíquica y de las posibilidades de influirle terapéuticamente, de las formas de manifiestación del delito, sus causas, su significado social y personal, así como de la forma en la que desarrollan su efecto los medios de reacción criminales. Objeto de la Criminología son, pues, también otras manifestaciones negativamente valoradas en la sociedad como asocialidad, alcoholismo, adicción a las drogas y situaciones de desamparo. De acuerdo con el objeto de la investigación se distingue entre la *Antropología criminal*, que se divide en *Biología criminal* (investigación de la constitución y Psiquiatría criminal) y *Psicología criminal*, y la *Sociología criminal* [27]. La Criminología partió de la descripción de las distintas formas de manifestación del delito, dedicándose después especialmente a la investigación de sus causas (predisposición y entorno) que desembocó en el tipo penal de autor. Hoy en día, el delito es concebido sobre todo en el marco de su relación social [28]. La Criminología actual se ocupa, además, de los métodos de sanción y tratamiento criminal, así como de su influencia sobre la persona condenada (prevención especial) [29]. Asimismo, en la actualidad también lo hace sobre las instancias de control social (policía, fiscalía, tribunal), sobre el papel de la víctima en el origen del hecho punible y en la solución de conflictos (*Victimología*) [30], sobre el comportamiento de la población en la denuncia [31], y sobre el efecto de la Administración de Justicia penal en la conciencia jurídica de la generalidad (prevención general) [32].

---

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

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

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

[27] *Pfeiffer/Scheerer*, Kriminalsoziologie, 1979.

[28] *Göppinger*, Der Täter in seinen sozialen Bezügen, 1983.

[29] Vid. *Sieverts*, HWB Krim Tomo II págs. 1 ss.

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

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

[32] *H.-J. Albrecht*, Kleines Kriminologisches Wörterbuch págs. 157 ss.

Tras las equivocadas tendencias dirigidas a la eliminación del Derecho penal de la lucha contra el delito [33], la aportación de factores suplementarios (*Kaiser, Göppinger, Leferenz, Schöch*, entre otros) constituye hoy el puente hacia el principio de culpabilidad y, con ello, orienta la Dogmática penal hacia el principio de responsabilidad: se hace valer la conciencia de libertad de la persona como hecho psicológico, se considera la responsabilidad del autor como uno de los pilares de la convivencia de las personas y, sobre esta base, se transmite a la Ciencia del Derecho penal el material empírico requerido por ella. Así considerada, la cooperación del penalista con el criminólogo es imprescindible [34], pues la Criminología suministra a aquél los conocimientos extraídos de la realidad que pueden ser necesarios para la legislación y, de esta forma, las proposiciones jurídicas que pueden ser "materialmente correctas". Le da consejos prácticos para el quehacer diario de la Administración de Justicia penal y, en especial, ofrece al juicio de pronóstico criminal [35] un importante medio de ayuda para reconocer el riesgo de reincidencia, para evitar efectos indeseables de la privación de libertad, para configurar eficazmente la asistencia en la suspensión condicional de la pena y para poder decidir todas las cuestiones relativas a la liberación de presos con el objetivo de la reinserción. En la Historia del Derecho penal contemporáneo hay que agradecer a la Criminología la aportación de avances significativos. El Derecho penal juvenil, la limitación de la pena privativa de libertad, la nueva estructura de la pena de multa, la sustitución y suspensión condicional de la pena, la asistencia en esta última, la amonestación con reserva de pena, las medidas de corrección y aseguramiento, así como la reforma del Derecho penitenciario, se basan en reivindicaciones que se han debido al trabajo de investigación de la Criminología. El Derecho comparado ha contribuido de modo esencial a estos avances, puesto que ha hecho accesibles las regulaciones extranjeras. Con ello, la Criminología comparada ha comenzado a poner en relación con los suyos propios, los resultados obtenidos en el extranjero acerca de la investigación de la criminalidad y de las sanciones [36].

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

a) La **Criminalística** [37] (así llamada por su fundador austríaco *Hans Groß*) es la técnica científica dirigida a la aclaración del delito y a la investigación de sus autores (táctica criminal, búsqueda de pistas, toma de huellas, métodos de investigación químicos, físicos y microscópicos, colaboración de la prensa, la radio y la televisión en la investigación). Es utilizada especialmente por la policía criminal (Oficina Federal de Investigación Criminal, Oficinas de Investigación Criminal de los *Länder*, academias de policía), aunque también debería ser objeto de la formación de los jueces, fiscales y abogados.

b) La **Medicina legal** [38] comprueba los efectos de los ataques delictivos sobre el cuerpo humano (investigación de la muerte, hora en que sucedió y sus causas, análisis médico de las

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

[34] *Kaiser*, Jescheck-Festschrift Tomo II págs. 1035 ss.

[35] *Göppinger*, Angewandte Kriminologie, 1985; *el mismo*, Angewandte Kriminologie-International, 1988.

[36] *Ferracuti*, Comparative Research in Criminology págs. 129 ss.

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

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

huellas, verificación de la comisión de abortos y delitos sexuales, toxicología forense) y colabora en la aclaración de accidentes de tráfico, especialmente a través de la detección de alcohol en la sangre. Misiones importantes que pertenecen al ámbito de la **psiquiatría forense** son, además, el enjuiciamiento de la imputabilidad y de la dependencia de los delincuentes al consumo de drogas y alcohol.

Primera Parte: La Ley penal

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

Capítulo 1: Los elementos de la Ley penal

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

Ejemplos: Si alguien de modo doloso o imprudente lesiona ilegítimamente la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho de otra persona, debe hacer frente a una indemnización por daños y perjuicios (§ 823 I BGB). Quien mata a una persona dolosamente es castigado por un delito de homicidio a una pena de prisión no inferior a 5 años (§ 212 I); si lo hace a título de imprudencia se le impone una pena de prisión de hasta 5 años o una pena de multa (§ 222). Mientras que el homicidio imprudente da lugar tanto a una consecuencia jurídica civil como penal, los daños materiales causados por imprudencia sólo generan el deber de indemnización pero no la imposición de una pena (vid. § 303 en relación con el § 15).

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

---

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

§ 7 El delito

I. El delito como injusto merecedor de pena

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

1. El delito es todo comportamiento humano al que el Ordenamiento jurídico amenaza con una pena. Sin embargo, una definición *formal* de esta naturaleza no señala bajo qué presupuestos materiales debe imponerse la pena, es decir, qué formas del comportamiento humano pueden ser amenazados penalmente. Dado que la Constitución (art. 2 I) garantiza la libertad general del comportamiento humano, las permisiones y prohibiciones penales únicamente pueden ser impuestas cuando la protección del Derecho, a través de la pena como máxima sanción del Estado, resulta indispensable para asegurar la convivencia de las personas en la comunidad (**concepto material de delito**) [2]. Limitaciones adicionales se derivan del carácter de pena estatal. Como ésta significa una disconformidad pública con una *infracción del Derecho* y consiste en la imposición *merecida* de un mal (vid. *supra* § 2 II 1), de ello se deduce que el *injusto* y la *culpabilidad* deben ser características esenciales del delito. A pesar de ello, el injusto culpable no resulta siempre castigado, algo que en realidad sucede cuando no se trata de la protección inmediata de la colectividad, por lo que en tales casos el Ordenamiento jurídico o bien recurre a otros múltiples medios de reacción o, sencillamente, renuncia por completo a reaccionar.

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

---

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

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

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

b) Sólo unos cuantos bienes jurídicos como la vida o la integridad corporal son protegidos con la amenaza penal frente a cualquier clase de ataque a causa de su especial y alto valor. Sin embargo, con carácter general, tal y como evidencia el ejemplo de la estafa, para el merecimiento de pena al valor del bien jurídico protegido debe añadirse la especial peligrosidad del ataque que es el que da lugar a una mayor necesidad de protección de la comunidad. En el modo y forma de ataque al objeto de la acción reside el **injusto de acción** del hecho [4].

c) En algunos tipos penales debe añadirse un grado especial de *reprochabilidad de la actitud interna del autor*, que se expresa a través del desprecio a valores fundamentales de la convivencia social (**desvalor de la actitud interna**). El autor sólo merece en estos casos una grave reprobación moral por medio de la pena criminal, cuando su hecho se basa en una convicción jurídica en gran medida reprobable que se expresa a través del desprecio al bien jurídico afectado y a los intereses de la víctima [5].

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

Dado que el merecimiento de pena depende de tres variables (valor del bien jurídico, peligrosidad del ataque y reprochabilidad de la actitud interna del autor), el ámbito de lo punible varía de unos Ordenamientos y de unas épocas a otras. En las Ordenanzas policiales imperiales

---

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

[4] Acerca del concepto de desvalor de acción como "unidad de las características objetivas y subjetivas" *Gallas*, Bockelmann-Festschrift págs. 156 ss.

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

del siglo XVI estaba castigada la simple relación sexual extramatrimonial, mientras que el Derecho penal liberal en los delitos sexuales únicamente interviene si son lesionados o puestos en peligro especiales bienes jurídicos (ej. la libertad de autodeterminación sexual, protección de la juventud o el orden público). En Francia el incesto no está castigado mientras que en Alemania se sanciona con pena de prisión (§ 173). En el primer país la estafa exige maniobras fraudulentas (art. 313-1 Cp 1994), mientras que de acuerdo con el Derecho alemán basta el simple engaño (§ 263). A pesar de los cambios históricos y de todas las diferencias existentes entre países, hay un considerable número de delitos como el homicidio doloso, el hurto, la violación o el incendio que son castigados siempre y en cualquier lugar, debido a que la concepción valorativa y la necesidad de protección de la colectividad no muestra diferencia alguna. La decisión legislativa a través de la cual una acción determinada es penada, lleva consigo trascendentales consecuencias: la amenaza penal impregna la conciencia jurídica de la colectividad (vid., por ejemplo, las ordenanzas de paz territorial de la Edad Media como límite a las contiendas entre señores feudales o a la venganza personal o de sangre [6]), pero también perjudica cuando las previsiones legales son impuestas o mantenidas sin tener el respaldo de la conciencia jurídica del pueblo y, por ello, en la práctica no pueden ser aplicadas (como muchas disposiciones del tráfico viario). En estos casos se habla también de "legislación simbólica" [7].

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

Ejemplos: El homicidio se castiga más gravemente que el daño material. La tentativa es, con carácter general, menos merecedora de pena que la consumación ya que la lesión del objeto de la acción no ha tenido lugar, y porque en la tentativa inidónea ni siquiera podía tener lugar su puesta en peligro. Pero a pesar de ello, este "minus" puede ser compensado en el caso concreto con la peligrosidad de la forma comisiva o la especial reprochabilidad de la actitud interna del autor (de ahí que, según el § 23 II, la atenuación sea facultativa). El asesinato (§ 211), el homicidio (§ 212), el homicidio a petición (§ 216) o el infanticidio (§ 217) [9], cuyas penas están fuertemente graduadas, no se diferencian según el valor del bien jurídico protegido, sino por el grado de la peligrosidad del ataque y de la reprochabilidad de la actitud interna del autor. El dolo y la imprudencia son ya claramente diferenciables el uno del otro en la amenaza penal a causa de su distinto contenido de injusto y de culpabilidad (vid. § 212 y § 222).

II. El carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal

H.-J. Albrecht/Heine/Meinberg, Umweltschutz durch Strafrecht? ZStW 96 (1984) pág. 943; *Engisch*, Die Relativität der Rechtsbegriffe, Deutsche Landesreferate zum V. Internat. Kongreß für Rechtsvergleichung, 1958, pág. 59; *Arthur Kaufmann*, Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht, Festschrift für H. Henkel, 1974, págs. 89 ss.; *el mismo*, Tendenzen im Rechtsdenken der Gegenwart, 1976; *Küper*, Die "Sache mit den Tieren", JZ 1993, pág. 435; *Maiwald*, Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts, Festschrift für R. Maurach,

---

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

[7] Vid. *Hassemer*, NStZ 1989, pág. 533; *Voß*, Simbolische Gesetzgebung, 1989.

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

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

1972, pág. 9; *Schubarth*, Das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung im Wirtschaftsstrafrecht, ZStW 92 (1980) pág. 80; *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930; *Tiedemann*, Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, JZ 1986, pág. 865; *Vogler*, Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung, ZStW 90 (1978) pág. 132; *E. Wolf*, Der Sachbegriff im Strafrecht, RG-Festgabe, Tomo V, 1929, pág. 44.

1. El Derecho penal posee, según una conocida expresión de *Binding*, un **carácter fragmentario** [10]. Este último no contiene un sistema comprensivo de la protección de bienes jurídicos, sino que la limita en cada caso de acuerdo con la elección del difícil criterio del "merecimiento de pena" (vid. *supra* § 7 I 1 a). Mientras que *Binding* reparó en esta autolimitación del legislador como la "gran carencia de su obra", en la actualidad la limitación de la punibilidad a acciones que por su peligrosidad y reprochabilidad merecen y exigen inequívocamente la reprobación de la pena pública en interés de la protección de la sociedad, aparece como preferencia y característica del Estado liberal de Derecho [11] (vid. *supra* § 1 I 2). El carácter fragmentario del Derecho penal ha sido subrayado fuertemente a través de la tendencia descriminalizadora [12]. También hay, sin embargo, un movimiento que camina en una dirección contraria. Ejemplos de ello son la Ley de Protección de Embriones (1990), el Derecho penal económico (§§ 263 a 264 a, 265 b, 266 a y b, 261) y el Derecho penal medioambiental (§§ 324 ss.) [13].

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

Y así, en Derecho civil la capacidad jurídica de la persona comienza con el nacimiento (§ 1 BGB), mientras que la protección penal (§§ 222, 230) lo hace desde su comienzo (vid. § 217) [15], debido a que el niño durante el curso del nacimiento está especialmente indefenso. Por otro lado, sin embargo, el Derecho penal debe asumir también conceptos jurídicos y un complejo de normas de otras parcelas del Derecho para poder cumplir con su función de protección. Esto sucede especialmente en Derecho penal especial en el que a menudo las disposiciones penales son articuladas como normas penales en blanco dependientes de la

---

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

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

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

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

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

[15] Vid. nota a pie núm. 9 (N del T).

regulación de un determinado ámbito material (vid., por ejemplo, § 21 GjS en relación con los §§ 3-6 GjS). Pero también el StGB asume parcialmente conceptos jurídicos del Derecho civil [vgr. "cónyuge" en el § 11 I núm. 1 a) o "matrimonio" en el § 171] que, desde luego, no siempre poseen el mismo significado que allí [16]. De este modo, el concepto de propiedad y su completo significado en Derecho civil (propiedad fiduciaria o en garantía y reserva de dominio) se ha introducido en los tipos penales de los delitos contra la propiedad (§§ 242, 246, 249), mientras que el concepto jurídico de patrimonio en Derecho penal (por ejemplo, §§ 263, 266) fue sustituido por el de carácter económico (BGH 2, 364 [365]). Otros conceptos son definidos por la rama punitiva de modo autónomo, como por ejemplo el de "funcionario público" (§ 11 I núm. 2), con lo que el concepto de "funciones de la Administración pública" (§ 11 I núm. 2c) encierra también la función estatal no soberana de asistencia vital [17] (BGH 31, 264 [268]).

La dependencia del Derecho penal de otras ramas del Derecho y su conceptualización a partir de ellas no puede ser válida, pues, como regla general, sino que más bien depende de las respectivas circunstancias. En todo caso, los conceptos jurídico-penales deben estar dirigidos a la finalidad de protección de la correspondiente proposición jurídico-penal [18].

III. Derecho penal del hecho y Derecho penal de autor

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

1. El delito se muestra para el mundo exterior como un *hecho cometido.* Aquél es siempre, sin embargo, la obra de una persona, del *autor*, y con ello un suceso caracterizador en el futuro de su manera de ser y potencial delictivo. Para el legislador se plantea la cuestión de si la punibilidad debe ser fijada según las características del hecho o si hay que extraerla de la descripción de las formas de vida (tipos de autor) [19]. Ambas posibilidades de la técnica legislativa son imaginables en teoría. En el sistema del **Derecho penal del hecho** la pena se anuda al hecho antijurídico; pero lo decisivo para la punibilidad es, ante todo, el reproche que se realiza al autor a causa de la comisión de un hecho determinado en sus caracteres esenciales ("culpabilidad por el hecho"). En el sistema del **Derecho penal de autor**, por el contrario, la pena se asocia de modo inmediato a la peligrosidad del autor, por lo que para la justificación de la sanción aquélla debe ser atribuible a la "culpabilidad por el modo de vida" [20]. Aquí lo decisivo es el reproche dirigido al autor por

---

[16] *Engisch,* Relativität pág. 69. En torno al diferente concepto de "cosa" en Derecho civil y penal *Küper,* JZ 1993, 435.

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

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

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

[20] A menudo es intentado un nexo de unión entre la peligrosidad y la culpabilidad: vid. *Grünhut,* MschrKrim 1926, suplemento 1-3 pág. 89; *Mezger,* ZStW 57 (1938) págs. 688 y ss.; *Bockelmann,* Studien Teil II págs. 145 y ss.; *Engisch,* ZStW 61 (1942) págs. 170 y ss.; *Lange,* ZStW 62 (1994) pág. 203.

haber adquirido una personalidad delictiva (acerca de la culpabilidad por el modo de vida *infra* § 38 IV 1 y 2).

Tanto científica como legislativamente, nunca ha sido intentada la construcción de un Derecho penal de autor consecuente. *Franz v. Liszt* desarrolló ciertamente una conocida teoría del tipo penal de autor pero, por motivos derivados del Estado de Derecho, también aferrada al Derecho penal del hecho ("la Ley penal es la *Magna Charta* del delincuente"). También la concepción sintomática del delito llegó a consecuencias especiales para la determinación de la pena tan sólo aplicables en el marco del Derecho penal del hecho [21]. Asimismo, en la investigación de esta problemática para la preparación de la reforma del Derecho penal, *Bockelmann* se atuvo al Derecho penal del hecho [22]. Finalmente, el "tipo de autor normativo" de *Dahm* [23] pudo servir tanto para la interpretación restrictiva de los tipos excesivamente amplios del Derecho penal de la guerra, como también para los fines del Derecho penal de la actitud personal del autor.

2. El Derecho penal alemán vigente es un **Derecho penal del hecho**, aunque tiene en cuenta la personalidad del autor en el marco de la determinación de la pena de los tipos delictivos que se configuran siempre como tipos de acción (así, el § 46 II menciona diversas características del autor). En el Derecho vigente ya no existen verdaderos ejemplos que supongan un castigo del autor. Un indicio de estos supuestos puede encontrarse todavía en los casos de profesionalidad y habitualidad (ej. §§ 144, 243 I núm. 3, 260, 260 a, 292 III, 302 a II 2 núm. 2). La peligrosidad del autor es tratada, en la medida en que no pueda ser abarcada por la pena, con medidas de corrección y aseguramiento cuyo significado, no obstante, está limitado (vid. *supra* § 5 V 2). Un puro Derecho penal de autor debería fracasar en la práctica pues, de un lado, ninguna finalidad preventivo-especial puede renunciar en un Estado de Derecho a firmes tipos penales que describen hechos cuya realización sirve para medir la peligrosidad del autor; y, de otro, porque no cabe la menor duda de que los tipos penales también deben abarcar atípicas personalidades de autor [24].

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

IV. La clasificación de las acciones punibles

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

1. El Código penal ha sustituido la tripartición con origen en el Código penal francés de 1810 (art. 1) en delitos graves, menos graves y faltas (*Übertretungen*) [25], por la **bipartición** entre

---

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

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

[23] *Dahm*, Tätertyp pág. 21.

[24] *Bockelmann*, Materialen Tomo I, pág. 37.

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

delitos graves (*Verbrechen*) y **menos graves** (*Vergehen*) que es la definitiva (BGH 28, 95). Las faltas, como tipos residuales del anterior Derecho penal policial [26], fueron derogadas como tales a través del art. 19 núm. 206 EGStGB y convertidas en parte en infracciones administrativas. A pesar de la desaparición de la pena de presidio como una de las sanciones tradicionales para los delitos graves, fue mantenida la bipartición de las acciones punibles en delitos graves y menos graves (§ 12), a pesar de que también fue exigida de modo reiterado la renuncia a cualquier clase de distinción [27]. La bipartición comporta una clasificación de las acciones punibles según el alcance de su gravedad y, con ello, del grado de merecimiento de pena que expresan. Como criterio de clasificación la distinción posee significado para el Derecho penal material (§§ 23 I, 30, 45 I, 241), para el Derecho procesal penal (§§ 140 I núm. 2, 153, 153 a, 407 StPO) y para la competencia material de los Tribunales (§§ 25, 74 GVG). Por el contrario, las infracciones administrativas (vid. *infra* § 7 V) no son bajo ningún concepto hechos punibles (BGH 28, 94).

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

3. Las modificaciones del marco penal previsto a través de las disposiciones de la Parte General (§ 49 I núm. 3, II, al que el StGB a menudo se remite) o a través de supuestos de mayor o menor gravedad, no son considerados a estos efectos (§ 12 III) ya que pueden conducir a resultados demasiado formalistas [28].

Ejemplos: Si una pena de prisión, a causa de un robo cometido en grado de tentativa según los §§ 249, 23 II, 49 I núm. 3, se le señala una cuantía inferior al año, el hecho queda calificado igualmente como delito grave, del mismo modo que si ello ocurriera sobre la base de admitir los supuestos de menor gravedad del § 249 II. Del mismo modo, permanece como un delito menos grave (BGH 2, 181) el caso especialmente cualificado del maltrato de personas sujetas a custodia (§ 223 b II) [29], mientras que el supuesto de menor gravedad del homicidio (§ 213) es considerado delito grave (BGH 8, 78 [80]) incluso ante la existencia de la determinación obligatoria de la pena por obrar el autor por impulsos de ira [30], todo ello a pesar de que para el primer caso en el § 223 b II se impone la pena mínima de un año de prisión [31] y de que para el segundo en el § 213 tan sólo se previene la de seis meses de prisión [31 bis].

---

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

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

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

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

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

31 Vid. nota a pie núm. 29 (N del T).

31 bis Actualmente, dicho límite mínimo se sitúa en un año de prisión (N del T).

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

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

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

V. Delitos e infracciones administrativas *(Ordnurgswidrgjkeiten)*

Bohnert, Die Entwicklung des Ordnungswidrigkeitenrechts, Jura 1984, pág. 11; *Coeppicus,* Wider das OWiG, DRiZ 1982, pág. 366; *el mismo,* Eine Bilanz des OWiG 1968, DAR 1985, pág. 97; *Cramer,* OWiG-Reform auf dem Holzweg? DAR 1981, pág. 269; *el mismo,* Beteiligung an einer Zuwiderhandlung nach § 9 OWiG, NJW 1969, pág. 1928; *el mismo,* Nochmals: Zum Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht, NJW 1970, pág. 1114; *el mismo,* Grundbegriffe des Rechts der Ordnungswidrigkeiten, 1971; *Dreher,* Plädoyer für den Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht, NJW 1970, págs. 217 y 1116; *el mismo,* Der Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht, NJW 1971, pág. 121; *Figueiredo Dias,* Vom Verwaltungsstrafrecht zum Nebenstrafrecht, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 79; *Frank,* Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt, ZStW 18 (1898) pág. 733; *Göhler,* Das neue Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, JZ 1968, pág. 583; *el mismo,* Die Reformvorschläge für das Bußgeldverfahren, DAR 1981, pág. 333; *J. Goldschmidt,* Das Verwaltungsstrafrecht, 1902; *el mismo,* Deliktsobligationen des Verwaltungsrechts, Mitt IKV, Tomo 12 (1905) págs. 127 ss.; *Günther,* Das Recht der Ordnungswidrigkeiten usw., en: Nörr (Ed.), 40 Jahre Bundesrepublik Deutschland, 1990, pág. 325; *Hirsch,* Zur Behandlung der Bagatellkriminalität usw. ZStW 92 (1980) pág. 218; *Janiszewski/Buddendiek,* Verwarnungs-und Bußgeldkatalog mit Punktsystem, 5.ª Ed. 1993; *Jescheck,* Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht, JZ 1959, pág. 457; *el mismo,* Grenzen der Rechtsgewährung, DRiZ 1983, pág. 383; *el mismo,* Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, ZStW 98 (1986) pág. 1; *Kienapfel,* "Beteiligung" und "Teilnahme", NJW 1970, pág. 1826; *el mismo,* Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, en: *Müller-Dietz* (Ed.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, pág. 21; *Krümpelmann,* Die Bagatelldelikte, 1966; *Kunz,* Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984; *Lange,* Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, JZ 1956, pág. 73; *el mismo,* Die Magna Charta der anständigen Leute, JZ 1956, pág. 519; *el mismo,* Nur eine Ordnungswidrigkeit? JZ 1957, pág. 233; *Mattes,* Zur Problematik der Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten, ZStW 82 (1970) pág. 25; *el mismo,* Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Vol 1 1977, Vol. 2 1982 (terminado por *Herta Mattes*); *Michels,* Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung, 1963; *Paliero,* Minima non curat praetor, 1985; *Rebmann/Roth/Herrmann,* Kommentar zum OWiG, 2.ª Ed. 1992; *Rotberg,* Ordnungswidrigkeitengesetz, 5.ª Ed. 1975; *Eb. Schmidt,* Probleme des Wirtschaftsstrafrechts, SJZ 1948, 225; *el mismo,* Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950; *el mismo,* Das Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts, SJZ 1949, 665; *el mismo,* Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, Festschrift für

[32] *Dreher/Tröndle,* § 12 núm. 11.

Adolf Arndt, 1969, pág. 415; *Schmitt*, Ordnungswidrigkeitenrecht, 1970; *Schumann*, Zum Einheitstätersystem des § 14 OWiG, 1979; *Tiedemann*, Verwaltungsstrafrecht und Rechtsstaat, ÖJZ 1972, pág. 285; *el mismo*, Kartellrechtsverstöße und Strafrecht, 1976; *el mismo*, Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, NJW 1988, pág. 1169; *Welp*, Der Einheitstäter im Ordnungwidrigkeitenrecht, VOR 1972, pág. 299; *Weber*, Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt, ZStW 90 (1982) pág. 313; *E. Wolf*, Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, Festgabe für R. v. Frank, Tomo II, 1930, pág. 516.

1. En el año 1945, junto a los delitos graves, menos graves y faltas, fue introducida una cuarta categoría de transgresiones que están castigadas con una sanción estatal represiva: las **infracciones administrativas** [33]. Estas últimas recogen el antiguo Derecho penal administrativo en sentido amplio haciéndolo compatible con las exigencias del Estado de Derecho. La distinción entre el Derecho penal criminal y el Derecho penal policial o administrativo era ya conocida en el Derecho territorial común prusiano de 1794, aunque no fue asumida en el StGB de 1871. En lugar de ello fue creada en el texto punitivo la parte correspondiente a las faltas (§§ 360-370 en su redacción antigua) que contenía el Derecho penal criminal de bagatela. El pensamiento dirigido a extraer nuevamente del Derecho penal criminal los tipos de las faltas, por carecer éstas de un verdadero merecimiento de pena, se encuentra ya en todos los proyectos de Código penal desde el año 1911. Debido a las necesidades propias de la época, desde la crisis del año 1931 se desarrolló un Derecho penal administrativo en el ámbito de la economía de unas dimensiones cada vez mayores, lo que trajo consigo la aceptación de una ampliación de la impronta autoritaria del Estado [34]. Para su disolución fue aprobada la Ley penal económica de 1949 (GBl. de la administración de la zona económica común pág. 193), a cuya configuración moderna y adecuación al Estado de Derecho ha contribuido considerablemente la Ciencia del Derecho penal administrativo [35]. Su finalidad fue la de trasvasar a la Administración los delitos de bagatela delimitados materialmente (§ 6 WiStG 1949) para evitar su sanción criminal y, al mismo tiempo, descargar de trabajo a los Tribunales. Con la OWiG de 1952 fue creada la Ley especializada comprensiva de todos los sectores, que ha hecho posible la separación definitiva de las infracciones administrativas del Derecho penal criminal [36]. El número de leyes federales que contienen infracciones administrativas junto con o en lugar de las disposiciones penales crece permanentemente. El mismo desarrollo tiene lugar en el Derecho territorial de los *Länder*. La OWiG de 1968 ha traído consigo mejoras esenciales sobre todo en relación con el procedimiento [37]. El Derecho administrativo sancionador es considerado como una parte del Derecho penal en sentido amplio, de modo que la competencia para su legislación corresponde al Estado Federal tal y como se deduce del art. 74 núm. 1 GG (BVerfGE 27, 18 [32 ss.]). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado aplicable el art. 6 MRK, referido al procedimiento en causas penales, a los procesos judiciales en los que se ventilan infracciones administrativas (NJW 1985, pág. 1273, Caso Öztürk). Tras la transformación de las infracciones de tráfico en infracciones administrativas en el año 1968 (vid. § 49 StVO; § 69 StVZO), la completa desaparición de las faltas por el art. 19 núm. 206 de la EGStGB ha conducido a que fueran introducidas en la OWiG importantes disposiciones del anterior Título 29 del texto punitivo, como por ejemplo el suministro de nombre falso (§ 360 en su antigua redacción) recogido

---

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

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

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

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

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

ahora en el § 111 OWiG, o la producción de ruido perturbador de la tranquilidad (§ 360 núm. 11 en su antigua redacción) previsto ahora en los §§ 117, 118 OWiG. También determinados delitos menos graves pasaron entonces a convertirse en infracciones administrativas, como por ejemplo la lesión del orden en un órgano legislativo (§ 106 b en su anterior redacción) recogido ahora en el § 112 OWiG. Una importante disposición acerca de la infracción del deber de vigilancia en establecimientos y empresas se contiene en el § 130 OWiG [38].

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

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

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

b) Para la diferenciación debe partirse de los criterios de merecimiento de pena de un hecho (vid. *supra* § 7 I 1). La infracción administrativa coincide con el delito en que muestra un grado tan considerable de **peligrosidad** del ataque al bien jurídico protegido o al interés administrativo, que sólo es adecuada una sanción represiva del Estado para la protección del orden público, diferenciándose en este punto del mero incumplimiento contractual y de la mera infracción administrativo-policial. Por otra parte, su grado de peligrosidad es, por regla general,

---

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

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

notablemente inferior al del delito. También el alcance en el menoscabo del objeto de la acción tutelado es en la mayoría de las ocasiones inferior. Lo que también diferencia con mucho a la infracción administrativa del delito es la **falta de aquel alto grado de reprochabilidad** de la disposición del autor, cuya presencia justifica el grave juicio de desvalor ético-social que supone la pena criminal. En la configuración de la sanción pecuniaria de la infracción administrativa únicamente es reconocible un "aleccionamiento", una "orden administrativa agravada", una "especial advertencia de deber", puesto que el hecho no ha alcanzado la frontera del comportamiento socialmente insoportable [40]. Con ello, de ningún modo se ha afirmado que las normas en cuanto a su protección "no contienen bien jurídico alguno". Precisamente bajo el moderno Estado del bienestar no puede hablarse de que la actividad reglada de la Administración o que la seguridad del tráfico vial puedan ser extraídos del círculo de bienes jurídicos protegidos, o que los deberes del ciudadano frente a la Administración u otros de los usuarios del tráfico vial no sean verdaderos deberes jurídicos. Tampoco las infracciones administrativas son "negligencias carentes de contenido ético-social" [41]. Y es que como se trata de una diferencia de grado y no de una distinción esencial (BVerfGE 51, 60 [74]), es explicable que el legislador, fuera de la zona nuclear reservada al Derecho penal, pueda decidir de acuerdo con puntos de vista pragmáticos en qué parte del Derecho sancionador hay que incluir una acción transgresora o si, sencillamente, ésta debe quedar sin sanción represiva alguna [42]. No obstante, a través de una visión meramente cuantitativa no está excluida la aceptación de una rama jurídica autónoma a la que no todas las reglas del Derecho penal le resultan aplicables sin más.

4. La **infracción administrativa** está castigada, a diferencia del delito, con una sanción pecuniaria (*Geldbuße*) de un mínimo de 5 DM a un máximo, con excepción de otras regulaciones, de 1000 DM [42 bis] (§ 17 I OWiG) [43]; además no se inscribe en el Registro Central Federal

---

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

[41] Más detalladamente al respecto, *Jescheck*, JZ 1959, 461.

[42] La cuestión de una diferencia cualitativa entre el delito y la infracción administrativa ha quedado expuesta como algo discutido, aunque en el texto se ha defendido de modo predominante la distinción cuantitativa; vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 40; *Göhler*, anotación preliminar núm. 5, antes del § 1 OWiG; *Jakobs*, Allg. Teil 3/8; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 1 núm. 35; *Rebmann/Roth/Herrmann*, nota preliminar núm. 9 antes del § 1 OWiG; *Rotberg*, OWiG Einführung B; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 258; *R. Schmitt*, Ordnungswidrigkeitenrecht pág. 14; *Günther*, Ordnungswidrigkeiten págs. 381 ss., 387 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 2 núm. 41; *Tiedemann*, Kartellrechtsverstöße págs. 101 ss.; *Welzel*, Lehrbuch pág. 16; *Schultz*, Einführung I pág. 33; *Weber*, ZStW 92 (1980) págs. 317 ss.; especialmente consecuente *Mattes*, ZStW 82 (1970) págs. 25 ss y 119 ss.; *el mismo*, Ordnungswidrigkeiten Vol. 1.º págs. 376 ss., Vol 2.º págs. 87 ss. y 456 ss.(competencia del Juez). De otra opinión sobre todo últimamente, *Eb. Schmidt*, Arndt-Festschrift pág. 434. Mantienen una postura intermedia *Cramer*, Grundbegriffe págs. 17 ss.; *Michels*, Zuwiderhandlung págs. 82 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, anotación preliminar núm. 35 antes del § 38; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 43; *Figueiredo Dias*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 84 ss.; *KK OWiG (Bohnert)* Einleitung núms. 108 ss.

[42 bis] El art. 24 de la Ley sobre la Introducción del Euro de 13.12.2001 (BGBl I pág. 3574) ha adaptado dichas cuantías a la nueva moneda europea (N de T).

[43] En algunas leyes especiales se previenen multas administrativas bastante más altas, y así, en la Ley de Protección del Patrimonio Histórico de Rheinland-Pfalz de 23.3.1978 se recoge una sanción de dos millones de marcos y en el § 38 IV GWB y en OWiG §§ 30 II 1, 130 IV 1, de un millón de marcos. En general, las sanciones pecuniarias administrativas se mantienen en una relación adecuada con la pena de multa que en la actualidad puede alcanzar como máximo la cuantía de 3,6 millones DM (§ 40 I, II), y en la

de modo que el interesado carece de antecedentes a estos efectos. Para infracciones administrativas leves puede ser impuesta una amonestación y una reprensión pecuniaria de entre 5 y hasta 75 DM [43 bis] (§ 56 OWiG; catálogo de reprensiones pecuniarias en relación con el § 24 StVG). Por impago de la sanción administrativa no se aplica el arresto sustitutorio como ocurre con las penas de multa (§ 43 StGB), sino que el Tribunal puede decretar el *arresto coactivo* (*Erzwingungshaft*) que consiste en una medida coactiva y forzosa (§§ 96 ss. OWiG). Las multas administrativas pueden ser también impuestas contra *personas jurídicas*, entes sin personalidad y sociedades mercantiles personalistas (§ 30 OWiG) [44]. Para las infracciones administrativas existe un *procedimiento especial* que es seguido por las autoridades administrativas (§§ 35 ss. OWiG). Contra la resolución administrativa sancionadora acordada por la autoridad gubernativa el interesado puede interponer recurso ante el Tribunal de primera instancia (*Amtsgericht*) (§§ 67 ss. OWiG). Frente a la resolución de éste cabe recurso de queja ante el Tribunal Superior (*Oberlandesgericht*). La sobrecarga de procesos donde se ventilan infracciones administrativas es extremadamente alta [45].

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

---

configuración de una pena global incluso los 7,2 millones DM (§ 54 II 2). El catálogo de multas administrativas de 4.7.1989 (BGBl. I pág. 1305) y el catálogo de reprensiones pecuniarias de la misma fecha (BAnz. NÚM. 134 a) deben asegurar una praxis conjunta unitaria de autoridades administrativas y de Tribunales en materia de infracciones administrativas de tráfico; sobre la cuestión vid. *Göhler*, § 17 OWiG núms. 27 ss. y anotación preliminar núm. 33 antes del § 56 con argumentos adicionales de la jurisprudencia; *Janiszewski/Buddendiek*, Verwarnungs-und Bußgeldkatalog, 5.ª Ed. 1993.

[43 bis] Véase *supra* nota a pie núm. 42 bis (N de T).

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

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

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

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

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

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

§ 8 La pena

Achter, Die Geburt der Strafe, 1950; *Ahrendts,* Christoph Carl Stübels Straftheorie und ihre Wandlung, 1937; *Ahrens,* Die Einstellung in der Hauptverhandlung usw., 1978; *P.-A. Albrecht,* Perspektiven und Grenzen polizeilicher Kriminalprävention, 1983; *Althaus, Die* Todesstrafe als Problem der christlichen Ethik, Sitzungsberichte der Bayer. Akademie der Wissenschaften, 1955, fascículo 2; *v. Amira,* Die germanischen Todesstrafen, Abhandlungen der Bayer. Akademie der Wissenschaften, Tomo 31,3. Apartado, 1922; *Ancel,* La défense sociale nouvelle, 3.ª Ed.1981 (Traducción alemana de la 2.ª Ed. por Melzer, 1970*); el mismo,* La révision du Programme Minimum de Défense Sociale, Cahiers de défense sociale 1986, pág. 17*; Andenaes,* Punishment and Deterrence, 1974; *el mismo,* General Prevention Revisited usw., The Journal of Criminal Law and Criminology 66 (1975) pág. 338; *Archives de politique criminelle, núm. 8, 1985,* Le Centenaire de la libération conditionnelle (con numerosas contribuciones); *Arzt,* Der Ruf nach Recht und Ordnung, 1976; *Association Internationale de Droit Pénal,* VI Congrés International tenu á Rome 1953, 1957; *Backes,* Kriminalpolitik ohne Legitimität, KritV 1986, pág. 315; *H. Barth,* Die Idee der Ordnung, 1958; *Baumann,* Der Schuldgedanke im heutigen deutschen Strafrecht, JBl 1965, pág. 113; *el mismo,* Minima non curat praetor, Festschrift für K. Peters, 1974, pág. 3; *Beccaria,* Dei delitti e delle pene (1764) (traducción alemana de *W. Alff,* 1966*); Beling,* Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht, 1908*; Bellmann,* Die Internationale Kriminalistische Vereinigung (1889-1933), 1994; *Bertel,* Die Generalprävention, Festschrift für F. Pallin, 1989, pág. 31; *Binding,* Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft, Strafrechtl. u. strafproz. Abhandlungen, Tomo I, 1915, pág. 61; *v. Birkmeyer,* Was läßt v. Liszt vom Strafrecht übrig? 1907; *Blau,* Kustodiale und antikustodiale Tendenzen in der amerikanischen Kriminalpolitik, GA 1976, 33; *Bockelmann,* Schuld und Sühne, 1957; *el mismo,* Strafe, HWB SozW, Tomo X, 1959, pág. 211; *el mismo,* Vom Sinn der Strafe, Heidelberger Jahrbücher, Fascículo V, 1961, pág. 25; *el mismo,* Strafe, Ev. Staatslexikon, 1967, pág. 2243; *el mismo,* Das Problem der Kriminalstrafe in der deutschen Dichtung, 1967; *Bönitz,* Strafgesetze und Verhaltenssteuerung, 1991; *C. Bohnert,* Zu Straftheorie und Staatsverständnis im Schulenstreit der Jahrhundertwende, 1992; *Burgstaller,* Sinn und Zweck der staatlichen Strafe, en: *Porstner* (Ed.), Strafrecht, Vergeltung oder Versöhnung, 1983, pág. 53; *el mismo,* Kriminalpolitik nach 100 Jahren IKV-AIDP, ZStW 102 (1990) pág. 637; *Calliess,* Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1974; *Cattaneo,* Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale, 1970;*el mismo,* La dottrina penale di Karl Grolman, en: Materiali per una storia della cultura giuridica, Tomo III, 1973, pág. 263; *el mismo,* Dignità umana e pena nella filosofia di Kant, 1981; *el mismo,* Die Strafrechtsphilosophie der deutschen Aufklärung, en: *Carboncini* (Ed.), Die deutsche Aufklärung im Spiegel der neueren italienischen Forschung, 1990, pág. 25; *Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale* (Ed.), Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy, 1990; *Cornil,* Développements récents du droit pénal et du traitement des délinquants en Belgique, SchwZStr 83 (1967) pág. 1*; el mismo,* Betrachtungen zum 50jährigen Bestehen der AIDP, ZStW 87 (1975) pág. 438; *Dencker,* Strafrechtsreform im Einführunggesetz? JZ 1973, pág. 144; *Dölling,* Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion? ZStW 102 (1990) pág. 1*; Dorado Montero,* El derecho protector de los criminales, Tomo I, 2.ª Ed. 1915; *Dreher,* Über die gerechte Strafe, 1947; *el mismo,* Die Behandlung der Bagatellkriminalität, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 917; *Dünkel,* Neuere Entwicklungen im Bereich der Bewährungshilfe und -aufsicht im internationalen Vergleich, BewH 1984, pág. 162; *Dünkel/Spieß* (Edrs.), Alternativen zur Freiheitsstrafe, 1983; *EKD,* Denkschrift "Strafe: Tor zur Versöhnung", 1990; *Engisch,* Interessenjurisprudenz und Strafrecht, MSchrKrim 1934, pág. 65; *Enschedé/Rüter/Stolwijk,* Beginselen van strafrecht, 6.ª Ed. 1987; *Eusebi,* La "nuova" retribuzione, Riv it dir proc pen 1983, págs. 914, 1315; *el mismo,* La pena in "crisi", 1990; *Ferri,* I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale, 1881; *Flechtheim,* Hegels Strafrechtstheorie, 2.ª Ed. 1975; *Fortner,* Positionen der schweiz. Lehre usw-, SchwZStr 101 (1984) pág. 242; *Frisch,* Das Marburger Programm und die Maßregeln usw-, ZStW 94 (1982) pág. 565; *Georgakis,* Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz v. Liszts, 1940; *Gramatica,* Principi di difesa sociale, 1961; *Graßberger,* Versuch einer dynamischen Strafrechtstheorie, Österr. Zeitschrift für öff. Recht 1956, pág. 281; *Graven,* Hommage à Enrico Ferri, La Scuola positiva 58 (1953) pág. 394; *Grotius,* De jure belli ac pacis (1625), Edición de *Molhysen,* 1919*; Hanack,* Das Legalitätsprinzip und die Strafrechtsreform, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 339; *Hassemer/Lüderssen/Naucke,* Hauptprobleme

der Generalprävention, 1979; *Hegel,* Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), editado por *Lasson,* 1911; *Heinz,* Neue Formen der Bewährung usw., Festschrift für H.-H. Jescheck Tomo II, 1985, pág. 955; *el mismo,* Strafzumessungspraxis usw., en: *Jehle* (Ed.), Individualprävention und Strafzumessung, 1992, pág. 134; *Henkel,* Die "richtige" Strafe, 1969; *v. Hentig,* Die Strafe, Tomo I, 1954; *Hepp,* J. Bentham's Grundsätze der Criminalpolitik usw., 1839; *Herrmann,* Diversion und Schlichtung usw., ZStW 96 (1984) pág. 455; *Hertwig,* Die Einstellung des Verfahrens wegen Geringfügigkeit, 1982; *v. Hirsch,* Doing Justice, 1976; *el mismo,* Past or Future Crimes, 1985; *v. Hirsch/Jareborg,* Strafmaß und Strafgerechtigkeit, 1991; *Hoerster,* Zur Generalprävention usw., GA 1970, 272; *Horstkotte,* Die Vorschriften des 1. StrRG über die Strafbemessung, JZ 1970, pág. 122; *Huber,* England und Wales, en: Jescheck (Ed.), Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate usw., Tomo I, 1983, pág. 157; *v. Ihering,* Der Zweck m Recht, Tomo I y II, 1883/84; *Jareborg,* Essays in Criminal Law, 1988; *Jescheck,* (Ed.), Franz von Liszt zum Gedächtnis, 1969 (igualmente en ZStW 81 [1969] fascículo 3); *el mismo,* Strafen und Maßregeln des Musterstrafgesetzbuchs für Lateinamerika, Festschrift für Ernst Heinitz, 1972, pág. 717; *el mismo,* Strafrechtsreform in Deutschland, SchwZStr 91 (1975) pág. 1; *el mismo,* Der Einfluß der IKV und der AIDP-usw., ZStW 92 (1980) pág. 997; *el mismo,* Die Freiheitsstrafe bei Franz v. Liszt usw., Festschrift für U. Klug Tomo II, 1983, pág. 257; *el mismo,* Die Freiheitsstrafe in rechtsvergleichender Darstellung, en: *Jescheck* (Ed.), Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate usw., Tomo III, 1984, pág. 1939; *el mismo,* Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Neugestaltung des Mindestprogramms der Défense sociale, Festschrift für G. Blau, 1985, pág. 425; *el mismo,* Remarques en droit comparé concernant la révision du Programme Minimum de Défense Sociale, Cahiers de défense sociale 1986, 40; *el mismo,* Grundgedanken der neuen italienischen StPO in rechtsvergleichender Sicht, Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pág. 659; *el mismo,* Marc Ancel zum Gedächtnis, ZStW 103 (1991) pág. 517; *Jescheck/Eser/Kaiser* (Ed.), Zweites deutsch-sowjetisches Kolloquium usw., 1984; *Jung,* Sanktionensysteme und Menschenrechte, 1992; *Kaiser,* Zweckstrafrecht und Menschenrechte, SchwjZ 1984, pág. 329; *el mismo,* Ist das Maßnahmensystem im Kriminalrecht noch zu retten? Festschrift für F. Pallin, 1989, pág. 183; *Kaiser/Meinberg,* "Tuschelverfahren" usw., NStZ 1984, pág. 343; *Kant,* Die Metaphysik der Sitten (1797), en: Immanuel Kant, Werke in sechs Bänden, ed. por *Weischedel,* Tomo IV, 1956, pág. 303; *Kargl,* Handlung und Ordnung im Strafrecht, 1991; *Armin Kaufmann,* Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982; *Arthur Kaufmann,* Das Schuldprinzip, 2.ª Ed. 1976; *el mismo,* Schuld und Prävention, Festschrift für R. Wassermann, 1985, pág. 885; *el mismo,* Über die gerechte Strafe, Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, pág. 425; *Kindhäuser,* Persönlichkeit, Schuld und Vergeltung, GA 1989, 493; *Kipper,* Johann Paul Anselm Feuerbach, 2.ª Ed. 1989; *Kleinheyer,* Tradition und Reform in der CCC, en: *Landau/Schroeder* (Edrs.), Strafrecht, Strafprozeß und Rezeption, 1984, pág. 7; *Knigge,* Het irrationele van de straf, 1988; *Köhler,* Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983; *Kohlrausch,* Fortschritte und Rückschritte in den kriminalpolitischen Bestimmungen des neuesten Strafgesetzentwurfs, Mitt IKV, Tomo 3, 1928, pág. 5; *Lange,* Das Rätsel Kriminalität, 1970; *Lenckner,* Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, en: *Göppinger/Witter* (Edrs.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, Tomo I, Parte A, 1972, pág. 3; *Liepmann,* Die Bedeutung A. Merkels für Strafrecht und Rechtsphilosophie, ZStW 17 (1897) pág. 638; *el mismo,* Strafrechtsreform und Schulenstreit, ZStW 28 (1908) pág. 1; *v. Liszt,* Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3 (1883) pág. 1; *el mismo,* Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, Aufsätze und Vorträge, Tomo II, 1905, pág. 75; *Maiwald,* Moderne Entwicklung der Auffassung vom Zweck der Strafe, en: *Immenga* (Ed.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, 1980, pág. 291; *Maurach,* Vom Wesen und Zweck der Strafe, en: *Freudenfeld* (Ed.), Schuld und Sühne, 1960, pág. 26; *H. Mayer,* Kant, Hegel und das Strafrecht, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 34; *A. Merkel,* Über vergeltende Gerechtigkeit, Ges. Abhandlungen, Tomo I, 1899, pág. 1; *el mismo,* Vergeltungsidee und Zweckgedanke, Ges. Abhandlungen, Tomo II, 1899, pág. 687; *Merle,* La pénitence et la peine, 1985; *Mezger,* Strafzweck und Strafzumessungsregeln, Materialien, Tomo I, 1954, pág. 1; *Mir Puig,* Die begründende und begrenzende Funktion der positiven Generalprävention, ZStW 102 (1990) pág. 914; *Moos,* Positive Generalprävention und Vergeltung, Festschrift für F. Pallin, 1989, págs. 283 ss.; *Morris,* The Future of Imprisonment, 1974; *Helga Müller,* Der Begriff der Generalprävention im 19. Jahrhundert, 1984; *Müller-Dietz,* Strafbegriff und Strafechtspflege, 1968; *el mismo,* Strafzwecke und Vollzugsziel, 1973; *el mismo,* Das Marburger Programm aus der Sicht des Strafvollzugs, ZStW 94 (1982)

pág. 599; *el mismo*, Integrationsprävention und Strafrecht, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 813; *Nagler*, Verständigung der Strafrechtsschulen, GS 70 (1907) pág. 10; *el mismo*, Die Strafe, 1918; *Naucke*, Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, 1962; *el mismo*, Über den Einfluß Kants usw., en: *Blühdorn/Ritter* (Edrs.), Philosophie und Rechtswissenschaft, 1969, pág. 27; *el mismo*, *P.J.A. v. Feuerbach*, ZStW 87 (1975) pág. 861; *el mismo*, Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, ZStW 94 (1982) pág. 525; *Nehlsen*, Entstehung des öffentlichen Strafrechts bei den germanischen Stämmen, en: *Kroeschell* (Ed.), Freiburger Fest-Kolloquium zum 75. Geburtstag von Hans Thieme, 1983, pág. 3; *Nohl*, Vom Sinn der Strafe, Die Erziehung Tomo 1 (1926) pág. 27; *Noll*, Die ethische Begründung der Strafe, 1962; *el mismo*, Schuld und Prävention, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 219; *H.-J. Otto*, Generalprävention und externe Verhaltenskontrolle, 1982; *Peters*, Gedanken zur Kriminalstrafe, Stimmen der Zeit 1956/57, pág. 12; *el mismo*, Strafprozeß, 4.ª Ed. 1985; Papst *Pius XII.*, Botschaft an den VI. Internationalen Strafrechtskongreß, ZStW 66 (1954) pág. 1; *Plagemann*, USA, en: *Jescheck* (Ed.), Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate usw., Tomo II, 1983, pág. 161 1; *Plato*, Protagoras, en: Sämtliche Werke, Ausgabe *Lambert Schneider*, Tomo 1, o.J., pág. 55; *Platzgummer*, Strafe, Schuld und Persönlichkeitsadäquanz, Festschrift für F. Pallin, 1989, pág. 322; *W Preiser*, Das Recht zu strafen, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 71; *el mismo*, Vergeltung und Sühne im altisraelitischen Strafrecht, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 7; *Radbruch*, Der Ursprung des Strafrechts aus dem Stande der Unfreien, en: Elegantiae Juris Criminalis, 2.ª Ed. 1950, pág. 1; *el mismo*, Rechtsphilosophie, 4.ª Ed. 1950 (edición de *E. Wolf*); *el mismo*, Der Erziehungsgedanke im Strafwesen, en: Der Mensch im Recht, 1957, pág. 50; *el mismo*, Paul Johann Anselm Feuerbach, 2.ª Ed.1957 (edición de *E. Wolf*); *Radzinowicz*, The Roots of the International Association of Criminal Law and their Significance, 1991; *Ratschow*, Vom Sinn der Strafe, en: *Dombois* (Ed.), Die weltliche Strafe in der evangelischen Theologie, 1959, pág. 98; *Rehfeldt*, Die Entwicklung der Strafe, Festschrift für H. C. Nipperdey, 1965, pág. 95; *Reik*, Geständniszwang und Strafbedürfnis, 1925; *Reiwald*, Die Gesellschaft und ihre Verbrecher, 1948; *Rieß*, Zur weiteren Entwicklung der Einstellungen nach § 153a StPO, ZRP 1985, pág. 212; *Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, pág. 377; *Rudolphi*, Strafprozeß im Umbruch, ZRP 1976, pág. 165; *Saleilles*, L'individualisation de la peine, 1898; *Schaffstein*, Überlegungen zur Diversion, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 937; *Schittenhelm*, Strafe und Sanktionensystem im sowjetischen Recht, 1994; *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, 2.ª Ed. 1971; *el mismo*, Freikaufverfahren mit Strafcharakter im Strafprozeß? JZ 1973, 529; *Eb. Schmidt*, Die Kriminalpolitik Preußens unter Friedrich Wilhelm I. und Friedrich II., Diss. Göttingen 1914; *el mismo*, Zur Theorie des unbestimmten Strafurteils, SchwZStr 45 (1931) pág. 200; *el mismo*, Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen StGB, Materialien, Tomo I, 1954, pág. 9; *el mismo*, Vergeltung, Sühne und Spezialprävention, ZStW 67 (1955) pág. 177; *el mismo*, Franz von Liszt, en: Die großen Deutschen, Tomo V, 1957, pág. 407; *el mismo*, Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform, ZStW 69 (1957) pág. 359; *Schöch*, Verstehen, Erklären, Bestrafen? en: *Immenga* (Ed.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, 1980, S. 305; *el mismo*, Empirische Grundlagen der Generalprävention, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1081; *el mismo*, Gutachten C zum 59. DJT 1992; *Schumann*, Positive Generalprävention, 1989; *Seelmann*, Hegels Straftheorie usw., JuS 1979, pág. 687; *Seidl*, Der Streit um den Strafzweck zur Zeit der Weimarer Republik, 1974; *Shelley*, Criminal Law and Justice since Breshnev, en: *Barry* (Ed.), Essays in honour of D. A. Loeber, 1988, pág. 188; *Sieverts*, Kriminalpolitik, HWB Krim, Tomo II, 1977, pág. 1; *Simson*, Hugo Grotius und die Funktion der Strafe, Festschrift für G. Blau, 1985, pág. 651; *Steinmetz*, Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe, Tomo I y II, 2.ª Ed. 1928; *Stratenwerth*, Tatschuld und Strafzumessung, 1972; *Thyrén*, Prinzipien einer Strafgesetzreform, 1910; *Trillhaas*, Zur Theologie der Srrafe, Heidelberger Jahrbücher 1961, Tomo V, pág. 40; *Tröndle*, "Zurückstellung der Strafvollstreckung» usw., MDR 1982, pág. 1; *di Tullio*, Cesare Lombroso e la politica criminale moderna, Scuola positiva 64 (1959) pág. 495; *Villey*, Des délits et des peines dans la philosophie du droit naturel classique, Archives de Philosophie du droit 1983, pág. 181; *Volk*, Der Begriff der Strafe in der Rechtsprechung des BVerfG, ZStW 83 (1971) pág. 405; *Walter*, Wandlungen in der Reaktion auf Kriminalität, ZStW 95 (1983) pág. 32; *Weigend*, Strafzumessung durch den Staatsanwalt? KrimJ 1984, pág. 8; *el mismo*, Richtlinien für die Strafzumessung, Festschrift der Rechtswiss. Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, pág. 579; *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie in Strafrecht, 1935; *Westphalen*, Karl Binding (1841-

1920), 1989; *Wilda*, Das Strafrecht der Germanen, 1842; *Würtenberger*, Unbestimmte Verurteilung, Materialien, Tomo I, 1954, pág. 89; *Zipf*, Kriminalpolitik, 2.ª Ed. 1980; *el mismo*, Teilaussetzung bei Freiheits-und Geldstrafen, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 977; *el mismo*, Die Integrationsprävention (positive Generalprävention), Festschrift für F. Pallin, 1989, pág. 479.

I. Origen, justificación y naturaleza de la pena

1. El **origen de la pena** reside en la oscuridad de creencias mágicas dominantes en la antigüedad, en virtud de las cuales la venganza del ofendido y su clan frente al delincuente y al suyo, se combinaba con actos simbólicos dirigidos a la reconciliación con los Dioses enojados por la comisión del hecho [1]. Pero la pena pública aparece ya documentada en el antiguo Derecho judío [2], en los comienzos de Roma [3] y con los germanos [4]. A través de la Constitutio Criminalis Carolina (1532) fue asumido en el Derecho alemán el pensamiento de la pena jurídica como una sanción en manos del Estado asociada a la idea de justicia, procedente de la teoría penal del norte de Italia de finales de la Edad Media, y logrando con ello el comienzo de una moderna Administración de Justicia penal [5]. A pesar de que de este modo la pena pertenece a los más importantes medios de poder estatales desde los comienzos de la cultura de la Humanidad, la cuestión relativa a su justificación, naturaleza y sentido, ha permanecido como uno de los problemas más discutidos de la Ciencia del Derecho. Esto está relacionado con el hecho de que la coacción represiva del Estado de ningún modo se comprende por sí misma, a diferencia de lo que sucede con la defensa frente a alteraciones del orden público o la protección militar de las fronteras, sino que la controversia referida a la justificación, naturaleza y sentido de la pena ha conducido desde siempre a las profundidades de las disputas ideológicas.

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

a) La **justificación de la pena** reside sólo en que es necesaria para la conservación del Ordenamiento jurídico como condición básica para la convivencia de las personas en la comunidad [6]. La coacción estatal renunciaría a sí misma si no pudiera impedir la afirmación abierta de infracciones jurídicas insoportables. Sin la pena el Derecho dejaría de ser un Ordenamiento coactivo para quedar reducido a normas puramente éticas. Como expresión del poder estatal la pena pertenece a toda comunidad fundada sobre normas jurídicas (justificación **político-estatal**

---

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

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

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

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

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

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

de la pena). Además, la pena es necesaria para satisfacer la necesidad de justicia de la comunidad. Sería imposible una convivencia pacífica de las personas, si el Estado se limitara a la defensa frente a la comisión inminente de delitos y exigiera tanto al ofendido como a la comunidad tolerar el delito cometido y vivir con su autor como si no hubiera sucedido injusto alguno. La justicia del linchamiento y el retorno a la pena privada [7] serían, sin duda, consecuencias inmediatas (justificación **social-psicológica** de la pena). Finalmente, la pena resulta también necesaria en consideración a la persona misma del autor. La necesidad de liberarse de la culpabilidad a través de la expiación es una experiencia fundamental de la persona como sujeto moral [8]. Procurar la posibilidad de una expiación como prestación moral autónoma es por ello una misión legítima del Estado, aún cuando la mayoría de los delincuentes rehusa el camino de la conversión interna [9] (justificación **ético-individual** de la pena).

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

b) Debe distinguirse entre justificación y **naturaleza** de la pena. La pena es un **juicio de valor público de carácter ético-social** que se realiza al autor por la comisión culpable de una infracción jurídica [13]. Así pues, la pena lleva consigo siempre un acento negativo, posee también el carácter de un mal y en última instancia debe poder servir para el bien del condenado. El mal inherente a la pena consiste en la intromisión voluntaria en la esfera jurídica del reo (libertad, patrimonio, tiempo libre, consideración social), ya que la desaprobación pública se expresa precisamente por la pena mediante el perjuicio de la posición jurídica del culpable. La negación de la condición de mal que reviste la pena no supondría otra cosa que la negación del concepto penal mismo. El sermón de la montaña de pagar lo malo con lo bueno (Matías 5, 44), únicamente puede ser cumplido *mediatamente* por la coacción estatal de modo que la pena sea aplicada sólo para el aseguramiento de las condiciones existenciales de las personas, posibilitando de este modo el bien.

Hasta ahora ningún Estado ha podido renunciar a la pena como causación voluntaria de un mal para la preservación del Ordenamiento jurídico. El Código criminal sueco de 1962 ha retornado a la pena, tras el

---

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

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

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

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

[11] *Radbruch*, Der Erziehungsgedanke pág. 57.

[12] En torno a la dimensión de los Derechos Humanos en la pena *Jung*, Sanktionssysteme págs. 69 ss.

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

intento por parte del Proyecto de 1956 de sustituir la expresión "pena" por la alocución neutral de "consecuencia jurídica" [14]. También la Ley belga de Defensa Social de 1964 prevé como medida el internamiento por tiempo indeterminado, pero el Código penal sigue con las penas de prisión firmemente determinadas [15]. El Código penal de 1926 de la República Soviética Rusa, que sólo conoció medidas de protección social sin el carácter de penas, fue relevado por la Ley unionista de la URSS sobre las "bases de la legislación penal" de 1958, cuyo art. 20 también atribuiría expresamente a la pena una función represiva [16]. También en los EE.UU. existen tendencias que desplazan a un Derecho penal de puro "tratamiento" por medio de actos legislativos concretos en los que la intimidación y la retribución por la culpabilidad están situadas en un primer plano [17].

II. Las posibilidades de interpretación del sentido de la pena

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

1. Los dos **pensamientos fundamentales** desde los que puede ser desarrollado el sentido de la pena son la *retribución* y la *prevención* [18]. O la pena mira al pasado (al hecho cometido) y busca con la imposición voluntaria del mal ligado a aquélla conseguir una compensación por la infracción jurídica sucedida ("malum passionis propter malum actionis" [19]), o la pena mira al futuro (al peligro de comisión de nuevos delitos por el autor mismo o por otras personas) y busca influir sobre él y sobre la comunidad con la finalidad de evitar la perpetración de delitos, con lo que no es perseguida la intromisión en la posición jurídica del reo y la pena evidencia tan sólo un "mal necesario" ("nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur") [20]. El punto de enlace para la retribución es la *culpabilidad* mientras que para la prevención es la peligrosidad existente en la persona del autor así como, en un sentido amplio, la predisposición existente en toda persona a la comisión de acciones punibles (*prevención especial y general*). Finalmente, existe la posibilidad de *enlazar la retribución y la prevención*. Aquí, la pena sirve para la prevención de futuros delitos *mediante* la justa retribución de las infracciones jurídicas culpables realizadas en

---

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

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

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

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

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

[19] *Grotius*, De jure belli, lib. II, cap. XX, § 1, 1. En relación a *Grotius* vid. *Simson*, Blau-Festschrift págs. 655 ss.

[20] *Grotius*, ibidem § 4, 1.

el pasado (vid. *supra* § 1 II 1). En palabras de *Hugo Grotius* podría decirse: "prudenter punit qui punit, quia peccatum est neque peccetur".

2. La interpretación suministrada acerca del sentido de la pena pertenece al pensamiento retributivo. La **retribución** fue originariamente portadora de emociones fuertes, una reacción puramente negativa frente al hecho delictivo. Sin embargo, el concepto de retribución ha sufrido un cambio muy profundo desde la Ilustración del siglo XVIII. De acuerdo con ello, para la retribución la pena significa hoy en día la respuesta a un injusto culpable ("quia peccatum est") y, por ello, debe ser equivalente a éste según el principio de la justicia distributiva [21]. Así pues, la retribución nada tiene que ver con la venganza, con bajos sentimientos de odio o con caprichosas agresiones represivas de la sociedad [22], sino que es un **principio de medida** (*Maßprinzip*) [23]. Según el pensamiento retributivo el hecho cometido determina el motivo y la medida de la pena.

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

La *expiación* debe ser diferenciada de la retribución. Es un tributo moral propio del condenado que le conduce a aprobar la necesidad de la pena y a través del cual recupera su libertad moral. La expiación no puede ser compelida por la pena aunque, por lo menos, el Estado debe hacerla posible incluyendo en aquélla la predisposición de la sociedad a la reconciliación con el autor si éste acepta la pena [24].

3. El **pensamiento de la prevención** conduce a consecuencias completamente opuestas a la idea de retribución. Si se concibe la pena como un medio para evitar delitos ("ne peccetur"), en el fondo el problema de la culpabilidad personal puede quedar sin resolver pues sólo depende de la peligrosidad del autor y de la predisposición criminal latente en la colectividad. El Estado previene la inclinación delictiva con penas que por su naturaleza y magnitud deben posibilitar una influencia enérgica sobre el condenado y la comunidad. El autor no recibe lo que merece

---

[21] *Bockelmann*, HWB Soz W pág. 212.

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

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

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

por su culpabilidad sino lo que necesita para su resocialización [25]. El hecho no es el fundamento sino el motivo de la pena; demuestra que la intervención del Estado es necesaria porque existen síntomas de una situación peligrosa. También la naturaleza y la medida de la pena viene determinada por su finalidad preventiva, no solo por el grado del injusto y la culpabilidad.

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

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

A ello se añade otro factor adicional en el que confluyen la retribución y la prevención: a saber, también la prevención exige para su justificación la certeza de que el Estado está legitimado por medio de la pena a adaptar a los delincuentes peligrosos a los ideales socialmente dominantes. De esta forma, también se presupone que estos últimos poseen un valor moral por lo que los puntos de partida de ambos sistemas coinciden en su pensamiento básico [26]. La concepción moral de la misión de la Administración de Justicia penal constituye así el puente entre la retribución y la prevención.

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

a) Si el resultado de la prevención del delito debe tener lugar en el conjunto de los destinatarios de la norma se habla de **prevención general** [27]. Esta última significa, de un lado, que a

---

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

[26] *Bockelmann*, Schuld und Sühne pág. 21.

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

través del temor a la pena toda persona debe ser disuadida de la comisión de acciones punibles (*prevención general negativa* o *prevención disuasoria*). Más importante es, sin embargo, otro aspecto: a través de la amenaza penal contenida en la ley y la condena del culpable que muestra que el Estado cumple seriamente su advertencia, debe ser evitada la legitimación del delito y puesta de manifiesto aquella aversión moral contra el injusto que se presenta por sí misma y que, en gran medida, contribuye a que sea mantenida en sus límites la predisposición a la criminalidad que existe y está latente en la colectividad (*prevención general positiva* o *prevención-integración*). Así pues, el Estado no sólo persigue con la pena la intimidación del presunto autor por medio de la amenaza de un mal, sino que sobre todo se esfuerza en reforzar la conciencia jurídica de la colectividad a través de leyes penales justas y de su aplicación moderada e igualitaria [28], así como en educar a las personas en una obediencia voluntaria al Derecho (vid. *supra* § 1 II 1). En qué medida el Derecho penal consigue el efecto deseado es algo que empíricamente resulta difícil de comprobar. No obstante, de ningún modo puede hablarse, tal y como los críticos afirman, de que todo delito cometido contradice el efecto preventivo-general del Derecho penal, pues sin duda serían perpetrados muchos más delitos si en el ámbito penal no existiera ninguna Administración de Justicia.

b) Mientras que la prevención general aspira a la prevención del delito en la colectividad, la **prevención especial o individual** se dirige al reo mismo [29]. Él es quien, a través de la lección que se le imparte con la imposición de la pena, debe ser educado para mantenerle alejado de infracciones futuras y para conseguir su adaptación a las reglas básicas de la convivencia en la comunidad. De resultar aplicable una pena privativa de libertad, su ejecución debe tener lugar bajo el principio de la *resocialización* (§ 2, inciso 1.º, StVollzG), mediante una educación escolar, profesional y corporal del preso, el reforzamiento de su conciencia de responsabilidad y la estimulación de la colaboración activa en el establecimiento penitenciario. Además, el tiempo de privación de libertad sirve también para el aseguramiento de la sociedad frente al delincuente peligroso (§ 2, inciso 2.º, StVollzG). En la actualidad, las posibilidades de una influencia educadora eficaz a través de la ejecución de la pena son enjuiciadas desde un importante escepticismo, pues a pesar de los importantes esfuerzos dirigidos a intensificar la ejecución de la pena aquí y en el extranjero (EE.UU., Escandinavia, Países Bajos), el porcentaje de reincidencia no ha sido capaz de reducirse de un modo esencial. La suspensión condicional de la condena que contenga instrucciones precisas y ayudas sociales para el reo es manifiestamente lo mejor para la prevención especial (vid. *infra* § 8 VI).

4. La retribución y la prevención no son antagonismos irreconciliables (vid. *supra* § 8 II 1 *in fine*). Una **conexión** entre ambos es posible de modo que la pena no sea querida por su propia voluntad, sino que sea prevista y dictada sobre la base de su misión de protección de la sociedad de futuros delitos, pero que lo sea de tal modo que sirva para compensar la culpabilidad por el delito cometido, pues la pena busca alcanzar el resultado preventivo *de una manera justa* (*teoría unitaria*) [30]. Y así, la pena justa que viene a compensar la gravedad del injusto y de la culpa-

---

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

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

[30] Sobre la relación entre represión y prevención vid. *Noll*, H. Mayer-Festschrift pág. 220; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 28 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 55 ss.; *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip pág. 276; *Roxin*, JuS 1966 págs. 377 ss.; *Eusebi*, Riv dir proc pen 1983 págs. 914 ss., 1315 ss.; *el mismo*, La pena in

bilidad se proyecta tanto sobre la colectividad como una *fuerza configuradora de las costumbres*, actuando también sobre el reo de un modo preventivo y pedagógico precisamente a causa de su sentimiento de responsabilidad que lógicamente apela al principio de medida. Las finalidades preventivas que no pueden ser alcanzadas por medio de una pena justa quedan reservadas para las medidas de seguridad. Las consecuencias dañosas derivadas de la ejecución de la pena contrarrestan la aplicación de la amonestación con reserva de pena (§ 59), la suspensión condicional de la pena (§ 56) y la oportuna concesión de la libertad condicional (§ 57). Los presupuestos inmanentes *aquí presentes son los mismos* que en la retribución, esto es, la legitimación moral del Estado para la imposición de la pena, la existencia de una culpabilidad personal y la posibilidad de compensar esta última por medio de la pena. A ello se añade, además, el convencimiento de que sólo la pena justa despliega un *efecto social-pedagógico* sobre la colectividad, y de que sólo *ella* es también concebida por el condenado como *respuesta de una sociedad vinculada con él* y como apelación a su conciencia de lo justo y lo injusto.

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

III. Teorías absolutas de la pena

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

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

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

"crisi" págs. 145 ss.; *Platzgummer*, Pallin-Festschrift pág. 322; *Kindhäuser*, GA 1989, págs. 502 ss.; *Bertel*, Pallin-Festschrift pág. 38.

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

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

2. Pero la cuestión es qué sentido debe tener para la comunidad esta severidad extrema, propia de la Ley del Talión ("ojo por ojo, diente por diente"), del concepto kantiano de pena. Al respecto *Hegel* (1770-1831) ha dado una respuesta que va más allá de Kant. Y así, fundamenta la pena sobre el principio dialéctico según el cual el Ordenamiento jurídico expone la "**voluntad general**", mientras que la "**voluntad especial**" del delincuente, expresada a través de la infracción del Derecho, es negada por medio de la pena y "anulada" por la superioridad moral de la comunidad. De este modo, es restablecida la coincidencia de la voluntad general con la especial mediante la manifestación de la negación del delito, y mostrada la total ausencia de validez de éste [33].

"La lesión de esta voluntad que como tal existe, consiste en la anulación del delito, que de lo contrario regiría, así como en el restablecimiento del Derecho" [34].

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

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

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

4. Como **crítica** a las teorías absolutas debe aducirse que la realización de la moral absoluta sobre la tierra no es una misión del Estado, y que por sus fines y medios de poder tampoco puede serlo. La mayoría del injusto realmente cometido queda, según es conocido, sin castigar. Para el poder del Estado, con la aplicación de la pena únicamente puede tratarse de mantener la convivencia pacífica y segura de las personas a través de la coacción jurídica. Precisamente por ello, la pena no es impuesta siempre y en todo caso donde debe hacerse justicia, sino únicamente cuando ello es inevitable en interés de la protección de la sociedad. Hay que destacar, además, que en las teorías absolutas de la pena nunca se reconoce a la persona como un ente necesitado

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

[34] *Hegel*, Rechtsphilosophie § 99.

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

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

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

[38] Mensaje del Papa *Pius XII*, ZStW 66 (1954) pág. 14.

de ayuda, repetidamente maltratado y débil ante las tentaciones; en verdad se trata a la persona justamente, pero con una frialdad glacial. La verdad duradera de las teorías absolutas consiste en que sólo puede aspirarse a la protección de la sociedad por medio de la pena, en la medida en que ello sea necesario y *siempre de un modo justo*.

IV. Teorías relativas de la pena

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

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

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

El impulso para la superación de degeneración en la que se encontraba la idea de intimidación en la praxis penal común de los siglos XVII y XVIII, lo dio la **teoría del Estado del Derecho natural** [40] **y la Ilustración** con su lucha por una configuración racional y humana de las condiciones en la Justicia penal (*Hugo Grotius, Samuel Pufendorf, Christian Thomasius, Karl Friedrich Hommel, Joseph v. Sonnenfels* [41]). En la literatura francesa de la Ilustración fue ya *Montesquieu* quien colocó la finalidad preventiva en la cumbre de las funciones de la pena y condujo a *Voltaire* a librar su valiente batalla contra las irregularidades de la Justicia penal del Antiguo Régimen, con la pretensión de que la pena se adecuara a los principios de humanidad, proporcionalidad y utilidad. La apertura de la conciencia de la Humanidad a los problemas de la Política criminal hay que agradecerla a la ya clásica obra del milanés *Cesare Beccaria* "Dei delitti e delle pene" (1764) [42], en la que por primera vez fue desarrollado un programa cerrado de reforma del Derecho penal orientado a la prevención. En Inglaterra *Jeremy Bentham* fundó su Ética utilitarista sobre el "greatest happiness principle", deduciendo de él una Política criminal rigurosamente lógica construida de modo racional [43]. En Alemania fue Prusia quien, bajo el reinado de

---

[39] *Plato*, Protagoras pág. 76.

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

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

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

[43] Vid. *Hepp*, J. Benthams Grundsätze der Criminalpolitik págs. 5 ss.

Federico el Grande, asumió el papel de guía de la nueva configuración de la Política criminal. La nueva teoría de la prevención especial fundada por *Stübel*[44] se abrió paso a través de *Klein* y *v. Grolman*[45] en el Derecho territorial común de 1794[46].

2. Las teorías de la pena de los siglos XVII y XVIII ya habían estado determinadas por el pensamiento de la prevención, pero fue por primera vez *Paul Johan Anselm v. Feuerbach* (1775-1833), el más grande de los criminalistas alemanes de la primera mitad del siglo XIX, quien diferenció de modo teórico y con gran claridad entre prevención especial y general. Él condujo a la teoría de la pena de la Ilustración a su punto álgido al vincular la prevención general con la amenaza de la pena, colocándola en el centro de gravedad de su sistema[47]. *Feuerbach* ya no conectó con la teoría clásica de la utilidad de *Beccaria* y *Bentham*, sino que intentó tender un puente hacia la Ética kantiana[48]. La *amenaza* penal debería producir la **"prevención general a través de la coacción psicológica"**, mientras que la *imposición* de la pena solamente debería hacer evidente su seriedad.

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

3. El destino de las teorías de la pena preventivo-especiales procedentes de la época del Derecho territorial común prusiano quedó durante largo tiempo sellado hasta que, casi doscientos años después, *Franz v. Liszt* (1851-1919)[51] fundara una nueva teoría preventivo-especial que ha tenido una gran influencia internacional como modelo de pensamiento y ha originado un profundo cambio en la configuración del sistema de sanciones del Derecho penal alemán[52]. v. Liszt situó de nuevo al Derecho penal en relación con una Política jurídica orientada de acuerdo con puntos de vista racionales, en la que la **"idea del fin"** debía ser la portadora del avance jurídico.

---

[44] Vid., al respecto, *Ahrendts*, Christoph Carl Stübels Straftheorie págs. 14 ss.

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

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

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

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

[49] *Feuerbach*, Revision Teil I pág. 43.

[50] *Feuerbach*, Lehrbuch 3.ª Ed. págs. 14 ss.

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

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

Y así, partiendo de los interrogantes propios de la realidad de la criminalidad, se dejó llevar por los métodos de investigación empírico-causales de las modernas Ciencias de la Naturaleza que en aquel tiempo encontraron acomodo en la Ciencia jurídica, comprobó las deficiencias del entonces Derecho vigente según los resultados de la estadística criminal y consideró a la Política criminal como un sector de la Política social (*Positivismo*) [53]. Su concepción político-criminal fundamental la formuló en el conocido Programa de Marburgo "La idea del fin en Derecho penal" [54].

Las afirmaciones esenciales rezan del siguiente modo: "La pena correcta, esto es, la justa, es la pena necesaria. La justicia en Derecho penal es la observancia del marco penal establecido, por medio de la idea del fin". La misión de la pena es, según lo afirmado, dar un «escarmiento» (*Denkzettel*) al delincuente ocasional no necesitado de corrección para disuadirle de cometer más delitos, resocializar al delincuente habitual corregible a través de su educación durante la ejecución de la pena y neutralizar al incorregible sometiéndole por tiempo indeterminado a la «servidumbre» de la pena (*Strafknechtschaft*). Con esta concepción se unían necesariamente las penas cortas de prisión, pedagógicamente ineficaces pero dañinas para el reo, y los esfuerzos por mejorar la ejecución de la pena. v. Liszt también era consciente, sin embargo, de los riesgos para la seguridad jurídica de una Política criminal determinada por caracteres puramente preventivos: el *Derecho* penal debía, por ello, permanecer como "la barrera infranqueable de la Política criminal" (la "Charta Magna del delincuente") [55]. Una dogmática penal rigurosamente objetiva debía facilitar, asimismo, la conexión entre la finalidad de la pena y el Estado de Derecho [56]. En Alemania, la *Moderna Escuela de Derecho penal* (sociológica) se concentró en torno al Programa político-criminal de Franz v. Liszt (*Ernst Delaquis, Eduard Kohlrausch, Moritz Liepmann, Gustav Radbruch, Max Grünhut, Eberhard Schmidt*).

4. Sobre la base del positivismo, y casi al mismo tiempo, surgieron también en **otros países europeos** movimientos político-criminales que intentaron extrapolar al Derecho penal las consecuencias derivadas de las convulsiones morales, económicas y sociales de la segunda mitad del siglo XIX [57]. Este desarrollo tuvo importantes consecuencias en *Italia* cuya influencia irradió especialmente a Sudamérica [58]. En el país citado, el psiquiatra *Cesare Lombroso* (1835-1909) [59] hizo pública su famosa tesis según la cual las causas del delito habría que buscarlas en determinadas cualidades innatas de la persona ("delinquente nato"), mientras que el jurista *Enrico Ferri* (1856-1929) [60], fundador de la "Scuola Positiva" e incansable guerrero de las reformas sociales

---

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

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

[55] *v. Liszt*, Aufsätze Tomo II pág. 80.

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

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

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

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

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

en Italia, situó el peso específico de los factores sociales en el origen del delito. De ambas aportaciones se dedujeron consecuencias preventivo-especiales de rico y amplio alcance para la configuración de la pena [61]. Las conexiones internacionales de los partidarios de la Escuela moderna configuraron rápidamente una sólida estructura organizativa: en 1889 *Franz v. Liszt* fundó, conjuntamente con el belga *Adolphe Prins* y el neerlandés *G.A. van Hamel*, la Asociación Internacional Criminalística (IKV) [62], que hasta la Primera Güerra Mundial desarrolló una significativa eficacia científica y propagandística en el sentido de una nueva Política criminal y cuya labor fue continuada a partir de 1924 por la Asociación Internacional de Derecho penal ("Association Internationale de Droit Pénal") [63].

Actualmente, el Programa político-criminal de la Escuela Moderna es continuado sobre todo por la *Sociedad Internacional para la Defensa Social* ("Société Internationale de Défense Sociale") que fue fundada en el año 1947 por el italiano *Filippo Gramatica*. Su corriente más radical quiso sustituir al delito por la antisocialidad, la culpabilidad por la peligrosidad y la pena por la medida de seguridad [64]. Sin embargo, hoy en día es decisiva la dirección de la sociedad impulsada por *Marc Ancel* (1902-1990) que reconoce el principio de culpabilidad y la responsabilidad de la persona, pero que quiere dotar a la Administración de Justicia penal de un espíritu profundamente humanitario, de modo que pueda ser alcanzada de la mejor forma posible su función de restablecimiento del reo a la sociedad, en colaboración con las modernas Ciencias del ser humano [65].

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

Por el contrario, a la *prevención especial* le es objetable en primer lugar que la pena, consecuentemente, debería ser sustituida por medidas de seguridad terapéuticas, pues si en la Administración de Justicia penal sólo se tratara de la resocializar al delincuente, la desaprobación ética

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

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

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

[64] *Gramatica*, Principi di difesa sociale 1961.

[65] Vid. el viejo "Programme Minimum" de la Défense Sociale en: Bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale 1955, núm. 1, en idioma alemán, ZStW 66 (1954) pág. 646. Acerca de la situación actual de la Defensa Social como un movimiento moderno de la Política criminal sin planteamientos radicales, *Ancel*, La défense sociale nouvelle págs. 243 ss.; *el mismo*, Cahiers de défense sociale 1986 págs. 17 ss.; *Jescheck*, Blau-Festschrift págs. 425 ss.; *el mismo*, Cahiers de défense sociale 1986, págs. 40 ss.; acerca de la vida y obra de Marc Ancel, *el mismo*, ZStW 103 (1991) pág. 517. El nuevo desarrollo de la Defensa Social es desconocido por *Hassemer*, Einführung pág. 28, 310 nota a pie núm. 85.

del hecho inherente a la pena tendría tan poco sentido como la reprobación de una enfermedad. Además, en casos fronterizos la prevención especial conduce a resultados que serían insoportables para la conciencia jurídica de la colectividad [66]. Por una parte, el autor de un delito grave que es descubierto años más tarde perfectamente integrado socialmente como, por ejemplo, el asesino de un campo de concentración integrado en un sistema criminal o el marido que para salvar el honor de su mujer ha cometido falso testimonio, deberían quedar completamente impunes pues en ninguno de estos casos se requiere una resocialización; pero, por otra parte, un delincuente reincidente a causa de un hecho leve pero sintomático de su inclinación criminal, debería ser sometido a una medida de seguridad profundamente terapéutica o de aseguramiento que en ningún caso se correspondería con la entidad del hecho cometido. Además, una prevención especial consecuente debería conducir a medidas predelictuales, pues desde este punto de vista no se comprende por qué debe esperarse por parte del Estado a la comisión de un hecho punible con anterioridad a su intervención preventiva. Finalmente, nos encontramos con el gran interrogante de si en la ejecución de la pena puede ser practicada una educación eficaz en adultos o si, en la mayoría de los casos, no sería mejor para la resocialización del delincuente que el Estado renunciara al castigo y se limitara a la asistencia social.

V. Las teorías unitarias

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

1. Las teorías unitarias han surgido como resultado de una larga lucha política y científica. Frente a las exigencias radicales de la Escuela Moderna se levantaron las fuerzas conservadoras de

---

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

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

la doctrina penal alemana [68] que se agruparon en torno a la escuela clásica de *Binding* (1841-1920) [69], *v. Birkmeyer* y *Kahl*. La **disputa entre escuelas** trajo consigo una amarga hostilidad literaria hasta los tiempos de la República de Weimar [70] y terminó sólo en 1933, cuando el Estado totalitario con su rápida y autoritaria aplicación del Derecho penal privó de base alguna a ambas direcciones. Sin embargo, ya en el punto álgido de la lucha de escuelas se buscaron puntos de acuerdo para poder satisfacer las necesidades prácticas de la Administración de Justicia penal [71], siendo el primero en hacerlo *Adolf Merkel* con la relativización de sus aspectos contrarios y resaltando su común denominador [72]. La "pena retributiva", se argumenta desde entonces, no está suspendida libremente en el espacio de la filosofía especulativa sino que tiene que cumplir una función social como una realidad de la vida del condenado y de la comunidad que, por lo general, la justifica previamente. Preserva el Ordenamiento jurídico, satisface el sentir normativo de la colectividad y, con ello, asegura de la mejor forma posible la protección de los bienes jurídicos. El autor recibe lo que él mismo puede experimentar como justo, es advertido y, en la medida de lo posible, también educado. La pena justa —y sólo ella— sirve así tanto para la disuasión de la colectividad y la consolidación de su conciencia jurídica, como para la intimidación y educación del autor mismo. Asegura la protección del Ordenamiento jurídico por medio de una posible intervención mesurada en la que la culpabilidad y magnitud de la pena se encuentran en una relación ponderada. El "fin de la pena" posee su legitimación en el objetivo dominante del moderno Derecho penal: la prevención del delito; pero esta meta sólo puede ser alcanzada si se corresponde con las exigencias de la justicia. En la reforma del Derecho penal la consideración de los efectos de la pena sobre la vida futura del reo en la sociedad y la idea de la ayuda social anudada a la pena, han pasado a estar en un primer plano (vid. §§ 47, 56 ss., 57, 59 ss., 68 ss. StGB; § 2 StVollzG) sin desterrar los otros fines de la pena (§ 46 I). En esta línea camina hoy la doctrina dominante en Alemania [73]. También en el extranjero se defienden las teorías de la unión con numerosos matices [74].

---

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

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

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

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

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

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

[74] A favor de la teoría unitaria en Austria, *Burgstaller*, Sinn und Zweck pág. 55; *Rittler*, Tomo 1 pág. 3;

2. El concepto de pena de la teoría unitaria coincide también con el del **Derecho vigente**. Impregnado por el espíritu liberal de la primera mitad del siglo XIX, el RStGB de 1871 enlazó las ideas retribucionistas de *Kant* y *Hegel* con la teoría de la prevención general de *Feuerbach*. "La prevención general a través de una retribución justa" fue el pensamiento director en el momento de su nacimiento. Con la introducción de medidas de aseguramiento y corrección en el año 1933 el carácter retributivo de la pena siguió siendo subrayado, pues las peculiares necesidades preventivo-especiales de la Administración de Justicia penal que no podían ser cumplidas con aquélla si permanecía limitada a su función retributiva, serían satisfechas a partir de ahora por este camino. También fue posibilitada y aplicada constantemente en la praxis una reducción del contenido global de la culpabilidad por el hecho mediante la suspensión condicional de la pena, la libertad condicional y la pena de multa sustitutoria (§ 27 b en su anterior redacción). El Derecho positivo actual se ha situado en el § 46 I sobre la base de la teoría unitaria, puesto que en su inciso primero erige a la culpabilidad en el fundamento de la determinación de la pena, mientras que en el segundo exige la toma en consideración de los efectos previsibles de la pena para la vida futura del delincuente en la sociedad (vid. *infra* § 82 IV 4)[75]. Sin embargo, la prevención general no ha encontrado una mención expresa en la Ley penal, excepción hecha de los §§ 47 I, 56 III, 59 I núm. 3, en los que aparece el más angosto concepto de la "defensa del Ordenamiento jurídico". Por ello, se habrá de concluir que el legislador ha presupuesto tácitamente la reafirmación del Derecho como finalidad autónoma de la pena y que para la prevención general, tanto positiva como negativa, considera suficiente el efecto de una pena justa por su adecuación a la culpabilidad (vid. *infra* § 82 IV 7 b). El Derecho vigente ha reforzado la tendencia preventi-

---

Leukauf/Steininger, § 32 núms. 5 y 9 y *WK (Platzgummer)* nota preliminar núm. 5 antes del § 18; en Suecia *Agge/Thornstedt*, Das schwedische Strafrecht págs. 259 ss. y *Jareborg*, Essays pág. 119; en Suiza *Noll/Trechsel*, Allg. Teil I págs. 18 ss.; *Schultz*, Einführung I págs. 42 ss. y *Forster*, SchwZStr 101 (1984) págs. 261 ss.; en Italia, *Pagliaro*, Principi págs. 668 ss. y *Fiandaca/Musco*, Diritto penale págs. 529 ss.; en Francia *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal général núm. 407; *Merle/Vitu*, Traité n. 608; en Bélgica *Hennau/Verhaegen*, Droit pénal général núm. 422; *Tulkens/van de Kerchove*, Introduction págs. 319 ss.; en España, *Antón Oneca*, Derecho penal Tomo I págs. 477 ss. y *Cerezo Mir*, Curso págs. 25 ss.; en los Países Bajos *Pompe*, Handboek pág. 7 y *Hazewinkel-Suringa/Remmelink*, Inleiding págs. 914 ss.; en Inglaterra *Smith/Hogan*, Criminal Law pp. 5 ss.; en Brasil *Fragoso*, Lições págs. 334 ss. así como *da Costa jr.*, Comentários, art. 59 núms. 2 ss. Vid., además, las deliberaciones del VI Congreso Internacional de Derecho penal celebrado en Roma en: Association Internationale de Droit Pénal, VI Congrès International, 1957, págs. 226 ss. Permanecen rigurosamente sobre la base de la retribución *Bettiol/Pettoello Mantovani*, Diritto penale págs. 797 ss. y *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal pág. 887, mientras que *Mir Puig*, Derecho penal págs. 66 ss. otorga preferencia a la prevención. Defiende una teoría unitaria deducida del principio de culpabilidad (desert) y la intimidación (deterrence) *v. Hirsch*, Doing justice págs. 45 ss.; *el mismo*, Past or Future Crimes págs. 47 ss.

[75] Entienden el § 46 I en el sentido de una teoría unitaria equilibrada, *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 15 ss.; *Blei*, Allg. Teil págs. 424 ss; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 8 ss.; *Bruns*, Strafzumessungsrecht págs. 311 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 3; *Müller-Dietz*, Strafzwecke pág. 20; *Lackner* § 46 núm. 1; *el mismo*, Gallas-Festschrift págs. 123 ss.; *Arthur Kaufmann*, Wassermann-Festschrift págs. 889 ss.; *Lenckner*, Strafe pág. 13; *Maiwald*, Moderne Entwicklungen pág. 300; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 6 núm. 42; *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núms. 3 ss. En el sentido de una síntesis, también la "teoría dialéctica" de *Roxin*, JuS 1966, págs. 377 ss. y Allg. Teil I § 3 núm. 53, así como la "teoría del valor situacional" "Stellenwert-Theorie" en *SK (Horn)* § 46 núms. 33 ss. Por el contrario, otros sitúan el centro de atención en la prevención especial dejando la retribución por la culpabilidad en un plano secundario; vid. *Calliess*, Theorie der Strafe págs. 186 ss.; *Horstkotte*, JZ 1970, pág. 123; *Stratenwerth*, Tatschuld pág. 31.

vo-especial mediante la introducción de una única pena de prisión (§ 38) y de la supresión de la pena por la reparación del daño (§ 46 a), la limitación de las penas cortas privativas de libertad (§ 47), la amplia configuración de la suspensión condicional de la pena (§§ 56-56 g) y de la libertad condicional (§§ 57, 57 a), así como con la desaparición de las penas dirigidas a la lesión del honor del condenado. Además, este desarrollo también se ha expresado en la amonestación con reserva de pena (§§ 59-59 c), la transformación de la pena de multa (§§ 40 ss.) y en la construcción del sistema de medidas de seguridad. El pensamiento básico del conjunto de esta regulación es un equilibrio ponderado entre la retribución de la culpabilidad, la prevención general y la prevención especial.

3. Asimismo, la **jurisprudencia de los Tribunales alemanes** sigue desde hace tiempo la teoría unitaria [76] e, incluso en los países en los que cuya doctrina penal está vinculada parcialmente al acento de la dirección preventivo-especial de la Défense social, la práctica ha permanecido fiel a la teoría unitaria [77].

"La gravedad y consecuencias del hecho, la personalidad del autor y su reinserción bajo la consideración de los fines de la pena, resultan decisivos para la clase y magnitud de la sanción" (BGH 20, 214 [216]). En la BGH 6, 125 (127), se enfatiza, junto con la retribución justa, la prevención general como un fin de la pena legítimo. El castigo "no sólo debe servir para la expiación, sino también para prevenir infracciones penales futuras" (BGH 20, 264 [266 ss.]). Especialmente significativo es el punto de vista en virtud del cual los fines de la pena únicamente pueden ser perseguidos en el marco de una escala penal limitada por la culpabilidad. La pena tampoco puede "desprenderse hacia abajo en su contenido", "de su definición como una retribución justa por la culpabilidad" (BGH 24, 132 [134]). En especial, la imposición de una medida de seguridad no puede conducir a que quede por debajo de la pena adecuada a la culpabilidad. "Pero la finalidad preventiva tampoco puede conducir a sobrepasar la pena justa" (BGH 20, 264 [267]). Importante es, además, la afirmación de "que la pena no tiene por misión la retribución de la culpabilidad para dar cumplimiento a su propia voluntad, sino que sólo está justificada si, simultáneamente, se evidencia como un medio necesario para dar cumplimiento a la función de protección de carácter preventivo del Derecho penal" (BGH 24, 40 [42]). Vid., asimismo, BVerfGE 21, 391 (404): La pena criminal "es —sin perjuicio de su misión de intimidación y resocialización— retribución del injusto cometido"; BVerfGE 22, 132: "Toda pena está determinada en su esencia por la retribución"; BVerfGE 39, 1 (57): "El efecto a distancia de la norma penal es igual de importante que la reacción visible en el caso concreto..."; vid. también BVerfGE 28, 268 (291); 32, 98 (109); 45, 187 (253 ss.); 64, 261 (271) [78].

4. Finalmente, existe la posibilidad de relegar la justa retribución como **centro de gravedad** de la teoría unitaria a favor de la **prevención especial**, en aquellos casos en los que la antinomia entre los fines de la pena le otorguen preferencia a la misma. Una teoría de la pena de esta naturaleza sería justificable por la experiencia de que frente a determinados grupos de delincuentes (jóvenes, semiadultos y reincidentes), la limitación de la sanción penal a la culpabilidad por el hecho es político-criminalmente cuestionable, pues aquí se sitúa en un primer plano la necesidad de una influencia relacionada con la personalidad del autor. La especial necesidad educativa

---

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

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

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

del delincuente en estos casos podría conducir a la aplicación de *penas de prisión de duración indeterminada* que se alargaran hasta que se consiguiera un resultado resocializador. Por este camino sería posible aspirar por medio de la pena misma a particulares objetivos preventivo-especiales, sin tener que recurrir al auxilio de la doble vía. Esta teoría, defendida siempre sólo por una minoría [79], no se ha impuesto —con razón— en Alemania pues con ella habría que renunciar al principio de culpabilidad como fundamento y límite de la pena y, de este modo, a una parte imprescindible de la seguridad jurídica. Precisamente a esta línea obedece la derogación de la pena indeterminada para jóvenes (anterior § 19 JGG) llevada a cabo por la 1. JGGÄG de 1990. En el extranjero la pena de prisión indeterminada sólo se ha abierto camino excepcionalmente [80]. En los EE.UU. la condena indeterminada choca con una crítica creciente, pues se ha evidenciado terapéuticamente como un fracaso y menoscaba de modo flagrante la necesidad de seguridad jurídica de los presos [81].

VI. La condena condicional

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

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

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

---

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

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

[81] Fundamentalmente *Morris*, The Future of Imprisonment, 1974; *von Hirsch*, Doing Justice, 1976.

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

El archivo provisional del proceso penal como importante medio de discriminalización ha sido introducido a través de la EGStGB de acuerdo con el modelo norteamericano ("diversion", "pre-trial probation") [82] y belga ("classement sans suite surveillé"), a pesar de que en muchos de estos casos no está prevista la asistencia durante el período de prueba [83]. Deben hacerse valer las objeciones contra este procedimiento, sobre todo a causa del traspaso de competencias sancionadoras al Ministerio Fiscal, aunque deben ser atribuidas al efecto deseado de evitar procesos penales innecesarios con una reacción estatal simultánea frente al hecho sobre todo si, fuera de los supuestos de delitos menos graves de escasa importancia, el Ministerio Fiscal está vinculado a la aprobación del Tribunal [84]. En el año 1989 fueron sobreseídos 250.000 procesos penales, de conformidad con el § 153 a StPO, de los que aproximadamente 178.000 lo fueron por el Ministerio Fiscal y el resto por el Tribunal [85].

2. La "*probation*" [86], como segunda posibilidad, surgió del Derecho anglo-americano y consiste en una mera declaración de culpabilidad ("conviction") sin pronunciamiento de pena ("sentence"), enlazada con la imposición de determinados deberes y el sometimiento del reo bajo un oficial de prueba ("probation-officer"). Si el sometido a prueba ("probationer") lo merece, todo se limita a una declaración formal de culpabilidad. En caso contrario, la pena es impuesta

---

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

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

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

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

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

teniendo en cuenta el comportamiento del condenado durante el período de prueba. La *probation* sólo existe en Alemania en forma de sustitución de la imposición de la pena en Derecho penal juvenil (§§ 27 ss. JGG). En el Derecho de adultos, una de las formas alemanas de condena condicional cercana a la *probation* es la amonestación con reserva de pena (§§ 59 ss.) que, sin embargo, rara vez es aplicada (vid. *infra* § 80 I 2). La auténtica *probation* existe en Derecho penal belga, así como en el Código penal francés de 1994 (art. 132-58) [87].

3. La tercera posibilidad de condena condicional es la "*sursis*" del Derecho penal franco-belga [88]. Aquí no sólo es comprobada la culpabilidad, sino que también se falla la pena a imponer aunque su ejecución es suspendida condicionalmente. El sentido de la *sursis* reside sobre todo en que con ella, por motivos preventivo-especiales, son evitados los daños anudados a la ejecución de penas de prisión de corta y larga duración (por ejemplo, pérdida del puesto de trabajo, desintegración de la familia, desocialización a través de la prisión), mientras que el efecto preventivo-general de la declaración de la culpabilidad y de la pena (en conexión con las condiciones impuestas) queda resguardado en suficiente medida. La *sursis* es también aplicable a la pena de multa, aunque esta forma es desconocida por el Derecho alemán. La sustitución condicional de la ejecución con vistas a la completa redención de la pena, caso de superarse el período de prueba, proporciona la posibilidad especialmente eficaz por medio de advertencias y condiciones idóneas y, en especial, a través del nombramiento de un ayudante durante el período de prueba, de movilizar planificadamente las fuerzas positivas del condenado para su propia resocialización. Los tres motivos siguientes han sido los que, desde finales del siglo XIX, han conducido al triunfo de la suspensión de la pena a prueba en el mundo: el suficiente aseguramiento de la prevención general por medio de la declaración de la culpabilidad y de la pena (bajo condiciones), la elusión de la ejecución de la pena de prisión (en especial, las de corta duración) y la apelación a la propia voluntad del reo bajo una instrucción adecuada [89]. En Alemania, la suspensión de la pena a prueba fue introducida por primera vez en el año 1953, y vinculada con la posibilidad de imponer condiciones y advertencias, así como de someter al condenado bajo la supervisión de un ayudante de prueba. A través de la reforma del Derecho penal fue intensificada la suspensión de la pena a prueba como símbolo de la prevención especial y reforzado el significado de la asistencia durante el período de prueba (§§ 56-56g) (vid. *infra* § 79 I 1) [90]. La libertad condicional (§ 57) se muestra como contrapeso de la suspensión de la pena a prueba, aunque en cualquier caso ha sido asimismo ampliada (vid. *infra* § 79 II). En Derecho extranjero, como por ejemplo en Inglaterra, Países Bajos, Austria y Francia, existe, además, la suspensión de una parte de la pena en el fallo mismo de la sentencia [91]. Una forma ampliada de la suspensión de la pena es el aplazamiento de la ejecución de ésta en los supuestos de drogodependientes (§ 35 BtMG) [92].

---

[87] Sobre otros países *Jescheck*, Freiheitstrafe págs. 2099 ss.

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

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

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

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

[92] *Tröndle*, MDR 1982, pág. 1.

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

§ 9 Las medidas de seguridad

H.-J. Albrecht, Empirische Sanktionsforschung und die Begründbarkeit von Kriminalpolitik, MSchrKrim 1981, 310; *Beristain*, Medidas penales en el derecho contemporáneo, 1974; *Buchata*, Freiheitsentziehende Maßregeln im polnischen Strafrecht, ZStW 102 (1990) pág. 394; *Cornil*, Développements récents du droit pénal et du traitement des délinquants en Belgique, SchwZStr 83 (1967) pág. 1; *Dölling*, Die Zweiteilung der Hauptverhandlung (Einzelrichter und Schöffengericht), 1978; *Dreher*, Die Vereinheitlichung von Strafen und sichernden Maßregeln, ZStW 65 (1953) pág. 481; *Eisenberg*, Kriminologie, 3.ª Ed., 1990; *Ellscheid/Hassemer*, Strafe ohne Vorwurf, Civitas 1970, pág. 27; *Enschedé/Rüter/Stolwijk*, Beginselen van strafrecht, 6.ª Ed. 1987; *Exner*, Die Theorie der Sicherungsmittel, 1914; *Frey*, Das Verhältnis von Strafe und Maßnahme, SchwZStr 66 (1951) pág. 295; *Frisch*, Prognoseentscheidungen im Strafrecht, 1983; *el mismo*, Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, ZStW 102 (1990) pág. 343; *el mismo*, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987) pág. 349; *el mismo*, Prognostisch fundierte Entscheidungen im Strafrecht, Recht und Psychiatrie 1992, pág. 110; *Frisch/Vogt* (Edrs.) Prognoseentscheidungen in der strafrechtlichen Praxis, 1994; *Germann*, Maßnamenrecht des schweiz. StGB, SchwZStr 73 (1958) pág. 44; *Sh.y E. Glueck*, Predicting Delinquency and Crime, 1959; *Haddenbrock*, Forensische Psychiatrie und die Zweispurigkeit usw., NJW 1979, pág. 1235; *Hall Williams*, Zwanzig Jahre Strafrechtsreform in England und Wales, SchwZStr 84 (1968) pág. 1; *Heinitz*, Strafzumessung und Persönlichkeit, ZStW 63 (1951) pág. 57; *el mismo*, Die Individualisierung von Strafen und Maßnahmen, 1960; *Hellmer*, Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung, 1961; *Reinhard v. Hippel*, Reform der Strafrechtsreform, 1976; v. *Hirsch*, Doing Justice, 1976; *Hofstee*, TBR en TBS, 1987; *Horstkotte*, Die Vorschriften des 1. StrRG über den Rückfall usw., JZ 1970, pág. 152; *Jescheck*, Der Einfluß des schweizerischen Strafrechts auf das deutsche, SchwZStr 73 (1958) pág. 184; *el mismo*, Strafen und Maßregeln des Musterstrafgesetzbuchs für Lateinamerika, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 717; *Jorge Barreiro*, Las medidas de seguridad en el Derecho Español, 1976; *Kaenel*, Carl Stooß und das zweispurige System der Strafrechtsfolgen, SchwZStr 101 (1984) pág. 3; *Kaiser*, Neue Wege im Maßnahmenvollzug, ZStW 100 (1988) p.228; *el mismo*, Ist das Maßnahmensystem im Kriminalrecht noch zu retten? Festschrift für F. Pallin, 1989, págs. 183 ss.; *el mismo*, Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise? 1990; *Kaiser/Dünkel/Ortmann*, Die sozialtherapeutische Anstalt-Ende einer Reform?, ZRP 1982, pág. 198; *Hilde Kaufmann*, Kriminologie III, 1977; *Kohlrausch*, Sicherungshaft, ZStW 44 (1924) pág. 21; *Leferenz*, Zur Problematik der kriminologischen Prognose, ZStW 68 (1956) pág. 233; *el mismo*, Die Kriminalprognose, en: *Göppinger/Witter*, Handbuch der forensischen Psychiatrie, Tomo II, 1972, pág. 1347; *Lenckner*, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, ebenda, Tomo I, Parte A, 1972, pág. 3; *Mannheim*, Deutsche Strafrechtsreform in englischer Sicht, 1960; *el mismo*, Rückfall und Prognose, HWBKrim, Tomo III, 1975, pág. 38; *Mannheim/ Wilkens*, Prediction Methods in Relation to Borstal Training, 1955; *Marquardt*, Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Vikariierens usw., 1972; *H. Mayer*, Die Behandlung der Rezidivisten usw., ZStW 80 (1968) pág. 139; *el mismo*, Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962; *F. Meyer*, Rückfallprognose bei unbestimmt verurteilten Jugendlichen, 1956; *B. Müller*, Anordnung und Aussetzung freiheitsentziehender Maßregeln usw., 1981; *Müller-Dietz*, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, 1979; *Musco*, La misura di sicurezza detentiva, 1978; *el mismo*, Maßregeln

im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem Italiens, ZStW 102 (1990) pág. 415; *Nagy*, Das Recht der strafrechtlichen Maßregeln in Ungarn, ZStW 97 (1985) pág. 424; *Nowakowski*, Die Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Maßnahmen, Festschrift für H. v. Weber, 1963, pág. 98; *el mismo*, Vom Schuld-zum Maßnahmenrecht? en: Kriminalbiol. Gegenwartsfragen, fascículo 10, 1970, pág. 1; *el mismo*, Die Maßnahmenkomponente im StGB, Festschrift für Ch. Broda, 1976, pág. 193; *Nuvolone*, Misure di prevenzione e misure di sicurezza, en: Enciclopedia del diritto, Tomo XXVI, 1976, pág. 63; *Rehberg*, Die Behandlung der Rückfälligen nach den revidierten Art. 42 und 67 StrGB, SchwZStr 89 (1973) pág. 272; *Eb. Schmidt*, Strafrechtliche Vorbeugungsmittel im Preuß. ALR von 1794, ZStW 86 (1974) pág. 621; *R. Schmitt*, Was hat die Strafrechtsreform von der Zweispurigkeit übriggelassen? Festschrift für Th. Würtenberger, 1977, pág. 277; *Schöch*, Rettet die sozialtherapeutische Anstalt als Maßregel! ZRP 1982, pág. 207; *Schultz*, Strafrechtliche Bewertung und kriminologische Prognose, SchwZStr 75 (1959) (Mélanges O. A. Germann) pág. 245; *el mismo*, Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils des schweizerischen StGB, 1987; *Schunck*, Die Zweiteilung der Hauptverhandlung (Strafkammer), 1982; *Serini*, Das neue österr. StGB, SchwZStr 90 (1974) pág. 1; *Sieverts*, Würde sich die Einführung der unbestimmten Verurteilung empfehlen? Materialien, Tomo I, 1954, pág. 107; *Stooß*, Vorentwurf zu einem Schweizerischen StGB, Allg. Teil, 1893; *el mismo*, Zur Natur der sichernden Maßnahmen, SchwZStr 44 (1930) pág. 262; *Stratenwerth*, Zur Rechtsstaatlichkeit der freiheitsentziehenden Maßnahmen, SchwZStr 82 (1966) pág. 338; *Stree*, Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960; *Victor*, Maßregeln der Besserung und Sicherung usw., ZStW 102 (1990) pág. 435; *Zipf*, Kriminalpolitik, 2.ª Ed. 1980; *Zlataric'*, Kriminalpolitische Tendenzen einiger sozialistischer Länder, ZStW 82 (1970) pág. 199.

I. La doble vía del Derecho penal

1. La pena determinada conforme a la culpabilidad por el hecho no siempre puede cumplir la misión preventiva del Derecho penal, pues a menudo la duración de la pena no alcanza a garantizar el resultado preventivo; con frecuencia, también será necesario un tratamiento médico, pedagógico o de asistencia social del infractor que por su clase no es factible en la ejecución ordinaria de la pena. También esta última está excluida frente a delincuentes inculpables. Por ello, la pena debe ser complementada con *medidas* que tienen exclusivamente la finalidad de prevenir la futura peligrosidad del autor por el hecho y sus antecedentes, a través de intervenciones curativas, asistenciales, así como de aseguramiento o eliminación de aquélla. Por medio de la **doble vía** se evita que la pena sea gravada con misiones preventivas que sólo pueden ser cumplidas renunciando al principio de culpabilidad. Simultáneamente, además, se crea la posibilidad de llevar a cabo el tratamiento preventivo del criminal peligroso con recursos médicos y pedagógico-sociales que no están a disposición de la ejecución ordinaria de la pena por tener que adaptarse ésta al gran número de casos corrientes. Asimismo, puede conseguirse una regulación legal más concreta de los presupuestos, la ejecución y la terminación de las medidas y, con ello, mejor adecuada al Estado de Derecho, al ser tratada de modo separado a la pena y su inescindible conexión con la culpabilidad por el hecho. No existe un antagonismo insalvable entre la pena y la medida [1]. De este modo, la pena también sirve para la prevención de futuros delitos y la medida tiene igualmente el carácter de un mal que sirve para el reforzamiento de la vigencia de la norma, motivo por el cual es básicamente posible un intercambio entre pena y medida en la ejecución (sistema vicarial) [2].

---

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

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

La seductora y fácil solución consistente en suprimir la antinomia entre retribución y prevención por medio de la acumulación de la pena y la medida procede del Anteproyecto de Código penal suizo de *Carl Stooß (1893)* [3]. *Éste se ha convertido en el modelo* para una gran parte de la legislación europea y sudamericana [4]. En Alemania las medidas de seguridad se remontan ya al Derecho territorial común de los Estados prusianos de 1794 [5]. En Alemania, tras muchos esfuerzos del legislador, que desde hace ya tiempo había introducido un elaborado sistema de medidas de seguridad en los distintos proyectos, fueron introducidas las medidas de corrección y aseguramiento por medio de la *Ley de delincuentes habituales* de 24.11.1933 (RGBl I pág. 995) [6]. Con ello, el Programa preventivo-especial de la Escuela Moderna no se ha cumplido por el camino de la pena, pero sí de otra forma que es defendible por su conformidad con el Estado de Derecho.

2. Con la reforma del Derecho penal se ha conservado la doble vía, aunque el sistema existente ha **mejorado** radicalmente [7] y se dirige con mayor fuerza hacia la misión resocializadora de

---

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

[4] *Característico de ello es también Suiza que en los arts. 42 ss. StGB (1937) conoce un vasto sistema* de medidas de seguridad, vid. al respecto, *Germann*, SchwZStr 73 (1958) págs. 44 ss. y *Stratenwerth*, SchwZStr 82 (1966) págs. 337 ss., en relación con el Anteproyecto de *Schultz* vid. *Kaiser*, ZStW 100 (1988) págs. 288 ss.; también el Código penal italiano (1930) con las medidas de seguridad de los arts. 199 ss. (hoy, por cierto, rechazadas mayoritariamente); sobre ello, *Musco*, La misura di sicurezza detentiva, 1978; *el mismo*, ZStW 102 (1990) pág. 415 y *Nuvolone*, Enciclopedia del diritto Tomo XXVI, págs. 63 ss. El StGB austríaco también contiene ahora, a diferencia del Derecho anterior, medidas de seguridad (§§ 21-23); vid. *Serini*, SchwZStr 90 (1974) págs. 6 ss. y *Nowakow*ski, Broda-Festschrift págs. 193 ss. Asimismo, también el Código penal tipo para Sudamérica recomienda las medidas de seguridad; vid. *Jescheck*, Heinitz-Festschrift págs. 731 ss. Sobre las medidas en Derecho neerlandés *Enschedé/Rüter/Stolwijk*, Beginselen págs. 163 *ss; Hofstee*, TBR en TBS, 1987. En torno a los centros de terapia psicológica en Dinamarca e Inglaterra *Hilde Kaufmann*, Kriminologie III págs. 134 ss., 152 ss. Acerca del Código penal argentino de 1921 vid. *Jiménez de Asúa*, Tomo I págs. 1050 ss. En Francia, por el contrario, la doble vía ha desaparecido y tampoco el Código penal de 1994 la prevé (vid. *Desportes/ Le Gunehec*, Présentation núm. 33). En relación con el Derecho penal polaco *Buchata*, ZStW 102 (1990) pág. 394, sobre el sueco *Victor*, ibidem pág. 435. La "detención preventiva" (*"preventive detention"*) inglesa fue suprimida en 1967 a través de un alargamiento de la pena ("extended term of imprisonment"). También en los anteriores países socialistas eran por lo general desconocidas las medidas de seguridad que comportaran un internamiento indeterminado, pues para la lucha contra la criminalidad reincidente aplicaban largas penas de prisión; vid. *Zlataric'*, ZStW 82 (1970) págs. 222. Antes del cambio, Hungría constituía ya una excepción al conocer diversas medidas de seguridad (también la custodia de seguridad); vid. *Nagy*, ZStW 97 (1985) págs. 426 ss. Sobre todo ello en Derecho español, *Beristain*, Medidas págs. 27 ss., 101 ss.; *Jorge Barreiro*, Las medidas de seguridad, 1976. Un resumen global puede verse en *Jescheck*, Freiheitsstrafe Tomo III págs. 2062 ss.

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

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

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

delincuentes peligrosos, lo que también viene a expresarse con la anteposición de la finalidad *correctiva* de las medidas de seguridad en la rúbrica del Título sexto "Medidas de corrección y aseguramiento". Medidas de seguridad *privativas de libertad* son el internamiento en un hospital psiquiátrico, en un establecimiento de desintoxicación y la custodia de seguridad (§ 61 núms. 1-3). El punto neurálgico de las medidas de seguridad, de acuerdo con el concepto global del sistema sancionador, debería residir en el establecimiento terapéutico-social que estaba previsto para reincidentes peligrosos con graves anomalías de la personalidad, delincuentes sexuales peligrosos, delincuentes tendenciales menores de 27 años y para adecuados infractores inculpables o con culpabilidad disminuida que ya hubieran estado internados en un hospital psiquiátrico (§ 65 en su anterior redacción). Pero la introducción de establecimientos terapéutico-sociales ha traído consigo dificultades inesperadas de naturaleza personal y financiera. Ello se demuestra también con el hecho de que los problemas de orden interno y los métodos terapéuticos aplicables no están suficientemente claros en el nuevo tipo de establecimiento. De este modo, no entró en vigor el internamiento en un centro terapéutico-social como medida de seguridad a disposición del Juez, sino sólo como una simple modalidad en la que podía transformarse la ejecución de la pena de prisión, tal y como venía ocurriendo hasta ahora (Ley de 20.12.1984, BGBl. 1984 I pág. 1654). La disposición decisiva contenida en el § 9 StVollzG previene que el internamiento en un establecimiento terapéutico-social presupone la conformidad del preso y del director del centro que asume la terapia voluntaria de los presos [8] (en relación con su ejecución, §§ 123-126 StVollzG). Para la utilización práctica de las medidas de seguridad posee un significado fundamental el reconocimiento expreso del *principio de proporcionalidad* (§ 62) aunque, desde luego, su presencia también puede deducirse de la vigencia de la prohibición de exceso para el Estado de Derecho (BVerfGE 16, 194 [202]; BGH 20, 232). Se asume la función de protección en el ámbito de las medidas de seguridad que el principio de culpabilidad cumple de modo más intenso en relación con las penas. La interacción entre penas y medidas de seguridad viene a expresar que, por regla general, el Derecho vigente acoge el "sistema vicarial" en la ejecución de las penas de prisión y las medidas de seguridad privativas de libertad, cuando ordena que se abone como pena la medida ejecutada (§ 67) (con exclusión de la custodia de seguridad pensada como una medida de simple protección sin un objetivo de contenido terapéutico) y, simultáneamente, prevé la suspensión de la ejecución de la pena restante una vez cumplida la mitad de su totalidad (§ 67 V). Además, la Sala de Ejecución Penitenciaria (§§ 78 a, b GVG) puede ordenar la ejecución de cualquier otra medida de seguridad "si con ello se puede promover en mejor medida la resocialización del autor" (§ 67 a). Finalmente, se ha creado la posibilidad de suspender a prueba la ejecución de medidas de seguridad privativas de libertad (§§ 67 b y c), incluida la custodia de seguridad. Las medidas de seguridad que *no comportan privación de libertad* (§ 61 núms. 4-6) son la libertad vigilada, la privación del permiso de conducir y la inhabilitación profesional.

II. Justificación y crisis de la doble vía

1. La doble vía de penas y medidas de seguridad no es en principio objetable puesto que la retribución por la culpabilidad y la defensa frente a los peligros son cosas distintas, pero ambas pertenecen a las funciones legítimas del Derecho penal (vid. *supra* § 1 II 2). Sin embargo, las

[8] A favor de la "solución penitenciara" *Kaiser/Dünkel/Ortmann*, ZRP 1982 págs. 198 ss. A favor de la "solución como medida de seguridad" *Schöch* y los "profesores alternativos", ZRP 1982, págs. 207 ss.

medidas de seguridad requieren, al igual que las penas, una **justificación**: no sólo tienen que ser adecuadas a su fin sino que también deben poder ser sostenidas a la luz de la justicia [9]. Por ello debe ser decisiva la idea de que la libertad que la Constitución garantiza a todo ciudadano es "una libertad vinculada a la comunidad". Quien no posee la capacidad de desenvolverse en la sociedad sin poner en grave peligro a otros debe tolerar las limitaciones necesarias de su libertad en interés de la seguridad de todos [10]. Y así, es evidente que en casos de abuso grave puede ser procedente la privación de derechos que asisten a cualquier persona (*idea del merecimiento*). Nadie puede, por ejemplo, exigir querer ejercer una profesión o conducir un automóvil si ha demostrado con la comisión de los correspondientes delitos que carece de los presupuestos mentales, técnicos o caracteriológicos necesarios para ello. En las medidas de seguridad asistenciales, así como el internamiento en un hospital psiquiátrico o en un centro de desintoxicación, la justificación interna del confinamiento reside en la misión del Estado de que personas con defectos corporales o psíquicos que sean criminalmente peligrosas, reciban un tratamiento médico, psicoterapéutico o de mantenimiento que mejore, mitigue o, por lo menos, neutralice su situación (*idea del tratamiento terapéutico*). También en la libertad vigilada (§ 68) se encuentra en un primer plano la *idea de asistencia social* (vid. *infra* § 78 I 1).

Problemática es, por el contrario, la justificación de la custodia de seguridad pues aquí se trata de medidas puramente inocuizadoras sobre delincuentes plenamente culpables motivadas por la protección de la comunidad frente a delitos graves cuya comisión por parte de aquéllos resulta previsible [11]. Decisivo para el mantenimiento de la custodia de seguridad, por la que también el AE (§ 70) se ha decidido, fue últimamente el convencimiento de que no hay un camino más humano para la protección absolutamente necesaria frente a la delincuencia habitual y profesional [12]. El Derecho vigente se ha esforzado en limitar la custodia de seguridad a delincuentes realmente peligrosos, frente a los que la necesidad de seguridad de la población es irrefutable (BT-Drucksache V/4094 pág. 19: "última medida necesaria de la Política criminal") (vid. *infra* § 77 V 1) [13].

2. A pesar de que puede encontrarse una completa fundamentación de las medidas de seguridad, el sistema de la doble vía, cuando de medidas privativas de libertad se trata, tiene que luchar con *dificultades* (**"crisis de la doble vía"**) [14] que, entre otras cosas, reflejan que la custo-

---

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

[10] *Stree*, Deliktsfolgen pág. 222.

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

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

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

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

dia de seguridad, incluso antes de la agravación de sus presupuestos, ha sido siempre ordenada en raras ocasiones (vid. *supra* § 5 V 2). En primer lugar, no puede discutirse que las medidas privativas de libertad suprimen parcialmente la protección que el principio de culpabilidad garantiza al delincuente con la determinación del límite superior de la pena, puesto que aquéllas no se dirigen al culpable sino que se anudan a la peligrosidad posibilitando así intromisiones en la libertad que pueden ser más graves, por lo que resultan más temidas que las propias penas de larga duración. El principio de proporcionalidad (§ 62) no alcanza por sí sólo a ser un contrapeso suficiente. A él deben añadirse la posible interpretación limitativa de sus presupuestos, su escasa utilización en la praxis y el seguimiento intensivo del desarrollo del condenado en el establecimiento con la finalidad de preparar su salida. La segunda dificultad consiste en que las medidas privativas de libertad que no se ejecutan en un centro hospitalario sino en un establecimiento penitenciario (así, la custodia de seguridad de acuerdo con los §§ 129 ss. StVollzG), a causa de las condiciones igualitarias en las que se desarrolla la convivencia de las personas privadas de libertad, no pueden ser distinguidas inequívocamente [15] **("fraude de etiquetas"** [16]). Contra estas objeciones ayuda considerablemente el sistema de intercambio entre pena y medida en la ejecución con el abono sobre la pena del tiempo cumplido durante la medida de seguridad **(sistema vicarial)** y la posibilidad de suspensión a prueba también de esta última. Ambas fueron introducidas en el año 1975 (§§ 67, 67 b, 67 c), pero con exclusión de la aplicación del sistema vicarial a la custodia de seguridad [17].

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

3. Por el contrario, la **vía única** (sistema monista) no se ha impuesto en Alemania (excepción hecha del Derecho penal juvenil) [19] como reacción jurídico-criminal (rechazándolo expresamente en atención al

---

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

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

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

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

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

principio de culpabilidad BT-Drucksache V/4094 pág. 19), a pesar de que esta solución fue defendida por múltiples partidarios [20]. El balance en el extranjero no es del todo positivo sobre la base de las experiencias allí experimentadas [21]. Sin embargo, en las legislaciones modernas la sanción única (pena *o* medida de seguridad) es aplicada total o parcialmente en diversos países como, por ejemplo, Inglaterra [22], Grecia [23], Suecia [24], Bélgica [25], EE.UU y en los anteriores países socialistas [26], entrando en juego motivaciones completamente diferenciadas de carácter político, ideológico y político-criminal. También Francia se conforma con las penas (vid. *supra* § 9 I 1 nota a pie núm. 4).

III. Presupuestos y duración de las medidas de seguridad

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

De este modo, la privación del permiso de conducir (§ 69) únicamente presupone un delito que ha sido cometido con ocasión o en relación con la conducción de un automóvil o por la infracción de los deberes de un conductor. De tal hecho debe deducirse la propia inaptitud del autor para la conducción de vehículos. De acuerdo con el § 69 I 2, aquí está excluida una atención especial a la proporcionalidad (§ 62) para no hacer depender importantes y decisivas medidas para la seguridad del tráfico de consideraciones adicionales de natu-

---

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

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

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

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

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

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

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

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

raleza discrecional. En determinados delitos graves contra la seguridad del tráfico se presume por la Ley la inaptitud para la conducción (§ 69 II). En esta regulación la necesidad de protección de la colectividad está fuertemente situada en un primer plano, motivo por el cual la privación del permiso de conducir es bastante frecuente (vid. *supra* § 5 V 2). Por el contrario, en la custodia de seguridad los presupuestos están fijados de modo tan riguroso (§ 66) a causa de la gravedad de la intromisión y por su necesaria limitación a delincuentes realmente peligrosos, que ello determina que esta medida sea aplicada en muy raras ocasiones (vid. *supra* § 5 V 2). Son necesarios dos antecedentes graves, una permanencia larga en un establecimiento penitenciario, un hecho punible desencadenante grave y la inclinación a la comisión futura de hechos considerablemente graves.

2. En todas las medidas de seguridad la posibilidad de **pronóstico** del comportamiento futuro juega un rol decisivo, pues aquéllas sólo se justifican cuando existe una clara y futura necesidad de seguridad frente al delincuente [28]. También depende de la clase, número y sucesión temporal de los antecedentes, de la personalidad del autor y su desarrollo, así como de las circunstancias de la vida futura del delincuente en la sociedad. El pronóstico no es sólo necesario, sino también *posible* aunque dentro de ciertos límites. También resulta imprescindible en la determinación de la pena (vid., por ejemplo, § 46 I 2 y § 56 I).

En su determinación se utiliza el método intuitivo [29], el estadístico (*sistema de puntos*) [30] y el clínico [31]. El primero de ellos, que principalmente descansa sobre la experiencia de la vida y los conocimientos humanos, es imprescindible en la práctica diaria aunque resulta inexacto. El sistema de puntos suministra en realidad valores estadísticos exactos, pero éstos no pueden ser transferidos automáticamente al caso concreto. El método clínico, que tiene en cuenta la personalidad global del delincuente según la totalidad de los puntos de vista científicos, proporciona los mejores resultados pero resulta lento y costoso [32].

3. Mientras que las penas de prisión enlazan con la culpabilidad pasada del autor y por ello están determinadas de forma precisa, las medidas de seguridad que conllevan privación de libertad se sitúan sobre su peligrosidad futura, por lo que son de **duración indeterminada**. La indeterminación en algunas medidas es absoluta y en otras relativa. De **duración absolutamente indeterminada** es el internamiento en un hospital psiquiátrico (§ 63) y la custodia de seguridad (§ 66) cuando ésta haya sido decretada anteriormente. Por el contrario, existen **plazos máximos** para el internamiento en un centro de desintoxicación (2 años) y para el primer internamiento en la custodia de seguridad (10 años) (§ 67 d I y III) [32 bis].

4. La Sala de Ejecución Penitenciaria puede en cualquier momento comprobar (§§ 463 III, 454, 462 a I StPO) si la continuación de la medida privativa de libertad puede ser **suspendida a prueba** (§§ 67 d II, 67 e I 1). Con anterioridad al transcurso de determinados plazos

---

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

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

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

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

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

[32 bis] El límite máximo de 10 años para el primer internamiento en custodia de seguridad ha sido derogado por la SexualdelBeKG de 26.1.1998 (N del T).

esta comprobación resulta obligatoria (§ 67 e I 2). De esta forma se consigue que la ejecución de medidas de seguridad privativas de libertad tenga lugar sólo por tiempo determinado, durante el cual sean trazadas la necesidad de seguridad de la colectividad y las exigencias de influencia resocializadora sobre el condenado.

Capítulo 2: Las fuentes del Derecho penal

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

v. Amira, Die germanischen Todesstrafen, 1922; *v. Amira/Eckhardt*, Germanisches Recht, Tomo I, 4.ª Ed. 1960; *Bader*, Aufgaben, Methoden und Grenzen einer historischen Kriminologie, SchwZStr 71 (1956) pág. 17; *Bauer/Schlosser* (Edrs.), Ein Leben für Recht, Staat und Politik. Festschrift für A. von Kreittmayr zu seinem 200. Todestag, 1991; *Boldt, J. S. F.* von Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft, 1936; *Brunnenmeister*, Die Quellen der Bambergensis, 1879; *Brunner*, Deutsche Rechtsgeschichte, Tomo I 2.ª Ed. 1906, Tomo II 2.ª Ed. elaborada por *C v. Schwerin*, 1928; *Carlen*, Die Galeerenstrafe in der Schweiz, ZStW 88 (1976) págs. 557 ss.; *Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale* (Ed.), Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy, 1990; *Dahm*, Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, 1931; *el mismo*, Zur Rezeption des römisch-italienischen Rechts, 1960; *Eckhardt*, Sachsenspiegel, 3.ª Ed. 1973; *Engelmann*, Die Schuldlehre der Postglossatoren, 1895; *Gernhuber*, Die Landfriedensbewegung in Deutschland bis zum Mainzer Reichslandfrieden von 1235, 1952; *Güterbock*, Die Entstehung der Carolina, 1876; *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 2.ª Ed. 1994; *v. Hippel*, Beiträge zur Geschichte der Freiheitsstrafe, ZStW 18 (1898) págs. 419, 608; *His*, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, Parte I, 1920; *el mismo*, Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina, 1928, Nachdruck 1967; *Jescheck*, Die Freiheitsstrafe in rechtsvergleichender Darstellung, en: *Jescheck* (Ed.), Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht, Tomo III, 1984, pág. 1939; *Kantorowicz*, Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik, Tomo 2 1926; *Kipper*, Johann Paul Anselm Feuerbach, 2.ª Ed. 1989; *Kneubühler*, Die Überwindung von Hexenwahn und Hexenprozeß, 1977; *Köbler*, Bilder aus der deutschen Rechtsgeschichte, 1988; *Kohler/Scheel* (Edrs.), Constitutio Criminalis Carolina, 1900; *Koschorek* (Ed.), Die Heidelberger Bilderhandschrift, 1970; *Kroeschell*, Die Sippe im germanischen Recht, Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Germ. Abt. 77 (1960) pág. 1; *el mismo*, Deutsche Rechtsgeschichte 1 (hasta 1250), 7.ª Ed. 1985, 2 (1250-1650), 4.ª Ed. 1981, 3 (desde 1650) 1989; *el mismo*, reseña de Rüping, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, ZStW 95 (1983) pág. 145; *Küper* (Ed.), Carl Joseph Anton Mittermaier, 1988; *Kuttner*, Kanonistische Schuldlehre usw., 1935; *Middendorff*, Historische Kriminologie, HWB Krim, Tomo complementario, 1979, pág. 142; *Moos*, Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert, 1968; *Nehlsen*, Entstehung des öffentlichen Strafrechts bei den germanischen Stämmen, en: *Kroeschell* (Ed.), Freiburger Festkolloquium zum 75. Geburtstag von Hans Thieme, 1983, págs. 3 ss; *Radbruch*, Paul Johann Anselm Feuerbach, 2.ª Ed. 1957 (editado por *E. Wolf*); *Radbruch/Gwinner*, Geschichte des Verbrechens, 1951, Neudruck 1990; *Rieß*, Bemerkungen zur Bedeutung des ALR usw., GA 1978, 138; *Rüping*, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 2.ª Ed. 1991; *el mismo*, Geldstrafe und Buße, ZStW 85 (1973) pág. 672; *Schaffstein*, Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina bis zu Carpzov, GS 101 (1932) S. 14; *el mismo*, Die europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus, 1954; *Schild*, Alte Gerichtsbarkeit, 1980; *Eb. Schmidt*, Die Kriminalpolitik Preußens unter Friedrich Wilhelm 1. und Friedrich II., Tesis doctoral, Göttingen 1914; *el mismo*, Die Carolina, Zeitschr. der Savigny-Stiftung, Germ. Abt. 53 (1933) pág. 1; *el mismo*, Inquisitionsprozeß und Rezeption, 1940; *el mismo*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3.ª Ed. 1965; *Schubert*, Die Quellen zum StGB von 1870/71, GA 1982, 191; *Sellert/Rüping*, Studien-und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Tomo 1: Von den Anfängen bis zur Aufklärung, 1989; Tomo 2: Von der Aufklärung bis zur doppelten Staatsgründung, 1994; *Thieme*, Das Gesetzbuch Friedrichs des Großen, DJZ 1936, pág. 939; *el mismo*, Gesammelte Schriften, Tomos I y II, 1986; *v. Weber*, Benedict Carpzov, Festschrift für Ernst Rosenfeld, 1949, pág. 29; *el mismo*, Die Entwicklung des gemeinen deutschen Strafrechts unter besonderer Berücksichtigung spanischer Einflüsse, Studi in memoria di

Paolo Koschaker, Tomo I, 1953, pág. 339; *el mismo*, Influencia de la literatura jurídica española en el derecho penal común alemán, 1953; *el mismo*, Die peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V., Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Germ. Abt. 77 (1960) pág. 288; *Welzel*, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, 1958; *Wilda*, Das Strafrecht der Germanen, 1842; *E. Wolf*, Grotius, Pufendorf, Thomasius, 1927; *el mismo*, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4.ª Ed. 1963.

La construcción del recorrido histórico se realiza conforme a la división usual en la Historia del Derecho; conforme a la msima son diferenciables ocho partes [1] [2].

I. El período germánico

Como todo Derecho en el período germánico que alcanza hasta finales del movimiento migratorio de la población en el siglo VI [3], el Derecho penal era, en la medida en que existiera como tal, un Derecho consuetudinario. Las primeras fuentes jurídicas escritas aparecen en el Imperio franco. La posición jurídica de cada persona estaba determinada por su clasificación según su familia, estirpe y tribu [4]. Los crímenes ("*Missetaten*") conducían básicamente tan sólo a una reacción del ofendido y su clan, promoviendo el cumplimiento de una reparación [5] o la hostilidad entre estirpes (**reparación privada del crimen**). La contienda fue sustituida progresivamente, a causa de sus efectos devastadores sobre la comunidad, por *pactos reparatorios* (entrega de caballos, ganado, armas y, posteriormente, también de dinero de acuerdo con la gravedad del hecho y el rango del ofendido). Posiblemente, de forma temprana una parte del cumplimiento de la reparación iría ya a parar a la colectividad como dinero para la paz (fredus). La *pena pública* parece haberse dado ya en el período germano (tal y como *Tacitus* informa en el capítulo XII de la "Germania") para las infracciones graves de deberes con la comunidad (traición en tiempos de guerra, deserción, cobardía ante el enemigo, crímenes relativos al culto) [6]. Su expansión gradual se vio favorecida contra los esclavos en el marco de la violencia doméstica. La forma e importancia del crimen fueron determinadas básicamente a través del *resultado* exterior ("el hecho mata al hombre"), aunque ya tempranamente se ha distinguido con ayuda de características típicas entre la obra de la voluntad, obra de la casualidad y los casos valorados como especialmente graves clasificados en las categorías históricas de "Neidings o Meinwerk" [7].

---

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

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

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

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

[5] Vid. más detelladamente *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte 1, págs. 43 ss.

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

[7] Acerca de las condiciones de vida sobre las que se fundamentaba el Derecho germano *Köbler*, Bilder págs. 35 ss.

II. El período franco

Esta etapa, que se suele cifrar entre la fundación del Imperio merovingio por Chlodwig (482-511) hasta la división del mismo en el Tratado de Verdún (843), se caracterizó por el surgimiento de un **poder estatal** materializado en el Rey, así como por la preferencia de **fuentes jurídicas escritas** [8]. El reinado se esforzó en hacer retroceder la arbitrariedad privada en la práctica de las contiendas y en configurar los pactos de reparación. El deber de concluir el pacto de reparación hizo desaparecer paulatinamente el Derecho basado en las represalias. Surgieron sanciones pecuniarias fuertes favorecidas por el comienzo de la economía monetaria. Junto a la pena privada del antiguo Derecho consuetudinario se introdujo la *pena pública* a través del Derecho regio y como herencia romana en sus comienzos, puesto que con la ampliación del poder estatal había que proteger también nuevos bienes jurídicos del Estado y de la colectividad (vgr. la fidelidad a la corona, paz pública, religión cristiana, sistema monetario) [9]. Los derechos de la tribu fueron recogidos en la redacción latina de las *leges barbarorum* (por primera vez en la Ley Sálica, en torno al año 500) [10]. Contenían, sobre todo, las sanciones pecuniarias de mayor importancia para los pactos de reparación (*sistema de composición*). Junto a los derechos de la tribu se introdujo gradualmente un Derecho reglamentario regio (*capitulares*) y junto al Tribunal de la tribu, el Tribunal del Rey y el de los condes. La influencia del cristianismo se hizo patente, de un lado, en la promoción de la pena pública por la infracción de intereses de la Iglesia y, de otro, en el reconocimiento del derecho de asilo en iglesias y conventos. La Iglesia se esforzó en el fortalecimiento del poder regio y en la imposición de la jurisdicción criminal a través del Tribunal del Rey y de los condes. Los clérigos fueron los principales encargados de la administración del imperio.

III. La Edad Media

La Edad Media, que se extiende desde la división del Imperio hasta la decadencia del Derecho penal en los siglos XIV-XV, trajo consigo, de una parte, **contratiempos para el desarrollo del Derecho penal** [11] pero también, de otro lado, el gran cambio dirigido al **nacimiento del Derecho penal** [12] (*peinliches Strafrecht*). Como consecuencia del debilitamiento del Imperio desde la lucha por la investidura (a partir del año 1075), pero sobre todo desde el final de la dinastía nobiliaria de los Hohenstaufen (1268), fueron atrofiándose velozmente las aportaciones del período franco hacia una Administración de Justicia penal gobernada por el poder estatal central. El poder punitivo se trasladó a los territorios que más se fortalecían, a las ciudades y a los señoríos cuyo poder disminuía cada vez más, por lo que en lugar de la reparación por la comisión de crímenes a través de sanciones privadas se aplicaba cada vez en mayor medida la pena pública; de este modo, también la influencia del Derecho eclesiástico jugó un papel esencial. La dispersión del poder punitivo trajo como consecuencia una descentralización extraordinaria del Derecho penal, pero también la arbitrariedad y la dureza característica de la Administración de Justi-

---

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

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

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

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

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

cia penal de la Edad Media. Penas corporales y contra la vida de inusitada crueldad para crímenes graves, pena de azotes, estigmas grabados a fuego y picota para delitos leves, caracterizaron al Derecho penal de aquel tiempo [13]. El sistema de contiendas cobró un impulso poderoso dentro de la nobleza, pero se restringió paulatinamente, aunque con notables impedimentos, por medio de leyes de paz territoriales que tuvieron su punto álgido en la Paz Territorial Eterna del año 1495 [14]. La seguridad pública fuera de las ciudades y lugares fortificados estaba amenazada permanentemente. Fueron sobre todo las ciudades interesadas en el comercio y el transporte las que se defendieron con extraordinaria agudeza del abuso del robo y de la piratería, introduciendo en el proceso penal formas sumarias de procedimiento y recurriendo sin consideración alguna al uso de la tortura. La producción jurídica del Imperio se mutiló después de haber desempeñado, hasta la Paz Territorial de Maguncia de 1235, un importante papel para un Derecho penal enmarcado en el movimiento de paz territorial [15]. Pero ya con anterioridad se había favorecido el surgimiento de la pena pública a través de las Treguas divinas, como Ordenamientos cuyo cumplimiento se aseguraba por medio de penas eclesiásticas y, progresivamente, recurriendo también a la pena de muerte y castigos corporales para el quebrantamiento de la paz. Sin embargo, la potestad punitiva residió en los poderes particulares que buscaban determinar el Derecho penal según sus intereses privativos, mediante tradiciones lugareñas y locales completadas y constituidas en su mayor parte por estatutos de Derecho consuetudinario. Significativas manifestaciones de Derecho regional de origen privado (el Espejo de Sajonia de *Eike von Repgow* entre 1220 y 1235 [16], el Espejo de Suabia de 1275 [17]) asumieron en la práctica la misión de las leyes a través de su considerable reconocimiento, aunque sin poder detener el declive de la Administración de Justicia penal.

IV. La recepción del Derecho romano-italiano

Los cambios en el desarrollo del Derecho penal alemán tuvieron lugar con la recepción del redescubrimiento, interpretación y transformación del Derecho romano por la Ciencia del Derecho italiana de la baja Edad Media (glosadores 1100-1250, postglosadores 1250-1450), que como consecuencia de la acogida de los Derechos de las ciudades de Italia del norte y numerosas tradiciones lombardas no estaban muy alejadas de las necesidades político-jurídicas y del sentimiento jurídico de los alemanes [18], y que desde el siglo XIII fue llevado a la práctica en Alemania a través de la Administración de Justicia de la Iglesia. Los motivos de la recepción residieron en la decadencia del sistema jurídico alemán, basada en la creencia de que el Derecho romano, a causa de la posición del Sacro Imperio Romano como continuador del Derecho del antiguo Imperio, sería el legítimo "Derecho imperial"; en el alto tratamiento científico del material jurídico por parte de los juristas italianos (ante todo, por *Albertus Gandinus*, Tractatus de maleficiis,

---

[13] *Schild*, Alte Gerichtsbarkeit págs. 93 ss., 197 ss.

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

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

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

[17] *Köbler*, Bilder pág. 128.

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

1298 [19]); y en el surgimiento de una generación de juristas canónicos y seculares que se formaron en las Facultades de Derecho del norte de Italia (Bolonia, Pavía, Padua) con anterioridad, e incluso tiempo después, en la fundación de las primeras universidades centroeuropeas (Praga 1348, Cracovia 1364, Viena 1365, Heidelberg 1386 y Colonia 1388) [20]. La creación de la Cámara Imperial de Justicia (1495) reforzó el afán de un Derecho imperial unitario. Sobre la base de un Código penal territorial, la Constitutio Criminalis Bambergensis (1507) [21], la grandiosa creación del juez de la Corte de Bamberg *Johann Freiherrn von Schwarzenberg und Hohenlandsberg* [22], fue redactada en idioma alemán la **Constitutio Criminalis Carolina** bajo el título germano de "Keyser Karls des fünfften, und des heyligen Römischen Reichs peinlich Gerichtsordnung", y aceptada en Regensburgo en el año 1532 por el Parlamento Imperial [23]. Fue "materialmente, en su esencia, obra de Schwarzenberg" (*Eberhardt Schmidt*) y permanece "como muestra extraordinaria y poderosa de la legislación alemana en la época de la recepción del cambio de la Edad Media al Nuevo Régimen"(*v. Hippel*). La Carolina fue, ante todo, una Ordenanza del proceso penal que debió superar los inconvenientes de la Administración de Justicia, aunque también contenía las principales disposiciones sobre los delitos y su castigo [24]. Como Ley imperial condujo hacia el éxito a la concepción jurídico-pública de la pena y originó el reconocimiento del Derecho penal como una institución jurídica que ya no dependiera de la arbitrariedad del más fuerte, sino que tenía que servir al bien común y corresponderse con las necesidades de justicia de la colectividad (art. 104). En la Carolina ya son reconocidos importantes conceptos básicos de la Parte General y también, aunque parcialmente, se formulan con un lenguaje vigoroso y expresivo aspectos tales como el principio de culpabilidad, determinadas causas de justificación, la tentativa y la participación. La descripción de los tipos delictivos fue recogida con frecuencia en el Derecho nacional. En el Derecho procesal al menos fue emprendido un intento de reforma a través de la nueva ordenación del proceso inquisitorial, especialmente por medio de la comprobación de los presupuestos de la tortura [25].

V. El Derecho común

A pesar de la cláusula de salvedad contenida en el prefacio de la Carolina en beneficio de los poderes territoriales "antiguos, justos y de uso consentido", el nuevo Derecho imperial se impuso en la Administración de Justicia penal gracias a su cualidad superior en relación con los Derechos particulares, y llegó a regir como fuente jurídica subsidiaria en algunos territorios alemanes hasta el StGB de 1870 de la Federación del Norte. Allí donde surgieron las codificaciones propias de los Estados territoriales, éstas tomaron como riguroso modelo a la Carolina que, con ello, llegó a completarse con las Ordenanzas imperiales de policía de 1530, 1548 y 1577 con sus numerosas disposiciones penales para la protección del "buen orden"; de este modo, la Carolina

---

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

[20] Vid. *Dahm*, Zur Rezeption des römisch-italienischen Rechts, 1960.

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

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

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

[24] *Rüping*, Grundriß págs. 38 ss.

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

sirvió de base para el Derecho común hasta el gran movimiento codificador acaecido en el cambio del siglo XVIII al XIX. Lo nuevo que resulta digno de atención en esta época es el surgimiento de una **Ciencia del Derecho penal** alemana, sobre la base y en relación con la Ciencia jurídica común europea. Su modelo fueron las teorías de los juristas italianos y españoles, entre los cuales *Julius Clarus* (1525-1575), *Tiberius Decianus* (1509-1582) [26] y *Didacus Covarrubias* (1517-1577) [27] han tenido una influencia especial en Alemania. Además, una fuente importante de la Ciencia del Derecho penal emergente fue el **Derecho canónico**, que estaba presente con la jurisprudencia de los Tribunales eclesiásticos, la relativa a la confesión y la Teología moral. En especial, el principio de culpabilidad del Derecho común se ha desarrollado tanto a partir del Derecho romano como del canónico [28]. Los configuradores más significativos de la Ciencia del Derecho penal alemana del siglo XVII fueron *Benedict Carpzov* (1595-1666) con su obra principal "Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium" (1635) [29], en el siglo XVIII *J.S.F. von Böhmer* (1704-1772) con los "Elementa jurisprudentiae criminalis" (1732) [30], así como *Christian Thomasius* (1655-1728) que con su lucha en contra de la opresión teocrática, las supersticiones y absurdas creencias en las brujas [31] ha sido un precursor de la Ilustración [32]. No obstante, el impulso de la Ciencia, que ya alcanzó a conocer un sistema teórico deductivo [33], vino acompañado de una *decadencia de la praxis del Derecho penal.* La crueldad de las penas corporales y de muerte [34], la absoluta incertidumbre de la poena extraordinaria y las penas de sospecha, a través de la introducción de la absolutio ab instantia (en lugar de la absolución) y, en fin, la utilización sin escrúpulos del tormento, condujo a un temido régimen caracterizado por un Poder Judicial que poseía la más absoluta libertad para la arbitrariedad. En la Alemania del siglo XVII la introducción de la pena de prisión, que tomó como modelo el presidio de Amsterdam (1595), constituyó un cierto contrapeso frente a la dureza de la praxis jurídico-penal anunciándose así la llegada del cambio inminente [35].

VI. La Ilustración

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

tración de Justicia. El pensamiento racional del Derecho natural condujo a la pregunta acerca del sentido y finalidad del Derecho criminal, el ideal humanitario al triunfo de la pena de prisión (cuyas imperfecciones en la ejecución han sido siempre visibles [36]), la secularización del Derecho penal a la división entre el Derecho y la religión, y la vinculación entre el poder punitivo con la teoría del contrato del Estado al principio de legalidad. La Ilustración fue protagonizada por una literatura político-jurídica magnífica, cuyos principales representantes en Francia han sido *Montesquieu* ("Esprit des lois", 1748), *Voltaire* ("Prix de la justice et de l'humanité", 1777) y *Rousseau* ("Contrat social", 1762) aunque este último nació en Ginebra, en Inglaterra, *Bentham* ("Introduction to the principles of morals and legislation", 1780), en Italia *Beccaria* ("Dei delitti e delle pene", 1764) y en Austria *Joseph v. Sonnenfels* ("Über die Abschaffung der Tortur", 1775). En Alemania deben ser mencionados especialmente *Samuel Pufendorf* (1632-1694) con su teoría iusnaturalista de la libertad y la imputación [37], *Christian Wolff* (1769-1754) como el gran sistemático del Derecho natural y *F.K. Hommel* (1722-1781) como el precursor del principio de proporcionalidad entre el delito y la pena. El cierre y, simultáneamente, el punto álgido de la Ilustración para el Derecho penal viene constituido por el más significativo de los criminalistas de la primera mitad del siglo XIX, *Paul Johann Anselm v. Feuerbach* (1775-1833), que fundó la Dogmática jurídico-penal moderna por su claridad conceptualizadora y la construcción de un sistema encerrado en sí mismo (Revision 1799/1800); Lehrbuch 1801) [38]. En la legislación destaca Prusia, que ya en el año 1740 bajo el reinado de *Federico el Grande* había abolido la tortura, con el Derecho territorial general (1794), cuya parte dedicada a las disposiciones penales (Parte II, Título XX) fue redactada por *Suarez* [39] y *Klein* [40]. En Baviera surgió el Codex juris criminalis Bavarici (1751) creado por *v. Kreittmayr* [41] y en Austria la Constitutio Criminalis Theresiana (1768). Mientras que los tres códigos citados constituyeron el cierre de la época del Absolutismo ilustrado [42], el Proyecto de Código penal de 1813 para el Reino de Baviera realizado por *Feuerbach* junto con el Código penal de 1810 fueron el modelo más importante de la codificación del siglo XIX. El Derecho penal se sometió al dominio del principio de legalidad formulado por *Feuerbach* (nullum crimen, nulla poena sine lege).

VII. La época de los Derechos penales particulares

Al StGB bávaro de 1813 le siguieron como aportaciones principales de los Estados particulares alemanes el Código criminal para el Reino de Sajonia (1838, 1855, 1868), el Código criminal para el Reino de Hannover (1840), el Código criminal para el Ducado de Braunschweig (1840), el StGB de Baden (1845), el StGB de Turingia (1850) y, sobre todo, el **Código penal**

---

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

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

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

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

[40] *Rieß*, GA 1978, 138.

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

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

para los Estados prusianos de 1851 que fue redactado en parte bajo la dirección de *Savigny* y recibió la influencia del Código penal francés de 1810 aunque sin asumir su dureza preventivo-general [43]. La **Ciencia del Derecho penal** del siglo XIX, a la que en especial hay que agradecer el mantenimiento de la unidad del Derecho penal a pesar de su dispersión territorial, alcanzó una considerable amplitud y altura con *Mittermaier* (1787-1867) [44], *v. Wächter* (1797-1880), *Köstlin* (1813-1856), *Hälschner* (1817-1889), *Luden* (1810-1880), *Berner* (1818-1907) y *v. Bar* (1836-1913). Sus teorías constituyeron la fase preparatoria de la Dogmática penal que fundamenta el Derecho vigente (vid. *infra* § 22 I).

VIII. El origen del Código penal imperial de 1871

El Código penal imperial alemán de 1871 no fue de nueva creación, sino que tan sólo extendió la validez del StGB de la Federación del Norte a los Estados sureños que habían ingresado en dicha Federación por medio de los Tratados del mes de noviembre de 1870. Pero también el StGB de la Federación del Norte fue, por su parte, tan sólo una reelaboración del StGB prusiano de 1851 cuyas raíces se remontan a la primera mitad del siglo XIX [45]. A pesar de que el RStGB de 1871 se dirigió más hacia el pasado que hacia el futuro y de que la **necesidad de su reforma** en atención al gran cambio de las relaciones sociales, hizo emerger el refinamiento de la Dogmática y el surgimiento de la Criminología, fue continuamente renovado, completado y adaptado por leyes de reforma [46], extendiendo su validez hasta el 31.12.1974, y sigue estando vigente todavía en la actualidad en ámbitos extensos de la Parte Especial si bien con profundas modificaciones (en relación con el origen del Código penal imperial alemán vid., más detalladamente, la 2.ª Ed. pág. 74 de esta obra).

§ 11 La reforma del Derecho penal material alemán

Achenbach, Kriminalpolitische Tendenzen in den jüngeren Reformen, JuS 1980, pág. 81; *H.-J. Albrecht*, Ansätze und Perspektiven für die gemeinnützige Arbeit, BewH 1985, pág. 121; *H.-J. Albrecht/Heine/Meinberg*, Umweltschutz durch Strafrecht? ZStW 96 (1984) pág. 943; *Bacigalupo*, Die spanische und iberoamerikanische Strafrechtsreform usw., en: *Lüttger* (Ed.), Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung, 1979, pág. 115; *Baumann*, Die große Reform im Strafrecht, en: *Nörr* (Ed.), 40 Jahre Bundesrepublik Deutschland, 1990, pág. 293; *Burgstaller*, Die Strafrechtsreform Österreichs usw., en: *Lüttger* (Ed.), Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung, 1979, pág. 39; *el mismo*, Das neue österreichische Strafrecht in der Bewährung, ZStW 94 (1982) pág. 723; *Eser/Kaiser/E. Weigend* (Edrs.), Vom totalitären zum rechtsstaatlichen Strafrecht, 1993; *Gallas*, Der dogmatische Teil des AE, ZStW 80 (1968) pág. 1; *Glazebrook*, Criminal Law Reform: England, en: *Kadish* (Ed.), Encyclopedia of Crime and Justice, Tomo 2, 1983, pág. 490; *Ph. Graven*, Die Zukunft des Freiheitsentzugs im schweizerischen und deutschen Strafrecht, ZStW 80 (1968) pág. 198; *Grünwald*, Sicherungsverwahrung usw. im E 1962, ZStW 76 (1964) pág. 633; *el mismo*, Das Rechtsfolgensystem des AE, ZStW 80 (1968) pág. 89; *Gruschmann*, Justiz im Dritten Reich, 1988; *Hassemer*, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, pág. 378; *Herzog*, Gentechnologie-Forschungskontrolle durch Strafrecht? ZStW 105 (1993) pág. 727; *Hirsch*, Bilanz der Strafrechtsreform, Gedächtnisschrift für Hilde

---

[43] Acerca del Derecho penal de tales territorios *Rüping*, Grundriß págs. 79 ss.

[44] *Küper* (Ed.), Carl Joseph Anton Mittermaier, 1988.

[45] Sobre los trabajos de la Comisión parlamentaria *Schubert*, GA 1982, págs. 191 ss.

[46] Vid. el resumen de *Dreher/Tröndle*, StGB, págs. LXIII ss.; además, *LK* (11.ª) (*Jescheck*) Introducción, núms. 48 ss.

Kaufmann, 1986, pág. 133; *el mismo*, Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen? en: *Kühne/Miyazawa* (Edrs.), Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich, 1995, pág. 9; *Horstkotte*, Die Anfänge der Strafrechtsreform usw., en: Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz, 1977, pág. 325; *Jescheck*, Die weltanschaulichen und politischen Grundlagen des E 1962, ZStW 75 (1963) pág. 1; *el mismo*, Die kriminalpolitische Konzeption des AE, ZStW 80 (1968) pág. 54; *el mismo*, Strafen und Maßregeln des Musterstrafgesetzbuchs für Lateinamerika, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 717; *el mismo*, Strafrechtsreform in Deutschland, SchwZStr 91 (1975) pág. 1; *el mismo*, Das neue Strafrecht im internationalen Zusammenhang, Jahrbuch der Max-Planck-Gesellschaft 1975, pág. 49; *el mismo*, Das neue deutsche Strafrecht in der Bewährung, Jahrbuch der Max-Planck-Gesellschaft 1980, pág. 18; *el mismo*, Strafrechtsreform in Deutschland, Allg. u. Bes. Teil, SchwZStr 100 (1983) pág. 1; *el mismo*, Criminal Law Reform: Continental Europe, en: *Kadish* (Ed.), Encyclopedia of Crime and Justice, Tomo 2, 1983, pág. 483; *el mismo*, Politique criminelle moderne en Europe occidentale, Archives de politique criminelle, Nr. 7, 1984, pág. 23; *el mismo*, Le nouveau droit pénal allemand mis à l' épreuve, ibidem, Nr. 8, 1985, pág. 155; *el mismo*, Homosexualität (rechtlich), en: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, Tomo 3, 1987, pág. 3; *el mismo*, Die Schuld im Entwurf eines StGB für England und Wales usw., Festschrift für R. Schmitt, 1992, pág. 56; *el mismo*, Das niederländische StGB im internationalen Zusammenhang, en: *van Dijk* y otros (Edrs.), Criminal Law in Action, 1986, pág. 5; *el mismo*, Der Allg. Teil des Entwurfs eines polnischen StGB von 1990 usw., Festschrift für G. Spendel, 1992, pág. 849; *el mismo*, Zur Reform des Allg. Teils des tschechoslowakischen StGB usw., Festschrift für J. Baumann, 1992, pág. 543; *Jung*, Das Strafvollzugsgesetz, JuS 1977, p.. 203; *Kaiser*, Zur kriminalpolitischen Konzeption der Strafrechtsreform, ZStW 78 (1966) pág. 100; *el mismo*, Entwicklungstendenzen des Strafrechts, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 25; *el mismo*, Tendenzen der Entwicklung des heutigen Strafrechts, 1973; *el mismo*, Die Fortentwicklung der Methoden und Mittel des Strafrechts, ZStW 86 (1974) pág. 349; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik im AE, ZStW 80 (1968) pág. 54; *Arthur Kaufmann*, Die Irrtumsregelung im E 1962, ZStW 76 (1964) pág. 543; *el mismo*, (Ed.), Gustav Radbruch. Gesamtausgabe, Tomo 9, Strafrechtsreform, 1992; *Kriger*, Entwicklungstendenzen der sowjetischen Strafgesetzgebung, en: *Jescheck/Kaiser/Eser* (Edrs.), Zweites deutsch-sowjetisches Kolloquium, 1984, pág. 367; *Kühne* (Ed.), Opferrechte im Strafprozeß. Ein europäischer Vergleich, 1988; *Kuhlen*, Umweltstrafrecht-auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW 105 (1993) pág. 697; *Lenckner*, Der Besondere Teil des StGB, seine Liberalisierung und ihre Grenzen, 1990; *Marinucci*, Probleme der Reform des Strafrechts in Italien, ZStW 94 (1982) pág. 349; *Marxen*, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, 1975; *H. Mayer*, Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962; *Messerschmidt/Wüllner*, Die Wehrmachtjustiz im Dienste des Nationalsozialismus, 1987; *Mir Puig*, Das Rechtsfolgensystem im spanischen Entwurf eines StGB, ZStW 93 (1981), pág. 1293; *Möhrenschlager*, Das OrgKG-eine Übersicht nach amtlichen Materialien, wistra 1992, págs. 281, 326; *Moos*, Die Reformbewegung des Strafrechts in Österreich usw., Festschrift für W. Wilburg, 1975, pág. 253; *Naucke*, Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung, 1975; *el mismo*, Über deklaratorische, scheinbare und wirkliche Entkriminalisierung, GA 1984, pág. 199; *Noll*, Diskussionsvotum an der Strafrechtslehrertagung 1964 in Hamburg, ZStW 76 (1964) pág. 707; *Pagliaro*, Verso un nuovo Codice penale? Indice penale 1992, pág. 15; *Peters/Lang-Hinrichsen*, Grundfragen der Strafrechtsreform, 1959; *Pillsbury*, Understanding Penal Reform, Journal of Criminal Law 80 (1989) pág. 726; *Regge/Schubert* (Edrs.), Quellen zur Reform des Straf-und Strafprozeßrechts, II. Abt., Tomos 1, 1; 2, 1, 1988; Tomos 1, 2, 1990; *Reifner/Sonnen* (Edrs.), Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich, 1984; *Rieß*, Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts, Festschrift für K. Schäfer, 1980, pág. 155; *Rostad*, Les traits actuels de la politique criminelle en Norvège, Archives de politique criminelle, Nr. 6, 1983, pág. 209; *Roxin*, Die Behandlung des Irrtums im E 1962, ZStW 76 (1964) pág. 582; *Rüping*, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 2.ª Ed. 1991; *el mismo*, "Streng, aber gerecht" usw., JZ 1984, pág. 815; *el mismo*, Strafjustiz im Führerstaat, GA 1984, pág. 297; *el mismo*, Bibliographie zum Strafrecht im Nationalsozialismus, 1985; *Rüthers*, Entartetes Recht, 2.ª Ed. 1989; *Säcker* (Ed.), Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, 1992; *Schittenhelm*, Die Reform des Allgemeinen Teils des sowjetischen Strafrechts, ZStW 101 (1989) pág. 675; *la misma*, Strafe und Sanktionensystem im sowjetischen Recht, 1994; *Schroeder*, Das 29. Strafrechtsänderungsgesetz-§§ 175, 182, NJW 1994, pág. 1501; *Schultz*, Kriminalpolitische Bemerkungen zum E 1962, JZ 1966, pág. 113; *el mismo*, Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allg. Teils des Schweiz. StGB, 1957; *el mismo*, Où esr la

neige d'anstan usw., Festschrift für J. Baumann, 1992, pág. 431; *Schwartz,* Criminal Law Reform: United States, en: *Kadish* (Ed.), Encyclopedia of Crime and Justice, Tomo 2, 1983, pág. 513; *Seidl,* Der Streit um den Strafzweck zur Zeit der Weimarer Republik, 1974; *Sieber,* Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, ZStW 103 (1991) pág. 957; *Spendel,* Rechtsbeugung durch Rechtsprechung, 1984; *el mismo,* Unrechtsurteile der NS-Zeit, Festschrift für H. H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 179; *Spinellis,* Die Entwicklung des griechischen Strafrechts, ZStW 95 (1983) pág. 459; *Spotowski,* Die Vorbereitung der Strafrechtsreform in Polen, ZStW 94 (1982) pág. 747; *Steyn,* The Punishment Scene in South Africa, en: Essays in Honour of Sir Leon Radzinowicz, 1974, pág. 527; *Stile,* Neue italienische Kriminalpolitik nach dem Strafrechtsreformgesetz, ZStW 96 (1984) pág. 172; *Stolleis,* Recht im Unrecht, 1994; *Stratenwerth,* Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts? ZStW 105 (1993) pág. 679; *Terhorst,* Polizeiliche Vorbeugungshaft im Dritten Reich, 1985; *Thornstedt,* Die Strafrechtsreform der skandinavischen Staaten, en: *Lüttger* (Ed.), Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung, 1979, pág. 66; *Tiedemann,* Die Fortentwicklung der Methoden und Mittel des Strafrechts, ZStW 86 (1974) pág. 303; *el mismo,* Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht, NJW 1993, pág. 23; *Tröndle,* Soziale Indikation Rechtfertigungsgrund? Jura 1987, pág. 66; *Verhaegen,* La révision du Code pénal belge usw., SchwZStr 98 (1981) pág. 1; *Vogler,* Das neue Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, NJW 1983, pág. 2114; *Wassermann,* Einleitung, en: *Arthur Kaufmann* (Ed.), Gustav Radbruch. Gesamtausgabe, Tomo 9, Strafrechtsreform, 1992, pág. 1; *Wehrle,* Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, 1989; *Ewa Weigend,* Neue Entwicklungen im polnischen Straf, Strafprozeß-und Jugendstrafrecht, ZStW 96 (1984) pág. 188; *Thomas Weigend,* Das Opferschutzgesetz usw., NJW 1987, pág. 1170; *el mismo,* Strafrecht durch internationale Vereinbarungen usw., ZStW 105 (1993) pág. 774; *Welzel,* Diskussionsbemerkungen zur Irrtumsregelung im Entwurf, ZStW 76 (1964) pág. 619; *Zieschang,* Das Strafensystem in der Reform des französischen Strafrechts im Vergleich mit dem deutschen Strafrecht, 1992.

La **reforma del Derecho penal material** ha **concluido** en su primera parte con la promulgación de la nueva redacción del StGB con fecha de 10.3.1987 (BGBl. I pág. 945). Las materias de la Parte Especial que todavía han quedado sin modificar serán asimismo reformadas poco a poco. Un paso especialmente importante lo dio la Ley para la lucha contra el tráfico ilegal de estupefacientes y otras formas de manifestación de la criminalidad organizada (OrgKG) de 15.7.1992 (BGBl. I pág. 1302). En la misma dirección camina la Ley para la lucha contra el delito de 28.10.1994 (BGBl. I pág. 3186), aunque a través del reforzamiento de la reparación del daño en el sistema de sanciones también ha avanzado por el camino de la descriminalización. La Ley de asistencia jurídica internacional en causas penales de 23.12.1982 (BGBl. I pág. 2071) [1] constituye un complemento del Derecho penal internacional del StGB (§§ 3-7, 9). La parte principal de la **Ley penitenciaria** de 16.3.1976 (BGBl. I pág. 581) ha entrado en vigor el 1.1.1977 [2]. Por el contrario, el **proceso penal** aguarda todavía una reforma global para cuya ejecución parece faltar por el momento un concepto claro. No obstante, en un pasado reciente algunas materias concretas han sido objeto una nueva regulación, en especial a través de la 1. StVRG de 9.12.1974 (BGBl. I pág. 3393, 3533), la Ley que complementa a ésta de 20.12.1974 (BGBl. I pág. 3686), la StVÄG de 5.10.1978 (BGBl. I pág. 1645) y la Ley de protección de las víctimas en su redacción de 7.4.1987 (BGBl. I pág. 1074) [3]. Modificaciones adicionales han traído consigo la OrgKG, la Ley para la descarga de la Administración de Justicia de 11.1.1993 (BGBl. I pág. 50) y la Ley para la lucha contra el delito. No obstante, debe ser emprendida una reforma

[1] En relación con su contenido *Vogler,* NJW 1983, pág. 2114.

[2] Sobre su contenido *Jung,* JuS 1977, págs. 203 ss.

[3] Al respecto, *Th. Weigend,* NJW 1987, pág. 1170, así como *Kühne* (Ed.), Opferrechte im Strafprozeß, 1988.

global del proceso penal [4]. La reforma de todas estas materias demuestra ya un esfuerzo global del legislador que en el contexto del Derecho comparado devuelve al Derecho penal alemán, incluyendo también al proceso penal, a la ejecución de la pena y al Derecho de contravenciones, el rango que anteriormente poseía.

I. La reforma hasta la Primera Guerra Mundial

Durante la etapa del Imperio se introdujeron unas pocas novedades en el StGB motivadas por las circunstancias temporales de la época. La reforma global tuvo que ser preparada a través de un Proyecto (1909) en el que todavía eran dominantes las ideas de la Escuela clásica, al que los profesores *Kahl, v. Lilienthal, v. Liszt* y *James Goldschmidt* opusieron un Contraproyecto (1911) más avanzado. La primera Comisión de Derecho penal redactó el Proyecto de 1913 que, sin embargo y como consecuencia de la Primera Guerra Mundial, no siguió adelante en el proceso legislativo (vid., más detelladamente, la 2.ª Ed. de esta obra págs. 75, 81).

II. La labor de reforma político-criminal de la República de Weimar

1. La **renovación política** del Imperio tras la derrota de la Guerra Mundial, el esfuerzo del Gobierno en una mejora radical en el ámbito de la política social, la influencia creciente de la Escuela Moderna del Derecho penal sobre la opinión pública y la entrada en la política activa de penalistas teóricos (*Radbruch, Kahl*), trajeron consigo la labor de reforma de la República de Weimar que hasta la gran reforma contemporánea constituyó la base del Derecho penal alemán. La nueva configuración de la pena de multa, la creación de un Derecho penal juvenil especial, la reforma penitenciaria y la introducción de la cancelación de los antecedentes penales con vistas a la rehabilitación del condenado, fueron las principales conquistas de la legislación de aquella época. El complemento de la pena con las medidas de seguridad fue ya preparado por los distintos proyectos (vid., para más detalle la 2.ª Ed. de esta obra, pág. 75) [5].

2. Los **trabajos de reforma global** del Derecho penal continuaron a través de varios proyectos. El de 1919, que supuso una revisión de la redacción del Proyecto de 1913, trajo consigo avances esenciales en la dirección de la Escuela Moderna, aunque en este punto fue ampliamente superado por el Proyecto de 1922 redactado personalmente por *Gustav Radbruch*, por aquel entonces Ministro de Justicia [6]. Los Proyectos oficiales de 1925 y 1927 significaron un repliegue parcial a las posturas básicas más tradicionales. El prometedor Proyecto de 1930, redactado por la Comisión de Derecho penal del Parlamento Imperial (*Reichstag*) bajo la dirección de *Wilhelm Kahls* y que había adquirido ya el carácter de un verdadero compromiso, fracasó por la disolución del *Reichstag* en el año 1932. Este revés supuso el propio hundimiento de la reforma del Derecho penal de la República de Weimar (vid., en más detalle la 2.ª Ed. de esta obra, págs. 81 ss.) [7].

---

[4] En este sentido *Rieß*, Schäfer-Festschrift págs. 155 ss.

[5] Los enfrentamientos intelectuales durante estos pocos, aunque decisivos años para el destino de Alemania, se reflejaron también en las discusiones en torno a la reforma del Derecho penal; vid. *Seidl*, Der Streit um den Strafzweck, 1974. Una perspectiva histórica de la reforma penal la suministra *LK* (11.ª) (*Jescheck*) Introducción, núms. 48 ss.; *Horstkotte*, Anfänge der Strafrechtsreform págs. 332 ss.

[6] Acerca de la obra de Radbruch *Wassermann*, Einleitung págs. 21 ss., en: *Arthur Kaufmann* (Ed.), Gustav Radbruch. Gesamtausgabe, Tomo 9. Sobre el Proyecto de *Radbruch* de 1922, anotaciones propias, ibídem págs. 136 ss.

[7] *LK* (11.ª) (*Jescheck*) Introducción, núms. 66 ss.

III. La reforma del Derecho penal durante la época del nacional-socialismo y la reacción de las fuerzas de ocupación

1. De los *profundos ataques del régimen totalitario* al Derecho penal tan sólo unos pocos han sido duraderos. La ley de delincuentes habituales de 1933 asumió de los anteriores proyectos las medidas de aseguramiento y corrección, la atenuación facultativa en casos de imputabilidad disminuida (§ 51 II en su redacción anterior) y la disposición penal en contra de la embriaguez plena (§ 330 a, en su anterior redacción). La Ordenanza de unificación del Derecho penal (StrafrechtsangleichungVO) de 1943 introdujo la limitación de la accesoriedad en la participación (§ 50 I, en su antigua redacción). La JGG de 1943 llevó a efecto una concepción moderna del Derecho criminal juvenil que, todavía parcialmente, fundamenta la vigente JGG de 1953. Por el contrario, el Proyecto de 1936 redactado por la Comisión oficial de Derecho penal no fue promulgado por el Gobierno del Imperio porque, entretanto, las fuerzas radicales habían obtenido la mayoría (vid. más detalladamente, la 2.ª Ed. de esta obra, págs. 75 ss.) [8]. Los trabajos dirigidos a la elaboración de un proyecto fueron continuados durante la guerra en el Ministerio de Justicia y, de hecho, fructificaron en el año 1944 con otro proyecto de Código penal que debería entrar en vigor en el año 1945 [9].

2. Por medio de la Ley del Consejo de Control núm. 11 del año 1946, las *fuerzas de ocupación* eliminaron la admisibilidad de la analogía, la determinación alternativa del hecho (§§ 2, 2b en su anterior redacción), así como la medida consistente en la castración de peligrosos delincuentes sexuales (§ 42 k en su anterior redacción). Debido a la permanente profundización en la división de Alemania en la República Federal y en la República Democrática, desde el año 1949 se perdió la unidad jurídica en el ámbito del Derecho penal (vid. 2.ª Ed. de esta obra, § 9). Ésta fue recuperada en el año 1990.

IV. La labor de reforma durante la República Federal

Ante todo, la legislación de la República Federal ha renovado progresivamente la Parte General del StGB, emprendiendo así una **reforma global** a través de la 1. StrRG de 25.6.1969 (BGBl. I pág. 645), la 2. StRG de 4.7.1969 (BGBl. I pág. 717) y la EGStGB de 2.3.1974 (BGBl. I pág. 469). La Parte Especial fue asimismo profundamente transformada por la citada Ley introductoria (EGStGB) y numerosas leyes de reforma penal, aunque el desarrollo en este ámbito no está todavía concluido [10].

En el ámbito de la Parte General, la Constitución ya había abolido la pena de muerte (art. 102 GG) y elevado a derecho fundamental la *determinación legal de los delitos y las penas* (art. 103 II GG) [11]. La primera

---

[8] *LK* (11.ª) (*Jescheck*) Introducción, núms. 50 ss., 70. Vid. los Proyectos elaborados entre 1933 y 1936 y los protocolos de la Comisión de Derecho penal 1933-34 con las bases de las deliberaciones en: *Regge/Schubert* (Edrs.), Quellen, Abt. II, Tomo 1, pág. 1; 2, 1, 1988; Tomo 1, 2, 1990, págs. 617 ss. En relación con las intensas discusiones acerca del Derecho penal y su aplicación en la época nacional-socialista: *Marxen*, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, 1975; *Rüping*, Grundriß págs. 94 ss.; *el mismo*, JZ 1984, págs. 815 ss.; *el mismo*, GA 1984 págs. 297 ss.; *el mismo*, Bibliographie, 1985; *Spendel*, Rechtsbeugung durch Rechtsprechung, 1984; *el mismo*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 179 ss.; *Terhorst*, Vorbeugungshaft im Dritten Reich, 1985; *Reifner/Sonnen* (Edrs.), Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich, 1984; *Gruschmann*, Justiz im Dritten Reich, 1988; *Rüthers*, Entartetes Recht, 1989; *Säcker*, Recht und Rechtslehre, 1992; vid., además, la discutida obra de *Messerschmidt/Wüllner*, Die Wehrmachtjustiz im Dienste des Nationalsozialismus, 1987.

[9] Sobre ello *Wehrle*, Justiz-Strafrecht págs. 661 ss.; acerca del Derecho penal durante el nacional-socialismo vid., además, *Stolleis*, Recht im Unrecht págs. 29 ss., 221 ss., 233 ss.

[10] Un resumen global puede encontrarse en *Jescheck*, SchwZStr 91 (1975) págs. 1 ss.; *el mismo*, SchwZStr 100 (1983) págs. 1 ss.; para una valoración de conjunto vid. *Hirsch*, Hilde-Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 157 ss. y *Baumann*, Die große Reform págs. 293 ss.

[11] Vid. *Maunz/Dürig*, art. 102 núm. 4, art. 103 núm. 98.

Ley para la protección del tráfico vial de 19.12.1952 (BGBl. I pág. 832) creó como nueva medida de seguridad la *privación del permiso de conducir* (§ 42 m en su anterior redacción). La 3. StÄG de 4.3.1953 (BGBl. I pág. 753) dio el paso más importante hacia la modernización del sistema de sanciones con la introducción de la *suspensión condicional de la pena* (§ 23 en su anterior redacción) y de la *libertad condicional* (§ 26 en su anterior redacción), vinculando asimismo a los delitos cualificados por el resultado (por ejemplo, §§ 224, 239 II, III) al requisito de la imprudencia para salvaguardar el principio de culpabilidad (§ 56 en su anterior redacción). La segunda Ley sobre protección del tráfico vial de 26.11.1964 (BGBl. I pág. 921) trajo consigo la *prohibición de conducir* como pena accesoria en los delitos relativos al tráfico de vehículos a motor (§ 37 en su anterior redacción), así como un endurecimiento de las disposiciones relativas a la privación del permiso de conducir (§ 42 m II en su anterior redacción).

El desarrollo del Derecho penal juvenil fue continuado con la introducción en la JGG de 4.8.1953 (BGBl. I pág. 751) de la categoría de los *semiadultos* hasta la finalización de los 21 años de edad (§ 105 JGG). A través de la OWiG de 15.3.1952 (BGBl. I pág. 177) se inició la *descriminalización del Derecho penal de bagatela*, prosiguiendo ésta por medio de la OWiG de 24.5.1968 (BGBl. I pág. 481) (vid. *supra* § 7 V 1). La EGOWiG de la misma fecha (BGBl. I pág. 503) comportó la reforma de las *disposiciones sobre el comiso* (§§ 40-42 en su redacción anterior). La *reforma penitenciaria* fue introducida con la adopción y armonización de una ordenación común para los distintos *Länder* del servicio y la ejecución, que concluyó con la Ley penitenciaria de 16.3.1976 (BGBl. I pág. 581).

2. **El día 1 de enero de 1975** entró en vigor en Alemania una **nueva redacción del Código penal** (promulgado con fecha de 2.1.1975, BGBl. I pág. 1). La **Parte General** fue completamente transformada, cambiando también el orden y la numeración de sus parágrafos. Asimismo, la Parte Especial fue profundamente renovada aunque manteniéndose en su esencia la actual ordenación de las materias y de los números de los parágrafos, para no dificultar innecesariamente el trabajo en la praxis. El **10.3.1987** tiene lugar la **promulgación** de un nuevo texto (BGBl. I pág. 945) que incorpora las numerosas reformas y cambios introducidos con posterioridad al año 1975.

a) La labor de renovación normativa alemana se produce en el marco de un gran **movimiento internacional** de reforma que tuvo lugar desde finales de los años cincuenta [12]. Éste perseguía la transformación del Derecho penal de modo que pudiera dar mejor cabida al cambio de las relaciones sociales en la época de una sociedad pluralista, a la técnica y a la puesta en peligro de la existencia humana con la destrucción del medio ambiente; del mismo modo, permitió asumir los avances de la teoría y praxis del Derecho penal y de la Criminología. El movimiento de reforma no sólo fue llevado a cabo por los viejos países continentales del Occidente europeo [13], sino que abarcó también al mundo del Derecho anglo-americano [14], al grupo de los

---

[12] *Jescheck*, MPG-Jahrbuch 1975, págs. 49 ss.; *el mismo*, Archives de politique criminelle núm. 7, 1984, págs. 23 ss.

[13] Vid. *Pradel*, Le nouveau Code pénal, 1994; *Zieschang*, Das Strafensystem in der Reform, 1992 (Francia); *Marinucci*, ZStW 94 (1982), págs. 349 ss.; *Stile*, ZStW 96 (1984) págs. 172 ss.; *Pagliaro*, Indice penale 1992, 15 (Italia); *Mir Puig*, ZStW 93 (1981) págs. 1293 ss.; Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994 (España); *Rostad*, Archives de Politique criminelle núm. 6, 1983, págs. 209 ss. (Noruega); *Thornstedt*, Strafrechtsreform págs. 66 ss. (países escandinavos); *Spinellis*, ZStW 95 (1983) págs. 459 ss. (Grecia); *Verhaegen*, SchwZStr 98 (1981) págs. 1 ss.; *Ministère de la Justice*, Observations de la Commission pour la Révision du Code Pénal sur l'Avant-Projet de Code Pénal de M. Robert Legros, 1986 (Bélgica); *Schultz*, Bericht und Vorentwurf 1987 (Suiza); *Moos*, Wilburg-Festschrift págs. 253 ss. (Austria); *Hünerfeld*, JZ 1983, pág. 673 (Portugal); *Jescheck*, Das niederländische StGB págs. 5 ss. Puede verse un resumen en *Jescheck*, Encyclopedia Tomo II págs. 483 ss., así como en *LK* (11.ª) (*Jescheck*) núms. 108 ss.

[14] Vid. en relación con Inglaterra, *Glazebrook*, Encyclopedia Tomo II págs. 490 ss.; *The Law Commission*, A

anteriores países socialistas [15] y al marco latinoamericano [16]. En el ámbito de influencia jurídica alemana, el StGB austríaco de 23.1.1974 ha sido redactado en contacto recíproco con la Ciencia y legislación penal alemana, entrando en vigor el mismo día que lo hiciera la nueva redacción alemana del año 1975 [17].

b) El curso y los resultados de la reforma alemana han estado determinados principalmente por **tres clases de influencias**. Durante los años 1954-1959 la Gran Comisión de Derecho penal, después de diversas investigaciones dogmáticas y de Derecho comparado [18], redactó un proyecto que tras algunas modificaciones en el ámbito de los Länder dio como resultado el *Proyecto de 1962* que el Gobierno Federal envió al Parlamento [19]. La ventaja de este texto residió sobre todo en la regulación exacta de los presupuestos de la punibilidad en la Parte General y en la redacción precisa de los tipos de la Parte Especial. Por el contrario, el sistema de sanciones del Proyecto, que apenas pudo alejarse del viejo concepto del Derecho concebido de un modo represivo y fundamentado sobre la pena de prisión, fue muy pronto blanco de las críticas [20]. El *Proyecto Alternativo* de StGB del año 1966 [21] tuvo una gran influencia sobre la labor de reforma; elaborado como iniciativa privada por parte de catorce profesores de Derecho penal alemanes y suizos, significó el intento de aunar en un solo portavoz las múltiples voces críticas que se levantaron en contra del E 1962, aunque materializadas en una propuesta legal elaborada. En 1968 el AE fue presentado en el Parlamento Federal por el Grupo Parlamentario del FDP y discutido junto con el E 1962. El significado de este segundo proyecto residió sobre todo en sus consecuentes propuestas sobre la reforma de las penas y medidas de seguridad [22]. Para aunar ambos

---

Criminal Code for England and Wales, 1989; *Jescheck*, R. Schmitt-Festschrift pág. 56; respecto a los EE.UU *Schwartz*, Encyclopedia Tomo II págs. 513 ss.; *Pillsbury*, Journal of Criminal Law 80 (1989) pág. 726. Acerca de la necesidad de una amplia reforma del Derecho penal en Sudáfrica vid. *Steyn*, Radzinowicz-Festschrift págs. 527 ss.

[15] Vid. *Jescheck*, Spendel-Festschrift pág. 849; *Spotowski* ZStW 94 (1982) págs. 747 ss. y *Ewa Weigend*, ZStW 96 (1984) págs. 188 ss. (Polonia); *Jescheck*, Baumann-Festschrift pág. 543 (Checoslovaquia); *Kriger*, Zweites deutsch-sowjetisches Kolloquium págs. 367 ss.; *Schittenhelm*, ZStW 101 (1989) pág. 675; *los mismos*, Strafe und Sanktionensystem im sowjetischen Recht, 1994 (Unión Soviética); *Eser/Kaiser/E. Weigend* (Edrs.), Vom totalitären zum rechtsstaatlichen Strafrecht, 1993 (países del este de Europa).

[16] Vid., sobre ello, *Jescheck*, Heinitz-Festschrift págs. 717 ss.; *Bacigalupo*, Strafrechtsreform págs. 115 ss.; Esboço de Anteprojeto do Código Penal, Parte Especial, 1994 (Brasil).

[17] Vid., al respecto, *Burgstaller*, Strafrechtsreform págs. 39 ss.; sobre la cuestión relativa a los resultados de la nueva normativa, *el mismo*, ZStW 94 (1982) págs. 723 ss.

[18] Vid. Materialien zur Strafrechtsreform, Tomo 1: Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954; Tomo 2: Rechtsvergleichende Arbeiten, Parte I: Allgemeiner Teil, 1954; Parte II: Besonderer Teil, 1955.

[19] Las actas de las sesiones de la Gran Comisión de Derecho penal fueron publicadas en 14 tomos (1956-1960). Acerca del Proyecto de 1962 vid. la valoración global realizada por *Jescheck*, ZStW 75 (1963) págs. 1 ss.

[20] Vid., en especial, *Peters*, Grundfragen der Strafrechtsreform págs. 13 ss.; *H. Mayer*, Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962; *Schultz*, JZ 1966, págs. 113 ss.; además, en relación con la dogmática del E 1962, Referate und Diskussionsbemerkungen de *Arthur Kaufmann, Roxin, Welzel, Grünwald, Stratenwerth, Noll*, en las Jornadas de Profesores de Derecho Penal del año 1964 en Hamburgo, ZStW 76 (1964) págs. 543 ss.; *Kaiser*, ZStW 78 (1966) págs. 100 ss.

[21] Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 2.ª Ed. 1969, presentado por *Baumann, Brauneck, Hanack, Arthur Kaufmann, Klug, Lampe, Lenckner, Maihofer, Noll, Roxin, Schmitt, Schultz, Stratenwerth y Stree* con la colaboración de *Quensel*.

[22] En relación con su defensa y crítica vid. las ponencias de *Gallas, Armin Kaufmann, Jescheck, Grünwald* y las contribuciones a la discusión de las Jornadas de Profesores de Derecho penal de 1967 en Münster, ZStW 80 (1968) págs. 1 ss. Sobre el efecto del AE *Schultz*, Baumann-Festschrift págs. 431 ss.

proyectos no se requirió un tercer esfuerzo basado en opiniones científicas o puntos de vista político-criminales de escuela. La síntesis de los dos proyectos, en cuyo contenido dogmático se impuso el E 1962 y en el sistema de penas el AE, hay que agradecerla [23] a la *Comisión especial del Parlamento Federal para la reforma del Derecho penal* (1966-1969) cuyo recorrido tuvo el apoyo de la sección de Derecho penal del Ministerio de Justicia. El Parlamento Federal y el Ministerio se mostraron favorables a un desarrollo progresista, aunque sin formulaciones radicales que caminaran en la dirección de la renuncia al principio de culpabilidad, la abolición de la pena o la eliminación de la doble vía. El nuevo Derecho penal pudo ser asumido sin grandes dificultades por la Comisión especial y la praxis, e incluso por la población, porque la actitud de la opinión pública en torno a los fines y medios del Derecho penal se ha transformado profundamente más allá de las fronteras del mundo científico. En realidad no se renunció a la idea de criminalidad y a la necesidad de su lucha, pero ésta sí se transformó a favor de una concepción más libre y humana [24].

c) **Disposiciones características de la nueva Parte General**, que sobre todo han servido para la delimitación y mayor determinación del Derecho penal, fueron el viraje del principio de personalidad y de territorialidad en Derecho penal internacional (§ 3), la definición del injusto de los delitos de omisión impropia (§ 13), la contraposición del error de tipo y de prohibición (§§ 16, 17), el reconocimiento de la perturbación psíquica grave (casos extremos de psicopatía, neurosis y anomalía del instinto) como causa de inculpabilidad (§ 20), la definición objetivo-individual de tentativa (§ 22), la restricción de la punibilidad de la tentativa inidónea para casos de incomprensión burda ("*aus grobem Unverstand*"), la delimitación objetivo-material de las formas de codelincuencia (§§ 25-27) con la exigencia de un hecho principal doloso (§§ 26, 27), la regulación del estado de necesidad "supralegal" (§ 34) y la introducción de una disposición relativa al error en el estado de necesidad exculpante (§ 35 II).

d) Sin embargo, el punto neurálgico de la reforma de la Parte General no residió en los presupuestos de la punibilidad sino en las **penas y medidas de seguridad**. La pena de prisión única (§ 38) vino a sustituir a las de presidio, prisión y arresto. La pena de prisión tiene como límite mínimo un mes (§ 38 II), aunque tan sólo es admisible excepcionalmente por debajo de los seis meses (§ 47). La agravación obligatoria para casos de reincidencia fue derogada (§ 48 en su redacción anterior). La suspensión a prueba de la pena y la libertad condicional han sido ampliadas considerablemente (§§ 56-57). La 23. StÄG de 13.4.1986 ha mejorado aún más esta regulación. Con la 20. StÄG de 8.12.1981 se introdujo para la cadena perpetua, como consecuencia de una sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 45, 187), la posibilidad de su suspensión tras quince años de cumplimiento (§ 57 a). En la pena de multa el legislador asumió el sistema de cuota diaria, con lo que para la determinación de la cuantía de ésta se parte de la renta neta real o futura (§ 40). La pena de multa de hasta 180 días-multa puede ser sustituida por la amonestación con reserva de pena en atención a circunstancias especiales (§ 59). Para evitar la ejecución de la prisión por impago de multa (§ 43) el condenado puede cumplir con trabajos en beneficio de la comunidad (art. 293 EGStGB). Para una lucha más eficaz contra

---

[23] Las deliberaciones de la Comisión especial están publicadas en los expedientes del V. Wahlperiode 1.-130 Sesión, VI. Wahlperiode 1.-76 Sesión y del VIL Wahlperiode 1.-91 Sesión. En relación con el método de trabajo vid. BT-Drucksache V/4094 págs. 1 ss. En el VIII. Wahlperiode no se constituyó ninguna comisión especial.

[24] Vid., para más detalles, *Jescheck*, SchwZStr 91 (1975) págs. 11 ss. Además, ZStW 86 (1974) págs. 303 ss.; *Kaiser*, ZStW 86 (1974) págs. 349 ss.; *el mismo*, Maurach-Festschrift págs. 25 ss.; *el mismo*, Tendenzen págs. 29 ss.; *Ph. Graven*, ZStW 80 (1968) págs. 199 ss.

la criminalidad organizada fueron introducidas las penas patrimoniales (§ 43 a) y la confiscación (§ 73 d) [25]. El Derecho vigente se ha mantenido en el sistema de la doble vía (§ 61). Una medida de seguridad nueva, que sobre todo debe servir para delincuentes multirreincidentes y para el aseguramiento y ayuda del reo, es la libertad vigilada (§§ 68 ss.). Prescindiendo de la custodia de seguridad, con carácter general la ejecución de la medida de seguridad es previa a la pena y su cumplimiento es abonado a ésta, existiendo la posibilidad de ser sustituido el cumplimiento del resto de la sanción (§ 67). También está prevista la suspensión condicional de la ejecución de la medida de seguridad (§§ 67 b y c).

e) La **Parte Especial** muestra, a pesar de que su reforma todavía no ha concluido, una imagen completamente distinta [26]. Ya en el año 1968 fue eliminado el Derecho penal político por su fijación demasiado estrecha a la tensa relación con la RDA, adaptándose de modo consciente a los principios de un Estado de Derecho liberal. La 1. StrRG de 25.6.1969 (BGBl. I pág. 645) eliminó la punibilidad del adulterio, las relaciones homosexuales entre varones adultos y el bestialismo, reformó las disposiciones sobre el hurto agravado (§§ 243, 244) e introdujo la protección penal de los registros técnicos (§ 268). La 3. StrRG de 20.5.1970 (BGBl. I pág. 505) restringió esencialmente los denominados delitos de manifestación, especialmente el delito de desórdenes públicos (§ 125). Posteriormente, sin embargo, la Ley de 18.7.1985 (BGBl. I pág. 1511) endureció el § 125 por medio de la prohibición del "enmascaramiento" y del "armamento pasivo", configurando a ambos comportamientos como infracción administrativa de la Ley de reuniones. Con los delitos monetarios la sección 8.ª fue redactada de modo distinto en relación con la falsificación de efectos timbrados (§ 148). El poderoso cambio de conceptos fundamentales y de las concepciones ideológicas en el ámbito del honor, la familia y la moral sexual, se evidenció con las transformaciones emprendidas por la 4. StrRG de 23.11.1973 (BGBl. I pág. 1275) en la sección 12.ª relativa a los delitos contra la familia y en la sección 13.ª acerca de los delitos sexuales [27]. Al respecto, la 29. StÄG de 31.5.1994 (BGBl. I pág. 1168) ha dado un paso más: ha eliminado por completo la especial punibilidad de comportamientos homosexuales y ha derogado el § 175. A partir de ahora, por medio de un único precepto (§ 182), los jóvenes de *ambos* sexos de 14 y 15 años están protegidos frente a acciones sexuales cuando el autor se sirve para ello de determinadas relaciones de dependencia [28].

La regulación definitiva sobre la interrupción del embarazo está todavía ausente. La solución del plazo prevista por la 5. StrRG de 18.6.1974 (BGBl. I pág. 1297) fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 39, 1) [29]. En vista de ello, la 15 StÄG de 18.5.1976 (BGBl. I pág. 1213) introdujo la solución de las indicaciones. Tras la adhesión de la anterior RDA coexistió junto a aquélla la solución del plazo, vigente hasta entonces en la zona oriental, aunque el art. 31 IV EV declaró como una "misión del legislador común" la creación de una nueva regulación unitaria. La Ley de ayuda a las embarazadas y a la familia de 27.7.1992 (BGBl. I pág. 1398) ha previsto la solución del plazo con el deber de asesoramiento para el con-

---

[25] Sobre ello *Möhrenschlager*, wistra 1992, págs. 283 ss., 285 ss.

[26] *Lenckner*, Der Besondere Teil des StGB págs. 325 ss.

[27] En relación con el § 175 *Jescheck*, Homosexualität (rechtlich), en: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft Tomo 3 págs. 3 ss.

[28] Sobre ello, *Schroeder*, NJW 1994, pág. 1501.

[29] Por el contrario, el Tribunal Constitucional austríaco y el Consejo Constitucional francés no han puesto reparos a las respectivas disposiciones del nuevo Derecho austríaco y francés, correlativas al § 218 a alemán en su anterior redacción, al poseer estos países una situación jurídico-constitucional distinta (al respecto, *Jescheck*, Jahrbuch der MPG 1975, pág. 56).

junto del territorio federal. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal, por medio de la sentencia de 28.5.1993 (BVerfGE 88, 203), ha declarado nulos los §§ 218 a I (solución del plazo) y 219 (regulación del asesoramiento), siendo sustituidos por el § 219 hasta la entrada en vigor de una nueva regulación (BGBl. 1993 I pág. 820), de acuerdo con las prescripciones del § 31 II BVerfGG. En realidad, a diferencia de la BVerfGE 39, 1, no se ha cuestionado la impunidad de la interrupción del embarazo llevada a cabo por un médico dentro de las doce semanas posteriores a la concepción, pero se ha mantenido el carácter antijurídico del ataque. Las causas de justificación contenidas en el § 218 a II (indicación terapéutica) y III (indicación eugenésica) rigen todavía como Derecho vigente tal y como reconoce la propia sentencia. Todavía no ha sido llevada a efecto una regulación legal a escala federal acerca de las cuestiones que quedan sin resolver [30].

Acontecimientos de actualidad condujeron hacia nuevas disposiciones sobre el secuestro dirigido a la extorsión (§ 239 a), la toma de rehenes (§ 239 b) y las agresiones al tráfico aéreo (§ 316 c), a través de las 11. y 12. StÄG de 16.12.1971 (BGBl. I pág. 1977, 1979), así como a un endurecimiento de las disposiciones penales sobre terrorismo (§§ 126, 129 a) por medio de la 14. StÄG de 22.4.1976 (BGBl. I pág. 1056) y la Ley de 19.12.1986 (BGBl. I pág. 2181). La Ley para la lucha contra el terrorismo de 19.12.1986 (BGBl. I pág. 2566/67) agravó el § 129 a, renovó el § 130 a relativo a la instigación a la comisión de hechos punibles e introdujo el § 305 a) concerniente a la destrucción de importantes medios de trabajo. Por motivos de mayor claridad jurídica, la 13. StÄG de 13.6.1975 (BGBl. I pág. 1349) también ha procedido a una nueva configuración de la regulación del § 142 relativo al alejamiento no permitido del lugar del accidente.

Además, la primera Ley sobre la Lucha contra la Criminalidad Económica de 29.7.1976 (BGBl. I pág. 2034), con la introducción de las disposiciones penales relativas al fraude de subvenciones (§ 264) y la estafa de crédito (§ 265 a), abarcó por primera vez dos formas típicas de la moderna delincuencia de cuello blanco ("White-collar-crime") a través de la creación de nuevos tipos de peligro en los que el suministro de la información falsa es suficiente para la punibilidad y donde, incluso, el acaecimiento del daño patrimonial al que el dolo se dirige no necesita ser probado. Asimismo, las insolvencias punibles fueron trasladadas de la Ordenanza concursal a la Sección 24.ª del Código penal (§§ 283-283 d), se adaptaron a las necesidades político-criminales de la lucha contra la bancarrota fraudulenta y se amoldaron mejor a las exigencias del principio de culpabilidad. Finalmente, en la Sección 25.ª fueron sustituidos los delitos de usura (§§ 302 a-f en su redacción anterior) por una sola disposición penal contra la usura (§ 302 a) que, además de la denominada usura arrendaticia y crediticia, incluye el aprovechamiento engañoso y usurero en otras prestaciones. La segunda Ley para la Lucha contra la Criminalidad Económica de 15.5.1986 (BGBl. I pág. 721) ha continuado este desarrollo. Se tienen en cuenta los cambios técnicos y económicos de las formas de operar en el tráfico negocial, incluyéndose así normas penales dirigidas a combatir la criminalidad informática, a proteger el tráfico de pagos que no se realizan en efectivo y a la tutela de personas que buscan inversiones fiscalmente beneficiosas o de alto riesgo. Por medio de la OrgKG de 15.7.1992 también han sido introducidas disposiciones penales adicionales destinadas a mejorar la lucha contra la criminalidad organizada: el hurto en cuadrilla (§ 244 a), las bandas dedicadas a la receptación (modificación del § 260) y las que lo hacen profesionalmente (§ 260 a), así como el blanqueo de capitales (§ 261). La Ley de Lucha

[30] No obstante, deberá ser tenida en cuenta la nueva regulación introducida por la Ley de reforma de la ayuda a las embarazadas y a la familia de 21.8.1995 (BGBl. I pág. 1050) (N del T).

contra el Delito de 28.10.1994 (BGBl. I pág. 3186) ha ampliado el tipo de la instigación al amotinamiento popular (§ 130), agravando asimismo las normas relativas a las lesiones corporales (§§ 223 ss.).

La Sección 28.ª de la Parte Especial sobre los delitos contra el medio ambiente fue creada por la 18. StÄG de 28.3.1980 (BGBl. I pág. 373), agrupando las disposiciones referidas a la protección de las aguas y el aire, a la evacuación de residuos peligrosa para el medio ambiente, así como a la protección frente a la contaminación sonora y radiaciones ionizantes que, en su mayoría, ya estaban contenidas en la legislación penal especial. Las nuevas normas castigan, asimismo, comportamientos imprudentes y previenen diferentes agravaciones en caso de grave peligro para el medio ambiente (§ 330). De acuerdo con el § 330 d núm. 1, el concepto de las aguas abarca también al mar y, de conformidad con ello, el § 5 núm. 11extiende la potestad punitiva alemana a hechos llevados a cabo sobre el zócalo continental alemán que consistan en la polución de las aguas (§ 324), la eliminación de residuos peligrosa para el medio ambiente (§ 326), comportamientos gravemente amenazadores del medio ambiente (§ 330) y su puesta en grave peligro por medio de la liberación de sustancias tóxicas (§ 330 a) [31]. La 31. StÄG de 27.6.1994 (BGBl. I pág. 1440) ha introducido una disposición penal referida a la contaminación terrestre (§ 324 a), expandiendo y endureciendo, asimismo, el Derecho penal medioambiental vigente.

De un considerable significado práctico son, además, la transformación de la Sección 19.ª sobre encubrimiento y receptación, y la reordenación de la Sección 29.ª sobre delitos cometidos por funcionarios públicos a la que sirven de base las definiciones de funcionario público (BGHSt 31, 264 [267 ss.]), juez y personas obligadas especialmente al servicio público (§ 11 I núms. 2-4).

f) La promoción del **proceso descriminalizador del Derecho penal** [32] ha encontrado eco tanto en la Parte Especial como también en el Derecho procesal penal. En relación con la primera ha sido suprimida la anterior Sección 29.ª relativa a las *faltas*. En los supuestos de hurto y apropiación indebida de cosas de escaso valor fue introducido, además, la necesidad de interponer querella penal (§ 248 a); este precepto también resulta aplicable a otros delitos patrimoniales (por ejemplo, §§ 259 II, 263 IV, 265 a III, 266 III). Otros dos preceptos del *Derecho procesal penal* van dirigidos también a la descriminalización. Como excepción al deber de persecución de oficio, la Fiscalía puede archivar el proceso *sin* necesidad de la aprobación del Tribunal en delitos menos graves que posean una pena cuyo límite mínimo no sea el de prisión agravada, siempre que los daños y la culpabilidad del autor sean de escasa importancia y no exista ningún interés público en su persecución penal (§ 153 I 2 StPO). Asimismo, a través del § 153 a StPO también ha sido introducida la posibilidad de retirar provisionalmente la acusación por parte de la Fiscalía bajo la imposición de condiciones e instrucciones, siempre que su disposición sea idónea para hacer desaparecer el interés público en la persecución penal y no se oponga a ello la gravedad de la culpabilidad del autor (vid. *supra* § 8VI 1). El Tribunal posee también facultades similares (§§ 153 II, 153 a II StPO).

3. El nuevo Derecho penal creado desde la Reforma de 1969 ha superado hasta el momento su período de prueba [33]. No obstante, en un futuro inmediato le esperan **misiones nuevas e**

---

[31] Sobre todo ello, *H.-J. Albrecht/Heine/Meinberg*, ZStW 96 (1984) págs. 943 ss.

[32] Al respecto, *Achenbach*, JuS 1980, págs. 82 ss., 86 ss.; *Naucke*, GA 1984, págs. 199 ss.

[33] *Jescheck*, MPG-Jahrbuch 1980 págs. 18 ss.; *el mismo*, Archives de politique criminelle núm. 8, 1985, págs. 153 ss.; *Hirsch*, Hilde-Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 133 ss.

importantes. La más próxima es la lucha eficaz contra la criminalidad organizada. A ella le sigue la urgente ampliación de la protección del medio ambiente al clima, los mares, el bosque y la contención de los residuos [34]. De un significado actual inmediato es también la introducción de un poder sancionador de la Unión Europea adecuado al Estado de Derecho (vid. *infra* § 18 VII 3) [35]. Una futura misión adicional es el control de la tecnología genética para la preservación de los factores hereditarios naturales de la persona [36]. Mientras que la lucha contra la criminalidad organizada y la dotación a los órganos de la Unión Europea con las competencias sancionadoras adecuadas puede conseguirse con los medios tradicionales del Derecho penal y del administrativo-sancionador, se proponen nuevos derroteros para la protección de los bienes jurídicos universales de la Humanidad que no poseen ninguna relación concreta con los individuos necesitados de protección o sus comunidades. De este modo, *Hassemer* recomienda la introducción de un "Derecho intervencionista" que ocupe su lugar entre el Derecho penal y el administrativo-sancionador, y que deba disponer de "garantías menos pretenciosas" que el Derecho penal clásico [37]. Por el contrario, *Stratenwerth* quiere conectar la protección penal frente a los grandes peligros futuros que amenazan a la Humanidad, a "normas generales de comportamiento" que carezcan de una relación con bienes jurídicos concretos, así como transformar internamente de forma profunda la tutela penal [38]. No obstante parece que lo correcto, también para asegurar el futuro de la Humanidad, es no avanzar por caminos inseguros sino intentar primero solucionarlos con los probados medios del Derecho penal convencional [39]. En cualquier caso, el auténtico Derecho penal sólo es imaginable como un Derecho penal individual. También en este marco se desarrollará algo nuevo. Concebible es, quizás, que en la construcción de la Unión Europea surja frente a empresas económicas [40] un Derecho sancionador limitado basado en multas pecuniarias, que podría irradiar a aquellos Estados miembros que hasta ahora han rechazado una verdadera responsabilidad jurídico-penal de las asociaciones (vid. *infra* § 23 VII 1 notas a pie núms. 39 y 42).

§ 12 Fuentes del Derecho penal federal fuera del StGB

Dando, Das Legalitätsprinzip usw., Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 37; *Franzen/Gast/Samson*, Steuerstrafrecht mit Steuerordnungswidrigkeiten, 3.ª Ed. 1985; *Franzmann*, Mainachtsstreiche vor Gericht, JZ 1956, pág. 241; *Germann*, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 1965; *Honig*, Entwurf eines StGB für die Vereinigten Staaten von Amerika (Model Penal Code), ZStW 75 (1963) pág. 63; *Jagusch/Hentschel*, Straßenverkehrsrecht, 33.ª Ed. 1995; *Kohlmann*, Steuerstraf-und Steuerordnungswidrigkeitenrecht einschließlich Verfahrensrecht, 4.ª Ed. 1987 ss.; *Krey*, Blankettstrafgesetze, 1981; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.ª Ed. 1991; *Lenzen*, Zuständigkeit für das Strafrecht kraft Sachzusammenhangs, JR 1980, pág. 133; *Llewellyn*, Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, 1932; *M. Mantovani*, Profili penalistici del diritto di satira, Diritto dell'informazione 1992, pág. 295; *Mueller*, Das amerikanische Bundesstrafrecht, ZStW 69 (1957) págs. 301 ss.; *Noll*, Satirische Ehrverletzungen, Basler Juristische Mitteilungen, Fascículo 1, 1959, pág. 9; *Piegler*, Volksbräuche vor Gericht, JZ 1955, pág. 721; *Radbruch*, Der Geist des englischen Rechts, 1946; *Scheyhing*, Volksbräuche und Rechtsordnung, JZ 1959, pág. 239;

---

34 En relación con esto *Kuhlen*, ZStW 105 (1993) págs. 697 ss.

35 *Sieber*, ZStW 103 (1991) págs. 966 ss.; *Weigend*, ZStW 105 (1993) págs. 798 ss.

36 *Herzog*, ZStW 105 (1993) págs. 727 ss.

37 *Hassemer*, ZRP 1992, pág. 383.

38 *Stratenwerth*, ZStW 105 (1993) págs. 693 ss.

39 *Hirsch*, Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen? págs. 9 ss.

40 *Tiedemann*, NJW 1993, págs. 30 ss.

Wechsler, The Model Penal Code and the Codification of American Criminal Law, Essays in Honour of Sir Leon Radzinowicz, 1974, pág. 419.

I. Derecho penal codificado y no codificado

1. El StGB es, al igual que el BGB, producto de la **codificación** [1], es decir, la regulación unitaria de todo un ámbito del Derecho en una obra legal sistemáticamente ordenada (Codex significa libro y, en particular, libro de leyes).

En Alemania la codificación del Derecho penal comenzó tempranamente. El primer texto codificado del Derecho penal imperial fue la Constitutio Criminalis Carolina de 1532 (vid. *supra* § 10 IV). A ella le siguieron los grandes Códigos criminales de territorios importantes: en Baviera el Codex Juris Bavarici Criminalis (1751), en Austria la Ley General sobre los Delitos y su Castigo (1787) de José II y en Prusia el Derecho Territorial General para los Estados Prusianos (1794) que en el Título 20 de la Parte II contenía una regulación cerrada sobre Derecho penal. Sobre el StGB bávaro de 1813 y el prusiano de 1851 vid. *supra* § 10 VI y VII.

El valor de la codificación de un ámbito del Derecho reside en la colección, ordenación sistemática, revisión crítica y exposición cerrada de la totalidad del material jurídico correspon-

---

[1] El Derecho penal continental europeo y el latinoamericano está completamente codificado; vid. la exposición que abarca el Derecho penal extranjero de la actualidad en *Jiménez de Asúa,* Tomo I págs. 319 ss. En Europa el texto codificado más nuevo es el Código penal francés de 1994 (Lois núm. 92-683 à 92-686 du 22 juillet 1992), que ha venido a ocupar el lugar del Código penal de 1810 [Naturalmente, por el año de edición de esta obra no se recoge el Código penal español de 1995 (N del T)]. Desde 1958 los anteriores países socialistas habían introducido códigos penales completamente nuevos. Desde el cambio en el año 1989 se han esforzado en reformar sus ordenamientos penales para adaptarlos a los principios del Estado de Derecho y de la Política criminal moderna (vid. supra § 11 IV 2 a nota a pie núm. 15). También en la zona de influencia anglo-americana han surgido múltiples textos codificados de Derecho penal así como innumerables leyes penales especiales que conviven junto con el Common Law. Con el Código penal Federal de 1948, los EE.UU. han dado los primeros pasos hacia una codificación penal federal, aunque contiene tan sólo una Parte General fragmentaria y todavía se echa de menos una ordenación sistemática de la Parte Especial; vid., con más detalle, *Mueller,* ZStW 69 (1957) págs. 309 ss. Más allá ha ido la demanda codificadora del American Law Institute que ha redactado un Código penal modelo (1962); vid., sobre el mismo, *American Law Institute,* Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments), 6 Tomos, 1980, 1985; *Wechsler,* Radzinowicz-Festschrift págs. 419 ss. y *Honig,* ZStW 75 (1963) págs. 63 ss. (una traducción del Código penal modelo puede encontrarse en *Honig:* Sammlung außerdeutscher StGB in deutscher Übersetzung, núm. 86, 1965). La generalidad de los Estados norteamericanos, en parte apoyados en el Código penal modelo, han aprobado sus textos penales codificados; vid. la exposición de *LaFave/Scott,* Substantive Criminal Law I págs. 5 ss. Los "Common Law crimes" están excluidos en el Derecho penal federal y en la mayoría de los Estados, aunque el "Common Law" juega todavía un papel considerable en la interpretación del Derecho legislado, especialmente en la Parte General (vgl. *LaFave/Scott,* Substantive Criminal Law I págs. 88 ss.). Acerca del movimiento codificador en la Commonwealth vid. *Grünhut,* Das englische Strafrecht págs. 157 ss. En la actualidad Inglaterra posee un sistema jurídico-penal basado en el "Common Law" y leyes penales particulares, aunque prepara un texto codificado que ha alcanzado ya a convertirse en el Proyecto de la "Law Commission": Criminal Law "A Criminal Code for England and Wales", Volúmenes 1 y 2, HMSO 1989. En Escocia todavía rige mayoritariamente el "Common Law" para la Parte General y los tipos delictivos, pero allí también trabaja una comisión legislativa en la reforma y, a ser posible, en la codificación del Derecho penal. Mostrándose escéptico con el plan codificador *Glanville Williams,* Textbook pág. 18.

diente. El Derecho penal debe estar codificado precisamente para procurar a cualquier persona una visión accesible y sencilla del lugar por donde transcurren los límites de la libertad individual y, de este modo, saber qué comportamientos son considerados por el Estado como insoportables para la paz jurídica de la colectividad al encontrarse aquellos conminados con una pena. Es sólo la codificación del Derecho penal la que está en condiciones de suministrar una visión aproximada y correcta de la verdadera extensión del Derecho penal, dado que aquélla nunca puede ser completa (vid. *infra* § 12 II y III).

Para el RStGB de 1871 la elección del material jurídico que tenía que ser abordado en la codificación vino determinado por el StGB de la Federación alemana del Norte. También para la nueva redacción del StGB de 1975 el ingrediente básico fue el Derecho tradicional. Pero con independencia de todos los modelos históricos, podría decirse que un Código penal debería comprender todas aquellas disposiciones que pertenecen al *núcleo central* del Derecho penal. En la Parte General éstas vienen constituidas por las normas relativas al ámbito de vigencia del Derecho penal, las que fijan los presupuestos generales de la punibilidad y los preceptos relativos a las consecuencias jurídicas del delito en los que también pueden entrar los principios básicos acerca de la ejecución de las penas de prisión y de las medidas de seguridad privativas de libertad. También en la Parte Especial existe un núcleo básico cuya delimitación ha variado en función de los distintos Códigos penales y épocas.

2. Un gran número de disposiciones penales se encuentran también fuera del StGB **(Derecho penal federal no codificado)** [2]. Se refieren en su mayoría a modalidades de conducta que sólo pueden ser cometidas por grupos determinados de personas o en ámbitos concretos de la vida como, por ejemplo, la infracción de disposiciones relativas al comercio exterior (§ 34 AWG) o la infracción de normas de Derecho extranjero (§ 92 AuslG). Sin embargo, esta parte del Derecho penal encuentra su unidad interior y su relación espiritual con el StGB, dado que sus disposiciones de la Parte General rigen para todo el Derecho federal presente y futuro en tanto que la Ley no disponga otra cosa (art. 1 I EGStGB).

Una regulación especial de esta naturaleza está contenida, por ejemplo, en los §§ 8-10 WiStG de 1954 sobre la retirada del sobreprecio, puesto que tienen preferencia sobre la confiscación de los §§ 73 ss.

II. Las leyes penales principales

La denominación "Derecho penal especial" *(Nebenstrafrecht),* que resulta aplicable a todas las disposiciones penales del Derecho federal que están fuera del StGB, no casa con el significado de aquellas leyes que por la clase e importancia de su contenido pertenecen al núcleo central del Derecho criminal, y que sólo por motivos técnico-legales no pudieron ser recogidos en el StGB. Entre estas **"leyes penales principales"** [3] se encuentran el art. 102 de la Constitución que deroga la pena de muerte y el art. 103 II relativo a la determinación legal del delito y la pena. El significado de la acogida de estas disposiciones penales en la Constitución reside en que para ellas rige la prominente garantía del art. 79 GG ante una posible reforma constitucional. Como una Ley especial dirigida al grupo de personas cuya edad es inferior a los 21 años la *Ley penal Juvenil* (JGG) en su redacción de 11.12.1974 (BGBl. I pág. 3427), prevé consecuencias jurídicas adecuadas a los delitos cometidos por los jóvenes. La JGG rige para los jóvenes y, en el mar-

[2] Una visión del mismo la suministra la recopilación de *Erbs/Kohlhaas*, Strafrechtliche Nebengesetze, 3 Tomos, 5.ª Ed., 1994 con Tomo de registro, *Göhler/Buddendiek/Lenzen*, Lexikon des Nebenstrafrechts, 2.ª Ed., 1986 (actualizado con fascículos desechables a 1991).

[3] Así, acertadamente, *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 8 núm. 27.

co de los §§ 105 ss. JGG también para los semiadultos, por lo que para la pertenencia a estas edades lo decisivo es el momento de la comisión del hecho y no el de la celebración del juicio (acerca de la importancia numérica de la criminalidad juvenil vid. *supra* § 5 III). En la medida en que en la JGG no se disponga otra cosa (§ 10 StGB, § 2 JGG) rige desde luego el StGB. Ello significa que resultan aplicables el conjunto de la Parte Especial (excepción hecha de las conminaciones penales) y las Secciones 1.ª, 2.ª, 4.ª y 5.ª de la Parte General, esto es, prácticamente todo con excepción de las disposiciones de la Sección 3.ª relativas a las consecuencias jurídicas del delito (vid. § 7 JGG). A las leyes penales principales pertenece, además, la *Ley penal militar* (WStG) en la redacción de 24.5.1974 (BGBl. I pág. 1213). Este cuerpo legal rige, de un lado, para los hechos punibles que cometen los soldados del ejército federal y, por otro, para determinados delitos perpetrados por mandos militares incluso aunque éstos sean civiles; finalmente, también resulta aplicable a casos de inducción y complicidad de civiles en delitos militares (§ 1). La WStG contiene tanto disposiciones generales como también los tipos referidos a los delitos militares, por lo que el StGB tan sólo posee una vigencia subsidiaria (§ 3 I WStG) [4]. Una Ley penal principal es también la *Ley penal económica* (WiStG) en su redacción de 3.6.1974 (BGBl. I pág. 1313). Contiene penas y sanciones pecuniarias dirigidas a la protección de los preceptos que garantizan el abastecimiento y suministro de bienes y servicios (§§ 1, 2), así como disposiciones que contienen infracciones administrativas en relación con la fijación de los precios (§§ 3-6). Dentro de las leyes penales principales se deberá tener en cuenta, asimismo, el *Derecho penal tributario* regulado en los §§ 369-376 de la Ordenanza tributaria (AO 1977) en su redacción de 16.3.1976 (BGBl. I pág. 613), mientras que las infracciones tributarias están situadas en los §§ 377-384 de dicho texto [5]. Igualmente, a causa de su sobresaliente significado práctico ha sido ascendida a la categoría de ley penal principal la *Ley de Tráfico Viario* (StVG) en su redacción de 19.12.1952 (BGBl I pág. 837) junto con la StVO en su redacción de 16.11.1970 (BGBl I pág. 1565) y la StVZO en la redacción de 28.9.1988 (BGBl. I pág. 1793) [6]. Mientras que la StVG contiene tanto tipos penales (§§ 21, 22) como disposiciones básicas sobre infracciones administrativas de tráfico (§§ 23-27) y el importante límite del 0,8 por mil de alcohol (§ 24 a), la StVO (§ 49) y la StVZO (§ 69 a) completan por medio de numerosas infracciones administrativas, a las que les corresponde el protagonismo más importante, la norma penal en blanco del § 24 StVG. De ahora en adelante, a la vista de la relevancia del problema de la droga, también la *Ley sobre Tráfico de Sustancias Estupefacientes* (BtMG) en la redacción dada desde 1.3.1994 (BGBl I, pág. 359) debe ser tenida en cuenta como ley penal principal. Contiene disposiciones penales, especialmente las dirigidas contra la criminalidad más grave en este ámbito (§§ 29-31 a) (al respecto, BVerfGE 90, 145), así como preceptos que contienen infracciones administrativas (§ 32). En caso de delincuentes drogodependientes previene también la posibilidad de aplazar la ejecución de una pena de prisión no superior a dos años por un tratamiento de desintoxicación, y para el caso de un tratamiento ya en marcha incluso la de prescindir de la persecución penal (§ 37) ("terapia en lugar de pena").

---

[4] Acerca de la aplicación de la Parte General del StGB en el marco de la WStG vid. *Schölz/Lingens*, § 3 WStG núms. 4 ss.

[5] Sobre la historia y construcción del Derecho penal y administrativo-sancionador tributario vid. *Franzen/Gast/Samson*, Steuerstrafrecht, Introducción, págs. 25 ss.; además, *Kohlmann*, Steuerstrafrecht, 1987.

[6] Una visión comprensiva de todo ello la suministra el comentario de *Jagusch/Hentschel*, Straßenverkehrsrecht, 1995.

III. Las leyes penales accesorias

1. A causa de la inclinación del legislador de dotar a sectores más lejanos del Derecho con disposiciones penales, el Derecho penal especial ha crecido hasta *niveles* incalculables [7]. Por ello, la reducción del Derecho penal especial comprensivo de delitos de bagatela supuso una importante misión de reforma que la EGStGB resolvió adaptándose a cada caso. Además, este cuerpo legal contiene en su art. 13 una cláusula general de acuerdo con la cual todos aquellos preceptos penales especiales que sólo prevean, única o conjuntamente, penas de multa o de prisión cuyo límite máximo no exceda de 6 meses, quedan degradadas a su consideración como infracciones administrativas conminadas sólo con sanción pecuniaria.

2. En el Derecho penal especial (aunque no sólo en éste) [8] se encuentran a menudo **leyes penales en blanco.** Bajo las mismas se comprenden aquellas leyes que sólo contienen una conminación penal, pero que en relación con su contenido prohibitivo se remiten a otras leyes o reglamentos e, incluso, a actos administrativos que de forma independiente han sido promulgadas o dictados en otro tiempo por un órgano diferente (vid. la definición suministrada por el BGH 6, 30 [40 ss.]). De acuerdo con ello, debe distinguirse entre *norma sancionadora y norma complementaria.* El tipo de la ley penal en blanco se configura íntegramente por la norma complementaria (BGH 20, 177 [181]) [9], debiendo ajustarse al mandato de determinación del art. 103 II GG (BVerfGE *41, 314; 47, 109)* [10].

Ejemplos: De acuerdo con el § 1 WiStG será castigado quien contravenga determinadas disposiciones legales de aseguramiento y, de conformidad con el § 315 a I 2, a quien como conductor de ciertos vehículos infrinja las normas dirigidas a mantener la seguridad del tráfico [11].

Las leyes penales en blanco no resultan ser inadmisibles a pesar de que puedan remitirse internamente a disposiciones todavía desconocidas de otros organismos. No obstante, si la norma que complementa al precepto en blanco es un reglamento, de acuerdo con el art. 103 II GG la autorización para la conminación penal debe estar expresada inequívocamente y, de este modo, el contenido, finalidad y alcance de la autorización, descrita de modo tan exacto que el ciudadano pueda tomar los presupuestos de la punibilidad y la clase de pena de la ley misma; de lo contrario, el principio de la determinación "legal" del delito y la pena no sería respetado (BVerfGE 14, 174 [185 ss]; 14, 254 [257]; 23, 265 [269 ss.]; 75, 329 [342 ss.]). Según lo previsto en el art. 104 I 1 GG, si la norma previene una pena de prisión sólo puede abandonarse al reglamento la especificación del tipo penal (BVerfGE 14, 174 [187]; 75, 329 [342 ss.]) (vid. *infra* § 13 II 2 y 3). En relación con la prohibición de retroactividad vid. *infra* § 15 IV 5 nota a pie núm. 61; sobre el error vid. *infra* § 29 V 3.

---

[7] La estadística de la Administración de Justicia para 1991 muestra un total de 695.118 condenas, de las que 35.543 (5,11%) corresponden a hechos punibles sancionados por la Ley de Tráfico Viario y 83.294 a otras leyes federales y territoriales (fuera del StGB y la StVG).

[8] Vid., vgr., §§ 315 a I núm. 2; 327 II.

[9] Sobre esta cuestión vid. *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 139; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 8 núm. 30; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 116; *Welzel,* Lehrbuch pág. 168.

[10] *Krey,* Blankettstrafgesetze págs. 176 ss.

[11] Mostrándose crítico por la indeterminación del ámbito de regulación tomado en cuenta como norma complementaria *Lenzen,* JR 1980, pág. 136.

IV. El Derecho consuetudinario

1. El **Derecho consuetudinario** surge, al igual que el positivizado en la ley, de la convicción jurídica del pueblo, aunque sin embargo no es creado a través de un acto normativo formal [12]. Deben darse dos presupuestos para la formación del Derecho consuetudinario: una norma debe ser considerada como Derecho a causa de su reconocimiento general vigente (*opinio necessitatis*) y la voluntad de vigencia jurídica de la comunidad debe manifestarse externamente a través de su *práctica continuada*. En Derecho penal el Derecho consuetudinario se origina sobre todo a través de la **práctica judicial** [13], aunque también aquí a la práctica permanente debe añadirse el reconocimiento como aplicación del *Derecho* a través de la comunidad (BGH 31, 7 [8] en relación con el telegrama como escrito de recurso). Por respeto al mandato de determinación (vid. *infra* § 15 III 3) el legislador se esfuerza en trasladar al texto legal el Derecho consuetudinario.

Ejemplos: el delito de omisión impropia (§ 13), el estado de necesidad justificante (§ 34) y el error de prohibición están regulados en el StGB desde 1975.

2. En el ámbito del Derecho penal el movimiento codificador del siglo XIX le ha ganado en gran parte terreno al Derecho consuetudinario. A la idea liberal de promover la plasmación legal del Derecho penal se une la prohibición de la creación jurídica del Derecho a través de normas consuetudinarias, puesto que éstas con la creación de nuevos preceptos penales o el endurecimiento de los ya existentes constituían un perjuicio para el ciudadano. La máxima del Derecho civil de que "la Ley es cualquier norma jurídica" (art. 2 EGBGB) no rige pues el Derecho penal es más bien dominio de la "lex scripta". A pesar de todo, el Derecho consuetudinario también tiene todavía un cierto significado. Su ámbito de aplicación es, por un lado, la interpretación de las disposiciones de la Parte General dado que las teorías generales no pueden ser plasmadas íntegramente en la Ley; de este modo, las normas legales que son redactadas de forma parcialmente incompleta son interpretables a la luz de la tradición y de su uso hasta el momento [14]. Por otro lado, el Derecho consuetudinario también puede desplegar su eficacia en la Parte Especial, y en verdad, *en beneficio* del ciudadano, puesto que algunos tipos penales pueden perder su vigencia a raíz del Derecho consuetudinario *(desuetudo)* o bien resultar mitigados o limitados en su aplicación.

---

[12] Acerca de la interpretación de un uso existente como "Derecho consuetudinario" vid. *Larenz*, Methodenlehre pág. 357. Sobre los presupuestos especiales del Derecho consuetudinario en Derecho penal *Hassemer*, Einführung págs. 264 ss.

[13] Mientras que las resoluciones judiciales de la Common Law anglo-americana son fuentes jurídicas autónomas que poseen el mismo rango que el Derecho positivizado legalmente, en Europa continental sólo adquieren una verdadera eficacia judicial cuando se han convertido en Derecho consuetudinario; al respecto vid. *Grünhut*, Das englische Strafrecht págs. 172 ss.; *Radbruch*, Geist des englischen Rechts págs. 43 ss.; *Llwellyn*, Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, 1932; *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 88 ss. *Germann*, Rechtsfindung págs. 371 ss. también atribuye un significado vinculante a las resoluciones de las instancias superiores en los países de Europa continental, y en cualquier caso también en Suiza, a la vista del comportamiento de la praxis, aunque ello debe ser entendido no en el sentido de fuerza normativa sino en el de vigencia fáctica; vid. *Larenz*, Methodenlehre pág. 433. Favorable al reconocimiento del Derecho judicial (incluso sin el rango de Derecho consuetudinario) se muestra, además, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 95; también en el mismo sentido, *Dando*, Heinitz-Festschrift pág. 41.

[14] En este sentido, *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 89 ss.; también *Jakobs*, Allg. Teil 4/46.

Ejemplos: El derecho a castigar por parte del maestro se basaba en Derecho consuetudinario (BGH 11, 241 [247]) aunque en la actualidad ya ha dejado de existir; del mismo modo, el reconocimiento de usos populares [15] bromas de carnaval [16] y travesuras estudiantiles [17] son en cualquier caso, en cuanto al resultado, tradiciones populares que no resultan punibles. También la figura jurídica del delito continuado fue una creación del Derecho consuetudinario que ha sido prácticamente eliminada por la jurisprudencia más reciente (BGH-GS 40, 138) (vid. *infra* § 66 V 2). En la *Parte Especial* algunos tipos penales pueden perder vigencia a través de su inaplicación permanente, siempre que ello se base en una convicción jurídica común (OGH 1, 63 [66]; BGH 5, 12 [23]). Sin embargo, una situación pasajera de permisibilidad, sobre todo en tiempos de necesidad, no crea Derecho consuetudinario alguno incluso cuando alguna disposición determinada no es aplicada desde hace años (RG 58, 6 [9]; OGH 1, 343 [353]; BGH 8, 360 [381]). El Derecho consuetudinario ha limitado tipos penales redactados de forma muy amplia, tal y como ha sucedido con el tipo de abuso de confianza del § 266 en los casos típicos de diligencia patrimonial y autonomía económica del obligado a guardar fidelidad (BGH 1, 186 [189]; 4, 167 [172]). La inaplicación del § 218 ha conducido a la desaparición de la prohibición del aborto de la convicción jurídica de un amplio sector de la población, perdiendo así esta disposición penal su respaldo.

§ 13 La jerarquía de las fuentes del Derecho penal

Bopp, Die Entwicklung des Gesetzesbegriffs i.S. des Grundrechtes "Nulla poena, nullum crimen sine lege", Tesis doctoral, Freiburg 1966; *Finger,* Reichs-und Landesstrafrecht im Lichte der Rechtsprechung des RG, RG-Festgabe, Tomo V, 1929, pág. 93; *Göhler/Buddendiek/Lenzen,* Lexikon des Nebenstrafrechts, Registerband zu *Erbs/Kohlhaas,* Strafrechtl. Nebengesetze, 2.ª Ed. 1986, Loseblattsammlung, Stand 1991; *Kääb/Rösch,* Bayerisches Landesstraf-und Verordnungsgesetz, 2.ª Ed. 1967; *Lenzen,* Zuständigkeit für das Strafrecht kraft Sachzusammenhangs, JR 1980, pág. 133; *Starck,* Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, 1970; *Van Alstyne,* Dual Sovereignty, Federalism and National Law, American Criminal Law Review 26 (1989) pág. 1740.

I. La relación entre el Derecho penal federal y el territorial

1. La **relación entre el Derecho penal común y el regional** en Alemania ha variado repetidas veces a lo largo del curso de la historia.

Mientras que la CCC de 1532 admitió en su preámbulo a través de la "cláusula de salvaguarda" la preeminencia con carácter general del Derecho particular (vid. *supra* § 10 V), y en la época del Derecho común el Derecho imperial se completó con numerosas normativas regionales recubriéndose también a través la práctica judicial con una densa maraña de costumbres lugareñas, por el contrario el Estado federal se ha asegurado la primacía del Derecho imperial frente al territorial. Esto último rigió tanto durante el imperio (art. 2 RV 1871) como también para la República de Weimar (art. 13 I WRV). El Derecho penal también tomó parte en la preponderancia del Derecho imperial pues pertenecía a las materias sobre las que el Imperio quiso excluir de competencia legislativa a los *Länder* (art. 4 núm. 13 RV 1871; art. 7 núms. 2 y 3 WRV). En relación con la época de ocupación aliada posterior a 1945 vid. la 2.ª Ed. de esta obra pág. 89.

---

[15] Vid. *Piegler,* JZ 1955, pág. 721 (como Derecho consuetudinario); *Franzmann,* JZ 1956, pág. 241 (como adecuación social); *Scheyhing,* JZ 1959, pág. 241 (como autonomía privada).

[16] *Noll,* Basler Juristische Mitteilungen 1959 págs. 9 ss. Sobre su sátira, además, *M. Mantovani,* Diritto dell'informazione 1992, pág. 295.

[17] Rechtsban s'Gravenhage, Nederlanse Jurisprudentie 1959 núm. 520 (aceptación de un error de prohibición de un delito grave en el marco de una disputa estudiantil). Los excesos graves cometidos en el ámbito de las novatadas estudiantiles, tal y como sucede en Francia, son delito incluso aunque exista consentimiento del interesado más o menos forzado.

El principio constitucional según el cual "el Derecho federal prevalece sobre el territorial" está presente también en el texto fundamental (art. 31 GG). La competencia de la Federación en el ámbito de la legislación concurrente al que también pertenece el Derecho penal (art. 74 núm. 1 GG) está, no obstante, vinculada actualmente a una "cláusula de necesidad" (art. 72 II GG); sin embargo, esta circunstancia no ha supuesto un obstáculo para la legislación penal puesto que la Federación y los *Länder* coinciden en que el Derecho penal debería ser, básicamente, Derecho federal por lo que únicamente circunstancias regionales especiales pueden justificar su creación por el Derecho territorial ya que de lo contrario sería infringido el principio de la igualdad de todos ante la Ley (BGH 4, 396 [402]) [1]. En el ámbito de las materias reguladas usualmente en el StGB el legislador federal puede crear disposiciones que, sin estar incluidas en el catálogo de sus competencias (arts. 73-75 GG), enlacen con ellas de forma limítrofe (BVerfGE 23, 113). Según el art. 74 núm. 1 GG la competencia legislativa para el Derecho penal abarca no sólo a esta rama en sentido estricto sino también al Derecho administrativo sancionador (BVerfGE 7, 29 [32 ss.]) [2].

2. La **relación entre el Derecho penal federal y el territorial** está regulada en los arts. 1 II y 2-4 EGStGB (en relación con las numerosas cuestiones pasadas vid. la 2.ª Ed. de esta obra págs. 90 ss.). Estas disposiciones presuponen el orden de jerarquía de las fuentes del Derecho penal tal y como está regulado en la Constitución; de ahí que tan sólo tengan el sentido de determinar más detalladamente el alcance de los arts. 72 II y 74 núm. 1 GG (BVerfGE 7, 29 [43 ss.]) [3].

a) De acuerdo con el art. 1 II EGStGB la **Parte General** del StGB rige para el Derecho territorial actual y futuro. De este modo, por ejemplo, según el § 15 StGB decae la punibilidad de la comisión imprudente del hecho en el conjunto del Derecho territorial cuando el comportamiento imprudente no esté expresamente conminado con pena.

Singularmente deben ser admitidas excepciones por parte del Derecho federal. Y así, el art. 2 EGStGB contiene dos reservas para el Derecho territorial. En primer lugar este último puede, para tipos penales concretos —por tanto, no de una forma generalizada—, rechazar el ámbito de vigencia recogido en los §§ 3-7 StGB y, en segundo lugar, prever la impunidad bajo presupuestos especiales. Se trata de casos en los que puede existir la necesidad de una regulación especial (vid. el Proyecto de EGStGB, BT-Drucksache VII/550 y su motivación en pág. 198). Asimismo, el art. 3 EGStGB obliga al Derecho territorial a hacer todo lo posible por esforzarse en buscar la homogeneidad de los límites en la conminación de las consecuencias jurídicas del hecho (tal y como ya señalaba el § 5 de la EGStGB para la Federación del Norte de 1870). La competencia de los *Länder* para aprobar una regulación diversa sobre los plazos de la prescripción en las leyes de prensa territoriales (vid., vgr., § 24 de la Ley territorial de prensa de Baden-Württemberg de 14.1.1964, GBl. pág. 11) ha permanecido subsistente, porque según el art. 75 núm. 2 GG la legislación

---

[1] La prueba de la existencia de los presupuestos de la cláusula de necesidad es considerada como una cuestión perteneciente a la discrecionalidad del legislador privada de una posible revisión judicial posterior; vid. BVerfGE 2, 213 (224); 4, 115 (127); 13, 230 (233); 26, 328; 33, 229; 34, 39. Sobre ello vid. *Maunz/Dürig*, art. 12 núm. 17 con objeciones al respecto en núms. 18 ss.

[2] La división de las competencias legislativas entre la Federación y los *Länder* ha sido regulada de modo distinto en otros Estados federales. El Derecho suizo sólo atribuye a los cantones un Derecho complementario cuyo objeto se limita a la regulación de las faltas y algunos ámbitos muy especiales (art. 335 schweiz. StGB); vid. *Pfenninger*, Das schweizerische Strafrecht págs. 195 ss. En los EE.UU., por el contrario, el peso principal reside en cada uno de los Estados; vid. *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 160 ss.; *Van Alstyne*, American Review 26 (1989) pág. 1740.

[3] Que las respectivas disposiciones de la Constitución son repetidas en la EGStGB tan sólo de acuerdo con su sentido fue algo ya enfatizado por *Finger*, RG-Festgabe pág. 98.

sobre prensa pertenece a la legislación-marco de la Federación y las disposiciones penales en ella contenidas no la convierten en Derecho penal (BVerfGE 7, 29 [44]) [4].

b) En el ámbito de la **Parte Especial** el art. 4 II-V EGStGB distingue tres tipos de disposiciones de Derecho territorial.

(1) De acuerdo con el art. 4 II el primer grupo abarca todas las disposiciones territoriales que prevean una pena o sanción pecuniaria que no se enumeren en el art. 4 III-V. Estos preceptos del Derecho territorial permanecen intactos en tanto que no se trate de una *materia* cuyo objeto esté regulado de modo terminante en el StGB. Como hasta ahora, el concepto de materia viene a caracterizar a un ámbito para el que el legislador federal quiso suministrar una normativa definitiva (RG 42, 100; 56, 65; LG Bad Kreuznach NJW 1978, pág. 1931) [5]. Estando configurado de este modo un componente jurídico como materia, el Derecho penal territorial también está excluido como norma complementaria, interpretadora o reiterativa [6]. En especial, del silencio del Derecho federal puede derivarse que con la regulación de la materia correspondiente deberían quedar impunes los supuestos no comprendidos en ella ("regulación tácita negativa" [7]). Hasta donde alcanza una materia regulada por el Derecho federal, resultan estar también excluidas las disposiciones territoriales que impongan sanciones pecuniarias (BVerfGE 31, 141 [144]).

Ejemplos: En Derecho territorial no podría ser castigado el adulterio ni con una pena ni con una sanción administrativa, puesto que al haber sido derogado según el § 172 se trata de una regulación negativa en el marco de la "materia" de la Sección 12.ª Por el contrario, queda intacta la punibilidad por la infracción de la Ordenanza de prensa de conformidad con el § 21 de la Ley territorial de prensa de Baden-Württemberg de 14.1.1964 (GBl. pág. 11), dado que los preceptos de la Ley imperial sobre la prensa de 1874 ya no se encuentran vigentes.

(2) El art. 4 III EGStGB crea una regulación especial para las *disposiciones penales y sancionadoras de Derecho tributario* de los *Länder*, aunque viene a poner coto en este último ámbito a la dispersión normativa existente (vid. con más detalle el Proyecto de EGStGB, BT-Drucksache VII/550, Motivación págs. 200 ss.).

(3) El art. 4 EGStGB en sus apartados IV y V deja subsistentes las disposiciones penales y sancionadoras contenidas en las *leyes agrarias y forestales* [8] de los *Länder*, por ser necesario el reconocimiento de una regulación autónoma y para evitar notables desviaciones del StGB. De esta forma, según el apartado IV antes citado, quedan intactas las disposiciones del Derecho territorial dirigidas a la protección del campo y del bosque que exceptúan la punibilidad de casos poco significativos de hurto, receptación o encubrimiento (por ejemplo, la recolección sin autorización de fruta caída o la rebusca o espigueo de cosechas), o que prevén obstáculos a su perseguibilidad. De acuerdo con el apartado V, los *Länder* pueden elaborar una amplia regulación especial sobre allanamiento de morada, daños materiales y falsedades documentales, pudiendo degradar tales tipos a meras infracciones administrativas en el ámbito de la protección agraria y forestal, así como declarar impunes, no perseguibles o configurarlos como delitos perseguibles sólo en virtud de querella, aquellos supuestos que posean una escasa relevancia.

(4) Finalmente, de la *conexión de materias* [9] se deriva una competencia normativa penal que no se encuentra explicitada en el art. 4 EGStGB. Siendo los *Länder* competentes para la regulación de un ámbito

---

[4] Con más detalle, *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar 55 antes del § 1.

[5] *Finger*, RG-Festgabe pág. 105; *Lenzen*, JR 1980, pág. 134.

[6] No obstante, las disposiciones de Derecho territorial que complementan una ley penal federal en blanco pueden remitirse a su conminación penal; vid. *Kääb/Rösch*, Einführung núm. 22.

[7] Vid. *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 87 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núm. 40 antes del § 1.

[8] Vid. el resumen de las leyes agrarias y forestales de los *Länder* contenido en *Göhler/Buddendiek/Lenzen*, Lexikon des Nebenstrafrechts núm. 238.

[9] Vid., más detalladamente, *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núms. 48 ss. antes del § 1.

determinado (por ejemplo, para la construcción o la prensa), pueden elaborar las correspondientes disposiciones penales o administrativo-sancionadoras sobre la base de su competencia legislativa penal concurrente según el art. 74 núm. 1 GG, siempre que el Estado federal no haya regulado definitivamente de modo positivo o negativo la materia correspondiente. Pero este último también puede elaborar leyes penales en blanco en ámbitos reservados a la legislación de los *Länder* para las que la regulación territorial viene a servir como normas complementarias (vid. *supra* § 12 III 2).

c) Los arts. 288-292 EGStGB contienen las disposiciones que rigen las relaciones entre el Derecho federal y el territorial. Los preceptos penales que imponen consecuencias jurídicas inadmisibles según el art. 3 EGStGB dejarán de ser aplicados (art. 289); lo mismo rige para las normas que prevén penas o sanciones pecuniarias y que han sido objeto de una materia regulada de modo definitivo por el Derecho federal (art. 292). El art. 290 regula la adaptación de las conminaciones con penas de multa y el art. 291 excluye de las disposiciones de Derecho territorial las relativas a la retirada de la querella y la imposición de penas de multa al reo con la conformidad del ofendido.

II. La relación entre la ley y el reglamento en Derecho penal

1. De acuerdo con lo establecido en el art. 103 II GG un hecho sólo puede ser castigado cuando su punibilidad estaba "*legalmente*" determinada antes de que el hecho fuera cometido. Las leyes, según este precepto, no sólo deben ser entendidas en un sentido *formal*, esto es, las que han sido aprobadas por los órganos llamados a legislar por la Constitución mediante un procedimiento formal, sino que comprenden también a los **reglamentos** (vid. ya con anterioridad en relación con los reglamentos de emergencia según el art. 48 II WRV RG 55, 115 [116]) [10] y a los estatutos comunales ("*kommunale Satzungen*"). Por reglamentos se entienden aquellas proposiciones jurídicas que no son aprobadas por los órganos competentes para legislar ni tampoco por medio del procedimiento legislativo formalmente establecido, sino que lo han sido por otras autoridades a las que se le atribuye competencia reglamentaria sobre la base de una autorización legal (leyes en sentido *material*). Los reglamentos deben ser distinguidos de las *circulares administrativas* que no contienen proposiciones jurídicas, sino que tan sólo regulan la actividad de los órganos estatales con una eficacia puramente interna (por ejemplo, los criterios judiciales para el proceso penal y el procedimiento para la imposición de multas coercitivas en la redacción vigente para todo el Estado federal de 1.10.1992).

2. En la **determinación de una norma de autorización** para disposiciones penales que se adentran por caminos reglamentarios se imponen exigencias más rigurosas que en la legislación. Con ello se muestra el especial valor de la reserva de ley en Derecho penal [11]. "El legislador debe expresar inequívocamente la autorización para la conminación penal, así como perfilar de un modo tan exacto su contenido, finalidad y alcance, que los presupuestos de la punibilidad y la clase de pena sean ya previsibles para el ciudadano por la propia autorización y no por el reglamento en el que se apoya" (BVerfGE 14, 174 [185 ss.]; 14, 254 [257]). Por el contrario, el *marco penal* no necesita estar determinado en la norma de autorización.

3. A diferencia del art. 103.II.GG, y de conformidad con el art. 104.I.1.GG, la **libertad de la persona** sólo puede ser restringida a través de una ley *formal* (federal o territorial), puesto

[10] Vid. *Starck*, Gesetzesbegriff págs. 35 ss.

[11] Con más detalle, *Bopp*, Gesetzesbegriff págs. 184 ss.

que las intromisiones en la libertad sólo deben ser llevadas a cabo sobre la base de una proposición jurídica adoptada por el Parlamento federal o las asambleas territoriales, y siempre a través del procedimiento prescrito para la elaboración de las leyes [12]. Por esta razón, la reserva legal para la pena de prisión sólo se ve satisfecha por medio de una ley formal; reglamentos o estatutos no constituyen una base jurídica suficiente para ello. De todos modos, la jurisprudencia ha aceptado que al titular de la potestad reglamentaria se le puede ceder "la especificación del tipo penal"; sólo deben "estar determinados en la ley formal los presupuestos en virtud de los cuales una injerencia de esa índole es admisible, así como la naturaleza de la intromisión que tiene lugar" (BGHZ 15, 61 [64]). Prescindiendo de la descripción del contenido de la prohibición, aquí resulta también necesario, pues, la determinación legal del marco penal (BVerfGE 14, 174 [187]).

§ 14 El Derecho internacional penal

Bassiouni, An appraisal of the growth and developing trends of international criminal law, Rev int dr pén 1975, pág. 3; *el mismo,* Repression of breaches of the Geneva Conventions under the Draft Additional Protocol, Rutgers Camden Law Journal 8 (1977) pág. 185; *el mismo,* International Criminal Law, 1980; *el mismo,* International Criminal Law and International Protection of Human Rights, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1453;*el mismo,* (Ed.), International Criminal Law, Tomos I-III, 1986 con numerosas contribuciones y documentos; *el mismo,* A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal, 1987; *el mismo,* Draft Statute International Criminal Tribunal, 1992; *el mismo,* (Ed.), Commentaries of the International Law Commission's Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, 1993; *Bassiouni/Blakesley,* The need for an International Criminal Court usw., Vanderbilt Journal of Transnational Law, 1992, pág. 147; *Bassiouni/Nanda* (Edrs.), A Treatise on International Criminal Law, Tomos I, II, 1973 con numerosas contribuciones; *Beling,* Die strafrechtliche Behandlung der Exterritorialität, 1896; *Blumenwitz,* Das Verbrechen gegen den Frieden in völkerrechtlicher Sicht, Festschrift für F.-W. Krause, 1990, pág. 86; *Bothe,* Die Erklärungen der Generalversammlung der Vereinten Nationen über die Definition der Aggression, Jahrb. f. Internationales Recht 18 (1975) pág. 121; *Bromo,* The Definition of Aggression in the UN, 1968; *Clark,* The influence of the Nuremberg Trial on the developrnent of international law, en: *Ginsburg/Kudriavtsev* (Ed.), The Nuremberg Trial and International Law, 1990, pág. 252; *Crawford,* The ILC's Draft Statute for an International Criminal Tribunal, AJIL 88 (1994) pág. 140; *Dahm,* Zur Problematik des Völkerstrafrechts, 1956; *el mismo,* Völkerrecht, Tomo I, 1958, Tomo III, 1961; *el mismo,* Die Stellung des Menschen im Völkerrecht unserer Zeit, 1961; *Dahm/Delbrück/Wolfrum,* Völkerrecht, Tomo I/l, 2.ª Ed. 1989; *Dautricourt,* La protection pénale des Conventions internationales humanitaires, Rev dr pén crim 35 (1954-55) pág. 739; *Doehring,* Völkerrechtliche Beurteilung der Kriegsverbrecherprozesse von Nürnberg, en: Beiträge zur Konfliktforschung 16 (1986) núm. 4, pág. 75; *Donnedieu de Vabres,* Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international, Recueil des cours 70 (1947) Tomo I, pág. 477; *Ehard,* Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher und das Völkerrecht, SJZ 1948, pág. 353; *Ferencz,* Defining International Aggression, Tomos I, II, 1975; *el mismo,* Enforcing International Law, Tomos I y II 1983; *el mismo,* Crimes against Humanity, Encyclopedia of Public International Law, Tomo I, 1992, pág. 869; *el mismo,* Aggression, ibídem pág. 58; *Fonteyne,* Acts of State, ibídem pág. 17; *Glaser,* Les lois de Nuremberg et le droit international, SchwZStr 68 (1953) pág. 321; *el mismo,* Introduction à l'étude du droit international pénal, 1954; *el mismo,* Infraction internationale, 1957; *el mismo,* Die Gesetzlichkeit im Völkerstrafrecht, ZStW 76 (1964) pág. 514; *el mismo,* Droit international pénal conventionnel, 1970; *Grassi,* Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht, 1955; *Graven,* Les crimes contre l'humanité, Recueil des Cours 76 (1950) Tomo I, pág.

[12] *Maunz/Dürig,* Art. 104 núms. 14 ss.

433; *el mismo*, Le difficile progrès du règne de la justice et de la paix internationales par le droit, 1970; *Grebing*, Zur Frage der Schaffung eines Internationalen Strafgerichtshofs, GA 1976, 97; *Greenspan*, The Modern Law of Warfare, 1959; *Grewe*, Nürnberg als Rechtsfrage, 1947; *el mismo*, Rückblick auf Nürnberg, Festschrift für K. Doehring, 1989, pág. 229; *Hahnenfeld*, Die Herkunft der in dem Nürnberger Urteil angewandten allgemeinen Lehren des Strafrechts, Tesis doctoral, Frankfurt 1959; *Heinze/Schilling*, Die Rechtsprechung der Nürnberger Militärtribunale, 1952; *Herzog*, Nuremberg: un échec fructueux? 1975; *Heydecker/Leeb*, Der Nürnberger Prozeß, 1979; History of the United Nations War Crimes Commission usw., 1948; *Hoffmann*, Strafrechtliche Verantwortung im Völkerrecht, 1962; *Hofmann*, Zur Unterscheidung von Verbrechen und Delikt im Bereich der Staatenverantwortlichkeit, ZaöRV 45 (1985) pág. 195; *Hollweg*, Das neue Internationale Tribunal der UNO und der Jugoslawienkonflikt, JZ 1993, pág. 980; *el mismo*, Vom Jugoslawientribunal der UNO zum allgemeinen Internationalen Strafgerichtshof? SchwZStr 112 (1994) pág. 251; *Hosoya* y otros (Ed.), The Tokyo War Crimes Trial, 1986; *Ipsen*, Das "Tokyo Trial" im Lichte des seinerzeit geltenden Völkerrechts, Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 505; *Jescheck*, Kriegsverbrecherprozesse gegen deutsche Kriegsgefangene in Frankreich, SJZ 1949, pág. 107; *el mismo*, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, 1952; *el mismo*, Zum Oradour-Prozeß, JZ 1953, pág. 156; *el mismo*, Die internationale Genocidium-Konvention und die Lehre vom Völkerstrafrecht, ZStW 66 (1954) pág. 193; *el mismo*, Verbrechen nach Völkerrecht, Deutsche Landesberichte zum IV. Int. Kongreß für Rechtsvergleichung, 1955, pág. 351; *el mismo*, Die Entwicklung des Völkerstrafrechts nach Nürnberg, SchwZStr 72 (1957) pág. 217; *el mismo*, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsaussichten des Völkerstrafrechts, Erinnerungsgabe für M. Grünhut, 1965, pág. 47; *el mismo*, Gegenstand und neueste Entwicklung des internationalen Strafrechts, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 579; *el mismo*, Entwicklung usw. des internationalen Strafrechts, GA 1981, pág. 49; *el mismo*, Nuremberg Trials; Rauter Case; War Crimes, Encyclopedia of Public International Law, fascículo 4.º, 1982, págs. 50, 165, 294; *el mismo*, Genocide; International Crimes, Encyclopedia, Tomo II, 1995, págs. 541, 1119; *Jiménez de Asúa*, Politique criminelle internationale usw., Recueil d'études en hommage de H. Donnedieu de Vabres, 1960, pág. 45; *Klug*, Der neue Straftatbestand des Friedensverrats, en: *Baumann* (Ed.), Mißlingt die Strafrechtsreform? 1969, pág. 162; *el mismo*, Das Aufstacheln zum Angriffskrieg, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 583; *v. Knierim*, Nürnberg, 1953; *Kranzbühler*, Rückblick auf Nürnberg, 1949; *el mismo*, Nürnberg als Rechtsproblem, Festgabe für E. Kaufmann, 1950, pág. 219; *Krüger-Sprengel*, Grundsätze des neuen humanitären Kriegsvölkerrechts, NZWehrr 1981, pág. 121; *Lauterpacht*, The Law of Nations and the punishment of War Crimes, British Yearbook of Int. Law 1944, pág. 79; *Lombois*, Droit pénal international, 1971; *Lummert*, Die Strafverfahren gegen Deutsche im Ausland wegen "Kriegsverbrechens", 1949; *Makarov*, Betrachtungen zum internationalen Strafrecht, Festschrift, für E. Kern, 1968, pág. 253; *Maunoir*, La répression des crimes de guerre devant les tribunaux français et alliés, 1956; *Menzel/Ipsen*, Völkerrecht, 2.ª Ed. 1979; *Mueller/Wise*, International Criminal Law, 1965; *Müller*, The Convention of the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes usw., AJIL 65 (1971) pág. 476; *Oehler*, Internationales Strafrecht, 2.ª Ed. 1983; *el mismo*, Angriffshandlungen und andere internationale Delikte usw., Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 293; *el mismo*, Criminal Law, International, Encyclopedia of Public International Law, Tomo I, 1992, pág. 877; *Partsch*, Der Sicherheitsrat als Gerichtsgründer, Vereinte Nationen 1994, pág. 11; *Pella*, La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir, 1925; *Ptawski*, Etude des principes fondamentaux du droit international pénal, 1972; *C. A. Pompe*, Aggressive War an International Crime, 1953; *Pritchard/Zaide* (Edrs.), The Tokyo War Crimes Trial, 22 tomos, 1951; *Revue internationale de droit pénal 1964*, fascículo 1/2, Les projets des Nations Unies pour l'institution d'une justice pénale internationale (con numerosas contribuciones); *Roggemann*, Strafverfolgung von Balkankriegsverbrechen aufgrund des Weltrechtsprinzips, NJW 1994, pág. 1436; *Röling*, The Tokyo Trial in Retrospect, en: Buddhism and Culture, 1960, pág. 247; *el mismo*, The Law of War and the National Jurisdiction since 1945, Recuell des Cours 100 (1960) Tomo II, pág. 329; *el mismo*, Tokyo Trial, Encyclopedia of Public International Law, Fascículo 4.º, 1982, pág. 242; *el mismo*, Crimes against Peace, ibídem, Tomo I, 1992, pág. 871; *C. F. Rüter* y otros (Ed.), Justiz und NS-Verbrechen, 22 Tomos, 1968-1981; *Scelle*, Manuel de droit international public, 1948; *Schindler*, Crimes against the Law of Nations, Encyclopedia of Public International Law, Tomo I, 1992, pág. 877; *Schindler/Toman* (Edrs.), The Laws of Armed Conflicts, 1973; *Schroeder*, Der Schutz des äußeren

Friedens, JZ 1969, pág. 41; *el mismo*, Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht, 1970; *Schwarzenberger*, The Problem of an International Criminal Law, en: *Mueller/Wise*, International Criminal Law, 1965, pág. 3; *Smith*, The Road to Nuremberg, 1981; *Strebel*, Die strafrechtliche Sicherung humanitärer Abkommen, ZaöRV 15 (1953) pág. 31; *Taylor*, Nuremberg and Vietnam, An American Tragedy, 1970; *Tomuschat*, A System of International Criminal Prosecution is Taking Shape, Review of the International Commission of Jurists, núm. 50, 1993, pág. 56; *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, 1899; *Triffterer*, Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg, 1966; *el mismo*, Völkerstrafrecht im Wandel? Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1477; *el mismo*, Grundlagen usw. des internationalen Tribunals zur Verfolgung der Humanitätsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien, ÖJZ 1994, pág. 825; *Verdroß*, Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten, 1920; *Verhaegen*, La répression des crimes de guerre en droit belge, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1441; *v. Weber*, Internationale Strafgerichtsbarkeit, 1934; *Wegner*, Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht, 1925; *Wehberg*, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit von Individuen wegen Friedensbruchs, Festschrift für R. Laun, 1953, pág. 394; *Weigend*, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen usw.? ZStW 105 (1993) pág. 774; *Wengler*, Völkerrecht, Tomos I y II, 1964; *Wilkitzki*, Die völkerrechtlichen Verbrechen und das staatliche Strafrecht, ZStW 99 (1987) pág. 455; *el mismo*, Die Regionalisierung des internationalen Strafrechts, ZStW 105 (1993) pág. 821; *Wise*, War crimes and criminal law, en: *Wise/Mueller*, Studies in Comparative Criminal Law, 1975, pág. 35; *Woetzel*, The Nuremberg Trials in International Law, 1962; *Zander*, The Act of State Doctrine, AJIL 53 (1959) S. 826.

Vid., además, *de Schutter*, Bibliography on International Criminal Law, 1972; *Bassiouni*, International Crimes: Digest/Index of International Instruments 1815-1985, Vols. I, II, 1986.

I. La relación entre el Derecho penal estatal y el Derecho internacional penal (Völkerstrafrecht)

1. El Derecho internacional *clásico* **no conoció una responsabilidad de personas individuales** por el injusto cometido. No les garantizaba ningún derecho, aunque tampoco les imponía deber alguno. La teoría del Derecho internacional sostenía como algo "inimaginable, que una norma de este sector jurídico fuera infringida por personas individuales. Hay delitos del individuo pero no contra el Derecho internacional" [1]. Sólo el Derecho penal estatal era el que, a través de sus propias normas, podía proteger los principios del Derecho internacional, dado que aquél prevenía con conminaciones penales y transformaba los deberes jurídicos impuestos al Estado en deberes del individuo sancionados criminalmente (vid., por ejemplo, la punibilidad de las acciones contra los Estados extranjeros según los §§ 102 ss., además de las disposiciones penales contra el genocidio del § 220 a) y los ataques contra el tráfico aéreo y marítimo del § 316 c). No obstante, desde el final de la Primera Guerra Mundial esta imagen ha cambiado. Bajo ciertos límites, los individuos ya son considerados como sujetos de derechos y deberes por el Derecho internacional [2] y, de acuerdo con ello, es imaginable que infracciones de peso contra normas nucleares del Derecho internacional sean consideradas como delitos internacionales que deben ser castigadas de modo inmediato por aquella rama del Derecho [3].

---

[1] *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht pág. 329.

[2] Vid., con mayor detenimiento, *Dahm*, Die Stellung des Menschen págs. 30 ss.; *el mismo*, Völkerrecht Tomo I pág. 417; *Scelle*, Manuel pág. 911; *Grassi*, Die Rechtsstellung págs. 297 ss.; *Glaser*, Droit international pág. 84; *Sinha* The Position of the Individual, en: *Bassiouni/Nanda* Tomo I págs. 126 ss.

[3] Para más detalles, *Jescheck*, Völkerstrafrecht págs. 206 ss.; *Dahm*, Problematik págs. 14 ss.; *Hoffmann*, Strafrechtliche Verantwortung págs. 30 ss.; *Glaser*, Introduction págs. 56 ss.; *Graven*, Le difficile progrès págs. 550 ss.; *Triffterer*, Jescheck-Festschrift Tomo II pág. 1489.

2. Pero incluso aunque se demostrara que un **"Derecho internacional penal"** [4] de esta naturaleza fuera una parte integrante del Derecho internacional vigente, de ello no podría deducirse sin más su obligatoriedad inmediata pues, según el art. 25 GG, sólo las reglas *generales* del Derecho internacional forman parte del Derecho federal con preferencia sobre sus leyes y desplegando una obligatoriedad inmediata sobre los habitantes del Estado federal; en cambio, los tratados de Derecho internacional deben ser incorporados previamente al Derecho estatal por medio de actos de transformación especial (art. 59 II GG) [5]. Con ello, pues, sólo le correspondería una obligatoriedad inmediata cuando fuera reconocido por la mayoría de los países al pertenecer así a las reglas generales, algo que por ahora está todavía bastante lejano. Pero aún cuando existiera un Derecho internacional penal fundamentado sobre las reglas generales del Derecho internacional, aquél exigiría su transformación en una ley adecuada al mandato de determinación del tipo penal y de la sanción con el objeto de satisfacer las exigencias del art. 103 II GG.

II. El desarrollo del Derecho internacional penal [6]

1. La idea de un Derecho penal perteneciente al Derecho internacional que se encuentre por encima de los Estados se remonta a la **teoría del Derecho natural** de los siglos XVI y XVII *(Francisco de Vitoria, Francisco Suárez y Hugo Grocio)*. La época actual del Derecho internacional comienza tras la Primera Guerra Mundial. El art. 227 del Tratado de Paz de Versalles situó bajo acusación al Emperador Guillermo II —por cierto, no sobre la base del Derecho internacional, sino de conformidad con "los más elevados principios de la política internacional"—, y exigió en su art. 228 la entrega de los alemanes acusados de crímenes de guerra [7]. En el período comprendido entre las dos guerras mundiales las asociaciones científico-jurídicas de ámbito internacional se esforzaron por realizar un diseño teórico y una imposición práctica del nuevo sector jurídico *(Caloyanni, Donnedieu de Vabres, Pella, Politis, Saldaña, Sottile)*.

2. Tras la victoria de las fuerzas aliadas en la Segunda Guerra Mundial, éstas se pusieron pronto de acuerdo sobre la persecución penal de la clase dirigente política, militar y económica de Alemania y sus aliados [8]. En el **Acuerdo de Londres de 8.8.1945** se acordó por las cuatro grandes potencias y 19 Estados más que se adhirieron al mismo con posterioridad, el castigo de los principales responsables de los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y contra la Humanidad; sobre esta base, tuvo lugar el proceso contra los principales criminales de guerra ante

---

[4] La expresión procede de *Beling*, Exterritorialität pág. 41, que sin embargo mantenía según la anterior teoría dualista que sólo era posible frente a los Estados. Del mismo modo, todavía en sus comienzos, *Pella*, La criminalité collective págs. 20 ss. El concepto fue asumido por *Menzel/Ipsen*, Völkerrecht págs. 375 ss., mientras que *Oehler*, Internationales Strafrecht pág. 606, lo rechazaba.

[5] *Maunz/Dürig*, Art. 59 núms. 16 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núm. 23 antes del § 1.

[6] Con detenimiento al respecto, *v. Weber*, Internationale Strafgerichtsbarkeit págs. 7 ss.; *Jescheck*, Völkerstrafrecht págs. 19 ss.; *Lombois*, Droit pénal international págs. 53 ss.; *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 605 ss.; *Ferencz*, Enforcing International Law Tomo I, 1983; *Bassiouni*, Rev int dr pén 1975, págs. 4 ss.

[7] Finalmente, los procesos tuvieron lugar, de acuerdo con los aliados, ante el Tribunal Imperial de conformidad con la Ley de 18.11.1919 (RGBl. pág. 2125). Los juicios, que en el extranjero levantaron duras críticas, están publicados en un libro blanco como Reichstagsdrucksache núm. 2584, I. Wahlperiode, 1920/21. Vid., en relación con la problemática de entonces, *Verdroß*, Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung págs. 84 ss.; *Wegner*, Kriminelles Unrecht págs. 28 ss.

[8] Vid., con más detalle, History of the UN War Crimes Commision págs. 87 ss.; *Smith*, The Road to Nuremberg, 1981.

el **Tribunal Militar Internacional de Nuremberg**[9]. Se trataba de un Tribunal de ocupación interaliado y no de un órgano con jurisdicción penal internacional, porque el Acuerdo de Londres tenía tan sólo eficacia interpartes y no estaba vigente en Alemania (art. 34 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23.5.1969 BGBl. 1985 II pág. 926)[10]. Mientras que la punibilidad de los crímenes de guerra se basaba en el antiguo Derecho consuetudinario internacional[11], los aliados introdujeron de forma novedosa y con efectos retroactivos la punibilidad de los delitos contra la Humanidad (en tanto que éstos no coincidieran con el Derecho penal estatal existente) y de las agresiones bélicas[12], algo a lo que difícilmente tenían derecho[13]. Existió, según ello, un "acto revolucionario"[14] con el que se podría estar de acuerdo a la vista de la situación extraordinaria ante la que se encontraban los aliados en 1945, si las reglas generales del Derecho internacional penal hubieran sido asumidas por el Derecho internacional posterior a Nuremberg, algo que precisamente hasta el momento no ha sucedido[15]. En lugar de ello, han continuado las intervenciones militares de las grandes potencias y han tenido lugar numerosas agresiones bélicas. Los crímenes de guerra y contra la Humanidad que han sido cometidos tras la

---

[9] El proceso de 1.10.1946 está publicado en: Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof Tomo I, 1947, págs. 189 ss. Sobre el mismo, vid. *Donnedieu de Vabres*, Recueil des Cours 70 (1947) Tomo I págs. 489 ss.; *Ehard*, SJZ 1948, pág. 353; *Glaser*, SchwZStr 68 (1953) pág. 321; *Jescheck*, Nuremberg Trials, Encyclopedia, Fascículo 4.º, 1982, págs. 50 ss.; *Kranzbühler*, Rückblick págs. 11 ss.; *Woetzel*, The Nuremberg Trials págs. 40 ss.; *Röling*, The Nuremberg and the Tokyo Trials, en: *Bassiouni/Nanda* Tomo I págs. 590 ss.; *Herzog*, Nuremberg págs. 81 ss.; *Ptawski* Droit international pénal págs. 72 ss.; *Doehring*, Beurteilung der Kriegsverbrecherprozesse págs. 75 ss.; *Grewe*, Doehring-Festschrift págs. 229 ss. Una recopilación de material sobre este tema se contiene en *Heydecker/Leeb*, Der Nürnberger Prozeß, 1979.

[10] Así, con razón, *Schwarzenberger*, International Criminal Law pág. 31; *Dahm*, Völkerrecht Tomo III pág. 290; *Wengler*, Völkerrecht Tomo I p.. 829 nota a pie núm. 3; *Grewe*, Doehring-Festschrift pág. 249; *Ipsen*, Oehler-Festschrift págs. 506 ss. (en relación con la "Special Proclamation" del General MacArthur de 19.1.1946, sobre la que se basó la jurisdicción del "International Military Tribunal for the Far East").

[11] Vid. *Grewe*, Nürnberg als Rechtsfrage págs. 17 ss.; *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 621 ss.; *Jescheck*, War Crimes, Encyclopedia Fascículo 4.º, 1982, págs. 294.

[12] En la actualidad la doctrina mayoritaria se muestra favorable a los crímenes contra la paz, *Wehberg*, Laun-Festschrift pág. 394; *C. A. Pompe*, Aggressive War pág. 175; *Oehler*, Internationales Strafrecht pág. 616; *Ipsen*, Oehler-Festsclirift págs. 511 ss.; *Grewe*, Doehring-Festschrift pág. 243; *Blumenwitz*, Krause-Festschrift págs. 79 ss.; *Röling*, Encyclopedia Tomo I págs. 871 ss.; *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht Tomo I/1 págs. 56 ss. Por el contario, *Glaser*, Droit international pénal págs. 67 ss. comprende a la prohibición de las agresiones bélicas contenidas en el Pacto de Briand-Kellogg (1929) como una norma penal. Para afrontar la prohibición de retroactividad el Derecho internacional se conforma con el *merecimiento* de pena del hecho en el momento de su comisión; vid., vgr., *Dahm*, Völkerrecht Tomo III pág. 317; *Glaser*, ZStW 76 (1964) pág. 523; *Lombois*, Droit international pénal pág. 52. No obstante, los modernos documentos de Derecho internacional hablan enequívocamente de *punibilidad* (vid. *infra* § 15 II 4). Sobre todo ello, vid. *Triffterer*, Dogmatische Untersuchungen págs. 124 ss.

[13] *Kranzbühler*, E. Kaufmann-Festgabe págs. 221 ss.

[14] *Jescheck*, Völkerstrafrecht pág. 175.

[15] Con mayor detenimiento, *Jescheck*, SchwZStr 72 (1957) págs. 220 ss.; *el mismo*, Grünhut-Erinnerungsgabe págs.49 ss.; *el mismo*, GA 1981, págs. 54 ss. De forma equivocada, numerosas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas son consideradas como recepción de los "principios de Nuremberg"; vid., por ejemplo, *Bierzanek*, Prosecution of International Crimes, en: *Bassiouni/Nanda* Tomo I pág. 584. De otra opinión, *Lombois*, Droit international pénal pág. 61 ss. En torno a su desarrollo desde la Segunda Guerra Mundial, *Ferencz*, Enforcing International Law Tomo II, 1983.

Segunda Guerra Mundial apenas han sido inferiores en número y horror a los sucedidos entre 1939 y 1945. Casi todos estos hechos han quedado sin castigo o, en cualquier caso, no han sido sancionados conforme al "Derecho internacional penal" [16].

3. Prescindiendo del proceso celebrado contra los dirigentes políticos y militares japoneses ante el **Tribunal militar de Tokio** constituido por once países en el año 1946 y donde se plantearon los mismos problemas jurídicos que en Nuremberg [17], el proceso ante el IMT de esta última ciudad ha permanecido como el único procedimiento interaliado. Por el contrario, han tenido lugar numerosos procesos contra ciudadanos alemanes tanto ante tribunales extranjeros basados en el Derecho de otros países [18], como también en Alemania sobre la base de la KRG núm. 10 de 20.12.1945 (Kontrollratsamtsblatt pág. 50) ante los tribunales de ocupación [19]. La **KRG núm. 10** fue temporalmente también objeto de aplicación por parte de los tribunales alemanes, en la medida en que se tratara de delitos contra la Humanidad cometidos por alemanes en contra sus propios nacionales (vid., vgr., OGH 1, 411; 2, 413). No obstante, desde el año 1950 la Justicia alemana se rigió sólo por el Derecho penal alemán para el enjuiciamiento de los delitos violentos cometidos durante la época del nacional-socialismo [20].

4. Los miembros de las **Naciones Unidas** no han hecho suyo el Derecho internacional penal aplicado en Nuremberg y Tokio [21].

En realidad, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha "confirmado" los principios de Nuremberg en dos resoluciones de 11.12.1946 y de 21.11.1947, pero ello no va más allá de una mera declaración de lo que entonces sucedió en justicia a los condenados y no significa la creación de un nuevo Derecho internacional obligatorio para todos sus miembros algo para lo que, por otra parte, tampoco tendría competencia la

---

[16] Vid. *Wise*, War Crimes págs. 35 ss.; *Grewe*, Doehring-Festschrift pág. 241; *Jescheck*, GA 1981, pág. 57 nota a pie núm. 26 sobre el castigo de los crímenes de guerra de My Lai en Vietnam que fueron perseguidos sobre la base del Derecho norteamericano, aunque finalmente su persecución no ha tenido eficacia de ningún tipo. Sobre ello, además, *Taylor*, Nuremberg and Vietnam pág. 207. También nuestro continente opone resistencia al castigo de los propios nacionales por de crímenes de guerra; vid., críticamente al respecto, *Verhaegen*, Jescheck-Festschrift Tomo II págs. 1441 ss.

[17] Para más detalles, *Röling*, The Tokyo Trial in Retrospect págs. 254 ss.; *el mismo*, Tokyo Trial, Encyclopedia Fascículo 4.º, 1982, pág. 242; *Ipsen*, Oehler-Festschrift págs. 505 ss. La totalidad de la documentación del proceso de Tokio está publicada en *Pritchard/Zaide* (Edrs.), The Tokyo War Crimes Trial, 22 Tomos, 1951. Sobre sus cuestiones jurídicas y significado histórico, *Hosoya* y otros (Ed.), The Tokyo War Crimes Trial, 1986.

[18] Al respecto vid. *Lummert*, Die Strafverfahren gegen Deutsche págs. 29 ss.; *Maunoir*, La répression des crimes de guerre págs. 153 ss.; *Jescheck*, SJZ 1949, pág. 107; *el mismo*, JZ 1953, pág. 156; *el mismo*, Rauter Case, Encyclopedia Fascículo 4.º, 1982, págs. 165 ss.; *Röling*, Recuell des Cours 100 (1960) Tomo II págs. 329 ss.

[19] *Jescheck*, Nuremberg Trials, Encyclopedia Fascículo 4.º, 1982, págs. 54 ss.; *Heinze/Schilling*, Die Rechtsprechung der Nürnberger Militärtribunale, 1952; *v. Knierim*, Nürnberg págs. 11 ss.

[20] Una publicación completa hasta el año 1965 de los procesos celebrados ante tribunales alemanes por delitos de homicidio cometidos durante el nacional-socialismo puede encontrarse en la colección "Justiz und NS-Verbrechen", editado por *C.F. Rüter* y otros en 22 tomos entre los años 1968-1981.

[21] La opinión de *Greenspan*, Law of Warfare pág. 428 de que los principios de Nuremberg se han convertido en una sólida parte del Derecho internacional, no es confirmada ni por los tratados ni por la praxis de los Estados. También es equivocada la opinión de *Clark*, The influence of the Nuremberg Trial pág. 263, según la cual aquí existiría "un grupo de reglas y principios firmemente establecidos".

[22] Vid. la exposición de las interpretaciones de ambas resoluciones en *Jescheck*, Grünhut-Erinnerungsgabe pág. 52 anotación núm. 37; además, *Menzel/Ipsen*, Völkerrecht págs. 382 ss.; *Oehler*, Internationales Strafrecht pág. 607; *Doehring*, Beiträge zur Konfliktforschung pág. 81; *Grewe*, Doehring-Festschrift pág. 236.

Asamblea General [22]. Y es que esta última nunca ha aceptado ni los principios jurídicos de Nuremberg redactados por la International Law Commission [23] ni el proyectado "Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind" [24] elaborado también por aquélla ni, en fin, el "Statute for an International Criminal Court" redactado por una comisión internacional [25]. Resulta cuestionable, pues, la existencia de un Derecho internacional penal que esté por encima de los Estados y que presuponga un gobierno mundial dotado de medios de poder que no hayan creado los países más poderosos, en la medida en que éstos ejercen su propia política como potencias mundiales. Un desarrollo en esta línea no resulta sin embargo imposible [26]. La Convención de las Naciones Unidas de 27.11.1968 sentó el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de *guerra y contra la Humanidad* atribuyéndole efecto retroactivo (vid. la 2.ª Ed. de esta obra, págs. 110 ss.) [27]. La aceptación de una definición de agresión por la XXIX Asamblea General celebrada el 14.12.1974 [28] ha supuesto una nueva oportunidad para la continuación de los trabajos de las Naciones Unidas en el "Draft Code of Offences", aunque finalmente ha quedado sin eficacia alguna.

Una colección comprensiva de todos los Tratados de Derecho internacional, que además contiene una Parte General con normas penales, ha sido redactada por un grupo internacional de especialistas bajo la dirección de *Bassiouni* bajo el título "Draft International Criminal Code", con la intención de promover los trabajos de las Naciones Unidas en la codificación del Derecho internacional [29]. En el año 1981 se encomendó otra vez a la International Law Commission la misión de proceder a una nueva redacción del "Draft Code of Offences against the Peace and Security", cuyo informe fue publicado en 1991 [30]. Además, *Bassiouni* ha presentado en el año 1992 un nuevo "Draft Statute International Criminal Tribunal". Los graves crímenes de guerra y contra la Humanidad que fueron cometidos durante la guerra de la anterior Yugoslavia han conducido en el año 1993, sobre la base de las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, a la constitución de un Tribunal *ad hoc* para el enjuiciamiento de los culpables [31]. Entretanto, han sido

---

[23] AJIL 44 (1950) Supágs. págs. 125 ss.; *Mueller/Wise,* págs. 279 ss.

[24] AJIL 49 (1955) Supágs. págs. 17 ss.; *Mueller/Wise,* págs. 594 ss.

[25] Report of the 1953 Committee of International Criminal jurisdiction, UN General Assembly, Ninth Session, Supágs. NÚM. 12 (A/2645), 1954, págs. 23 ss. Vid., sobre ello, *Grebing,* GA 1976, págs. 97ss. No obstante, en el año 1994 la International Law Commission ha elaborado el proyecto de un "Statute for an International Criminal Tribunal". Al respecto, *Crawford,* AJIL 88 (1994) pág. 140.

[26] Acerca de la anterior valoración global pesimista de la situación vid. el número especial de la Rev int dr pén 1964, núm. 1/2 "Les projets des Nations Unies pour l'institution d'une justice pénale internationale" con numerosas contribuciones de expertos; además, *Dautricourt,* The International Criminal Court, en: *Bassiouni/Nanda* Tomo I págs. 636 ss.; *Grewe,* Doehring-Festschrift pág. 237; *Ipsen,* Oehler-Festschrift pág. 515; *Jescheck,* Grünhut-Erinnerungsgabe pág. 47.

[27] *Müller,* AJIL 65 (1971) págs. 476 ss.; en relación con el problema de la prescripción *Glaser,* Droit international pénal págs. 113 ss.

[28] *Bothe,* Jahrb. f. Intern. Recht 18 (1975) págs. 121 ss. (texto en págs. 142 ss.); *Bromo,* The Definition of Aggression in the United Nations, 1968; *Ferencz,* Defining International Aggression Tomo II págs. 14 ss.; *el mismo,* Criminal Law, en: *Bassiouni/Nanda* Tomo I págs. 23 ss.; *Oehler,* Encyclopedia Tomo I pág. 881; *Jescheck,* GA 1981, págs. 54 ss.

[29] El texto con comentarios puede verse en *Bassiouni,* International Criminal Law, 1980. Al respecto, *Oehler,* Klug-Festschrift Tomo II págs. 293 ss. y bajo el punto de vista de la protección jurídica internacional de los derechos de la persona, *Bassiouni,* Jescheck-Festschrift Tomo II págs. 1453 ss. El "Draft Code" fue completado a través del "Draft Statute of the International Criminal Tribunal" en *Bassiouni,* A Draft págs. 213 ss. Sobre esto *Bassiouni/Blakesley,* Vanderbilt Journal 1992, 151 ss.

[30] Vid. *Williams,* The Draft Code of Offences, en: *Bassiouni* (Ed.), International Criminal Law Tomo I, 1986, págs. 109 ss.; *Bassiouni* (Ed.), Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, 1993.

[31] En relación con ello, vid. *Tomuschat,* The Review of the International Commission of jurists núm. 50, 1993, págs. 56 ss.; *Partsch,* Vereinte Nationen 1994, págs. 11 ss.; *Triffterer,* ÖJZ 1994, págs. 825 ss.

nombrados los miembros de dicho Tribunal y los acusadores [32]. En el año 1994 ha sido publicado un informe dirigido al Consejo de Seguridad (con una información muy extensa) en el que se investigan los crímenes de guerra y genocidio cometidos en la guerra de Yugoslavia; su elaboración ha corrido a cargo de una comisión dirigida por *Bassiouni*.

III. Los presupuestos jurídicos del Derecho internacional penal

La pregunta sobre si existe un Derecho internacional penal que contenga algo más que obligaciones dirigidas a los Estados consistentes en aprobar disposiciones penales determinadas, resulta dudosa a la luz del desarrollo expuesto [33]. De seguirse las tesis del juicio de Nuremberg, para la existencia de un verdadero Derecho internacional penal deberían darse los siguientes presupuestos:

1. El mismo Derecho internacional debería contener verdaderos tipos penales que vincularan inmediatamente a las personas sin necesidad de recurrir al Derecho estatal, de tal forma que la punibilidad de sus transgresiones se determinara sin necesidad de la intervención del legislador estatal **(principio de responsabilidad penal inmediata del individuo según el Derecho internacional)** [34]. Un principio de esta naturaleza sería compatible con la situación actual del Derecho internacional. La cuestión reside sólo en saber si verdaderamente ha encontrado un reconocimiento generalizado (sobre ello vid. *infra* § 14 IV).

2. Pero, además, cuando un comportamiento fuera declarado punible en Derecho internacional, el Derecho estatal debería perder su eficacia pues de lo contrario el individuo estaría situado entre dos fuegos. Ningún Estado podría ordenar ni permitir acciones contrarias al Derecho internacional penal, cualquiera que sea la persona que las cometa, y mucho menos poseer eficacia justificante las órdenes contrarias al mencionado orden jurídico **(principio de primacía del Derecho internacional penal sobre el Derecho estatal)**. En teoría también este principio es susceptible de realizarse: las normas del Derecho internacional penal sólo deberían obtener su reconocimiento por la gran mayoría de los Estados, con lo que vendrían a convertirse en "normas generales del Derecho internacional". Si esta solución óptima no fuera posible, por lo menos aquellos Estados que están interesados en la creación de un Derecho internacional penal deberían estar dispuestos a transformar aquellas normas en Derecho estatal; de este modo, como Derecho más reciente prevalecería frente a otro más antiguo de signo contario. Por ahora, sin embargo, la realidad es que no ha sucedido ni una ni otra cosa [35].

3. Finalmente, debería quedar excluida la posibilidad de que frente a un comportamiento contrario al Derecho internacional penal cometido por un órgano estatal, en el caso de su perse-

---

[32] Al respecto, *Hollweg*, JZ 1993, pág. 980; sobre la creación de un Tribunal Penal Internacional permanente, *el mismo*, SchwZStr 112 (1994) págs. 280 ss.

[33] Vid. *Schwarzenberger*, International Criminal Law pág. 23: "por ahora no existe una ley internacional penal reconocida por todas las naciones"; sobre esta cuestión vid., además, *Jescheck*, Maurach-Festschrift págs. 588 ss.; *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 607 ss.; *Ryu/Silving*, International Criminal Law, en: *Bassiouni/Nanda* Tomo I págs. 23 ss.

[34] *Menzel/Ipsen*, Völkerrecht pág. 383; *Triffterer*, Jescheck-Festschrift Tomo II pág. 1499; *Jescheck*, International Crimes, Encyclopedia Fascículo 8, 1986, pág. 332. La responsabilidad penal individual debe diferenciarse claramente de la que poseen los Estados por la comisión de crímenes internacionales; vid. *Hofmann*, ZaöRV 45 (1985) pág. 206.

[35] Acerca de la posibilidad de un Derecho internacional penal de ámbito regional, *Weigend*, ZStW 105 (1993) págs. 774 ss. y *Wilkitzki*, ibídem págs. 821 ss.

cución penal a través de la jurisdicción internacional o extranjera, pudiera alegarse que se trataba de un acto de soberanía estatal sometido sólo a la jurisdicción del propio Estado según el principio de "par in parem non habet jurisdictionem" (**exclusión de la "teoría de los actos soberanos"**) [36]. En este punto, el desarrollo posterior a 1945 ha avanzado lo más ampliamente posible. Ya existe una jurisdicción supraestatal que, de acuerdo con su cualificación jurídica, se encuentra por encima del poder estatal. La creación de un poder soberano internacional de esta naturaleza tiene precisamente el sentido de someter a los Estados bajo su jurisdicción dentro de ciertos límites. Pero, en cualquier caso, tampoco puede oponerse más la teoría de los actos soberanos frente a una jurisdicción estatal para el supuesto en el que se cometan graves crímenes contra el Derecho internacional. Esta concepción se corresponde con viejos usos de los crímenes de guerra pero, incluso también para otros delitos, la práctica internacional desde 1945 muestra una imagen tan unitaria que aquí debe ser aceptada una norma general del Derecho internacional [37].

IV. Los tipos penales del Derecho internacional penal

En la medida en que pueda hablarse de un verdadero Derecho internacional penal (vid. *supra* § 14 III), las normas penales pueden exponerse de la mano de tres tipos principales descritos en el Acuerdo de Londres de 1945 [38].

1. Por **crímenes contra la paz** se comprenden la preparación, desencadenamiento y ejecución de una agresión bélica o de una guerra bajo la infracción de tratados internacionales. Los principales problemas residen aquí en la definición del ataque [39] y en la delimitación del círculo de personas que puede responsabilizarse.

Un tipo penal delictivo contra la paz de generalizado reconocimiento sería del máximo valor para las exigencias de seguridad de los pueblos, aunque sin embargo todavía no existe. La Constitución declara contraria a su propio texto la preparación de la declaración de un estado de guerra (art. 26 GG). Para la protección de la paz el StGB contiene disposiciones penales contra la preparación de un ataque bélico (§ 80) [40] o su provocación (§ 80 a) [41].

---

[36] Al respecto, vid., con numerosos ejemplos de la praxis de los Estados, *Zander*, AJIL 53 (1959) pág. 826. Sobre la expropiación por parte de Estados extranjeros vid. *Fonteyne*, Encyclopedia Tomo I págs. 17 ss.

[37] Vid. *Dahm*, Völkerrecht Tomo III pág. 319; *Wengler*, Völkerrecht Tomo II págs. 1461 ss. Con reservas, *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht Tomo I, 1 pág. 489.

[38] Acerca de los comienzos de una Dogmática de las teorías generales del Derecho internacional penal vid. *Glaser*, Infraction internationale págs. 11 ss.; *Hahnenfeld*, Herkunft der allgemeinen Lehren, 1959; *Jescheck*, Völkerstrafrecht págs. 147 ss.; *Triffterer*, Dogmatische Untersuchungen págs. 158 ss.; *Glaser*, Droit international págs. 49 ss.; *Vogler*, Defense of Superior Orders, en: *Bassiouni/Nanda* Tomo I págs. 619 ss.; *Bassiouni*, International Criminal Code, General Part con comentarios págs. 141 ss.; *Schindler*, Crimes against the Law of Nations, Encyclopedia Tomo I págs. 875 ss.; *Wilkitzki*, ZStW 99 (1987) págs. 465 ss.

[39] Vid. *Bassiouni, Butler, Novogrod, Whitton, Dinstein*, en: *Bassiouni/Nanda* Tomo I págs. 159 ss.; *Röling*, Crimes against Peace, Encyclopedia Tomo I págs. 871 ss.; *Ferencz*, Aggression, ibídem págs. 58 ss.; *Oehler*, Internationales Strafrecht pág. 618; *Jescheck*, International Crimes, Encyclopedia Tomo II págs. 1119 ss.; además vid. *supra* § 14 II 4.

[40] Con carácter general vid. sobre ello, *Schroeder*, Schutz von Staat und Verfassung págs. 377 ss. En relación con la relación problemática del § 80 con el art. 103 II GG, críticamente *Lackner*, § 80 núm. 2; *Schroeder*, JZ 1969, págs. 47 ss.; positivamente *Klug*, Friedensverrat págs. 164 ss.

[41] Sobre la LG Köln NStZ 1981, pág. 261 convincentemente *Klug*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 583 ss.

2. **Crímenes de guerra** son todas las infracciones de gravedad lesivas del Derecho internacional de guerra, que son cometidas por miembros de una potencia bélica contra los soldados, personas civiles o bienes materiales de un Estado enemigo, de un país vencido o de una zona ocupada [42].

En un primer plano debe pensarse en aquellas acciones bélicas contrarias al Derecho internacional tales como el saqueo, homicidio o maltrato de prisioneros de guerra y la muerte o expulsión de la población civil ("limpieza étnica"). Sin embargo, los juicios de Nuremberg y la praxis estatal posterior a 1945 han ampliado considerablemente el concepto de crimen de guerra suministrado por el Derecho internacional clásico [43]. Por ello, el problema jurídico reside en la actualidad en una delimitación precisa de los tipos. Los avances en esta dirección los proporcionan las disposiciones sobre "infractions graves" contenidos en la cuarta Convención de Ginebra de 1949 (BGBl. 1954 II pág. 782), que señalan cuáles de las transgresiones de Derecho internacional tienen que ser castigadas por el Derecho estatal como crímenes de guerra [44]. Dos protocolos adicionales del año 1977 amplían las "infractions graves" y refuerzan las obligaciones penales de los Estados [45]. Los convenios mencionados son complementados con la Convención para la protección de bienes culturales de 1954 (BGBl. 1967 II pág. 1233) que, asimismo, en su art. 28 impone deberes penales para los Estados parte. Las convenciones de Ginebra han confiado la protección del Derecho internacional a los legisladores estatales por motivos de necesidades prácticas. En Alemania se ha terminado de elaborar un Proyecto de Ley ejecutiva en este punto como complemento a la Ley penal militar, aunque hasta ahora no ha sido enviada al Parlamento federal. Así pues, por el momento sólo el Derecho penal común puede asumir la protección del Derecho internacional de guerra.

3. Los **crímenes contra la Humanidad** constituyen infracciones de gravedad contra las garantías mínimas de la dignidad humana (en especial contra la vida, integridad corporal y la libertad), por motivos relacionados con la nacionalidad de la víctima o su pertenencia a un grupo social, comunidad cultural, raza, religión, confesión o convicción política. Lo característico de estos delitos es que son llevados a cabo con el respaldo estatal [46].

En los crímenes contra la Humanidad se trata, sobre todo, de poder perseguir penalmente a escala internacional los hechos violentos inducidos o encubiertos por la autoridad estatal en contra de sus nacionales u otros habitantes de su propio país. La Convención internacional para la prevención y represión del genocidio de 1948 (BGBl. 1955 II pág. 210) declara como delitos contra el Derecho internacional determinados actos de agresión contra grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos, pero en cualquier caso no contiene disposiciones penales propias [47]. Con motivo de esta convención fue introducido en Alemania el tipo de genocidio (§ 220 a) [48]. Posteriormente, y de conformidad con la KRG núm. 10, fueron introduci-

---

[42] Más detalladamente, *Jescheck*, War Crimes, Encyclopedia Fascículo 4.º, 1982, págs. 294 ss.; *Strebel*, ZaöRV 15 (1953) págs. 31 ss.; *Bierzanek*, War Crimes, en: *Bassiouni/Nanda* Tomo I págs. 559 ss.; *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 629 ss. Una colección de las correspondientes convenciones, proyectos de las mismas y resoluciones se contienen en la obra de *Schindler/Toman*, The Laws of Armed Conflicts, 1973.

[43] La definición tradicional se encuentra todavía en *Lauterpacht*, British Yearbook of Int. Law 1944, pág. 79.

[44] Con más detalle al respecto, *Jescheck*, Verbrechen nach Völkerrecht págs. 370 ss.; *Dautricourt*, Rev dr pén crim 35 (1954-55) págs. 739 ss.

[45] En relación con ello vid. *Bassiouni*, Rutgers Camden Law journal 8 (1977) págs. 194 ss.; *Krüger-Sprengel*, NZWehrr 1981, 121 ss.

[46] Sobre esta cuestión vid. *Graven*, Recueil des Cours 76 (1950) Tomo I págs. 433 ss.; *Ferencz*, Crimes against Humanity, Encyclopedia Tomo I págs. 869 ss.

[47] Con mayor detenimiento sobre esta cuestión, *Jescheck*, ZStW 66 (1954) pág. 193; *el mismo*, Genocide, Encyclopedia Tomo II pág. 541.

[48] En relación con la perseguibilidad de los delitos cometidos en los Balcanes de acuerdo con el Derecho penal internacional alemán *Roggemann*, NJW 1994, pág. 1436.

das en el Derecho penal alemán vigente disposiciones tales como los §§ 234 a, 241 a, 130, 131, también sobre crímenes contra la Humanidad. Asimismo, el Convenio internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial de 7.3.1966 (BGBl. 1969 II pág. 962) contiene obligaciones penales para los Estados [49].

Capítulo 3: Ley penal y Estado de Derecho

De acuerdo con el principio de reserva de Ley que deriva del art. 20 III GG, todas las intervenciones estatales gravosas para el ciudadano deben estar fundamentadas en una Ley formal. Esto rige sobre todo para el Derecho penal. En éste, las garantías del Estado de Derecho están fuertemente intensificadas pues nada puede amenazar de modo tan permanente a la libertad individual como la arbitrariedad de los poderes públicos que se sirven de los medios del poder punitivo. Las intervenciones penales alcanzan una mayor profundidad en cuanto a sus efectos que cualesquiera otras "intromisiones en la libertad y propiedad"; aquéllas encierran un acento especialmente gravoso sobre todo a través de la desaprobación ético-social que les es inherente. Por ello, la Ley penal y su aplicación no sólo deben cumplir con los principios jurídicos de carácter formal, sino que también debe existir una correspondencia interna con las exigencias de Justicia que se encuentran condensadas en el principio material del Estado de Derecho (vid. *supra* § 4 II 2) [1]. Lo injusto no puede convertirse en justo por el mero hecho de revestir forma de Ley. No obstante, a continuación nos ocuparemos no sobre la dimensión material sino sobre el **aspecto formal del principio de Estado de Derecho.**

§ 15 La función garantista de la Ley penal

Arndt, Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1974; *Baumann,* Dogmatik und Gesetzgeber, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 105; *Bohne,* Die Magna Charta und das strafgesetzliche Analogieverbot, Festschrift für H. Lehmann, 1937, pág. 71; *Bohnert,* P. J. A. Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz, Sitzungsber. d. Heidelberger Akad. d. Wiss. 1982, Informe núm. 2; *Bringewat,* Gewohnheitsrecht und Richterrecht im Strafrecht, ZStW 84 (1972) pág. 585; *de Brito Alves,* Les principaux aspects de la partie générale usw., Archives de politique criminelle, 1988, núm. 10, pág. 137; *Bruns,* Richterliche Rechtsfortbildung usw., JR 1981, pág. 358; *Burian,* Der Einfluß der deutschen Naturrechtslehre auf die Entwicklung der Tatbestandsdefinition im Strafgesetz, 1970; *Canaris,* Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2.ª Ed. 1983; *Claß,* Generalklauseln im Strafrecht, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 122; *Dahm,* Beibehaltung oder Abschaffung des Grundsatzes "nulla poena sine lege", Deutsche Landesreferate zum 11. Int. Kongreß f. Rechtsvergleichung in Den Haag, 1937, pág. 514; *Dannecker,* Das intertemporale Strafrecht, 1993; *Diefenbach,* Die verfassungsrechtliche Problematik des § 2 IV StGB, Diss. Frankfurt 1966; *Dubs,* Die Forderung optimaler Bestimmtheit belastender Rechtsnormen, en: Referate zum Schweiz. Juristentag 1974, pág. 223; *Engisch,* Der Begriff der Rechtslücke, Festschrift für W. Sauer, 1949, pág. 85; *el mismo,* Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2.ª Ed. 1968; *el mismo,* Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 127; *el mismo,* Methoden der Strafrechtswissenschaft, en: Methoden der Rechtswissenschaft, Teil I, 1972, pág. 39; *Exner,* Gerechtigkeit und Richteramt, 1922; *Frisch,* Ermessen, unbestimmter Begriff usw., NJW 1973, pág. 1345;

---

[49] Con mayor detalle al respecto, *Bassiouni,* Genocide and Racial Discrimination, en: *Bassiouni/Nanda* Tomo I págs. 529 ss.

[1] En relación con los presupuestos materiales de una legislación penal justa *Günther,* JuS 1978, págs. 8 ss.

Fuhrmann, Die Bedeutung des "faktischen Organs" usw., Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 139; *Gerland,* Art. 116. Nulla poena sine lege, en: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 1929, Tomo I, pág. 383; *Germann,* Zum sog. Analogieverbot nach schweiz. StGB, SchwZStr 61 (1946) (Festgabe für E. Hafter) pág. 119; *el mismo,* Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2.ª Ed. 1967; *Gomard,* Auslegung und Analogie bei der Anwendung dänischer Wirtschaftsstrafgesetze, ZStW 83 (1971) pág. 332; *Groß,* Rückwirkungsverbot und richterliche Tatbestandsauslegung, Diss. Freiburg 1969; *el mismo,* Über das "Rückwirkungsverbot" in der strafrechtlichen Rechtsprechung, GA 1971, pág. 13; *Grunsky,* Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1970; *Grünwald,* Bedeutung und Begründung des Satzes "nulla poena sine lege", ZStW 76 (1964) pág. 1; *el mismo,* Die strafrechtliche Bewertung in der DDR begangener Handlungen, StV 1991, 31; *el mismo,* Zur Frage des Ruhens der Verjährung von DDR-Straftaten, StV 1992, pág. 333; *Günther,* Die Genese eines Straftatbestandes, JuS 1978, pág. 8; *Hecker,* Das Verbot rückwirkender Strafgesetze im amerikanischen Recht, 1971; *Heimberger,* Freiheit und Gebundenheit des Richters, 1928; *Henkel,* Strafrichter und Gesetz im neuen Staat, 1934; *Höpfel,* Zu Sinn und Reichweite des sog. Analogieverbots, JBl 1979, págs. 505, 575; *Hurwitz,* Den danske Kriminalret, Almindelig Del, 1950/51; *Jakobs,* Anmerkung zu BGH 40, 48, NStZ 1994, pág. 332; *Jiménez de Asúa,* Nullum crimen sine lege, ZStW 63 (1951) pág. 166; *Jung,* Rückwirkungsverbot und Maßregel, Festschrift für R. Wassermann, 1985, pág. 875; *Arthur Kaufmann,* Analogie und "Natur der Sache", 2.ª Ed. 1982; *Kohlmann,* Der Begriff des Staatsgeheimnisses usw., 1969; *Krahl,* Die Rechtsprechung des BVerfG und des BGH zum Bestimmtheitsgrundsatz, 1986; *Kratzsch,* § 53 StGB und der Grundsatz nullum crimen sine lege, GA 1971, pág. 65; *Krey,* Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977; *el mismo,* Keine Strafe ohne Gesetz, 1983; *el mismo,* Zum Gewaltbegriff im Strafrecht, en: *Bundeskriminalamt* (Ed.), Was ist Gewalt? Tomo 2, 1988, pág. 19; *Kunert,* Zur Rückwirkung des milderen Steuerstrafgesetzes, Neue Zeitschr. f. Steuerrecht 1982, pág. 276; *Lange,* Der Rechtsstaat als Zentralbegriff der neuesten Strafrechtsentwicklung, en: Berliner Kundgebung 1952 des DJT, 1952, pág. 59; *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.ª Ed. 1991; *Lemmel,* Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen und der Grundsatz nullum crimen sine lege, 1970; *Lenckner,* Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz "nullum crimen sine lege", JuS 1968, pág. 249; *Lüderssen,* Zu den Folgen des "Beitritts" für die Strafjustiz der Bundesrepublik, StV 1991, pág. 482; *H. Ch. Maier,* Die Garantiefunktion des Gesetzes im Strafprozeß, 1991; *Maiwald,* Bestimmtheitsgebot usw., Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 173; *Mangakis,* Über die Wirksamkeit des Satzes "nulla poena sine lege", ZStW 81 (1969) pág. 997; *H. Mayer,* Das Analogieverbot im gegenwärtigen deutschen Strafrecht, SJZ 1947, pág. 12; *el mismo,* Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände, Materialien, Tomo I, pág. 259; *Meyer-Hayoz,* Lücken intra legem, Festschrift für 0. A. Germann, 1969, pág. 149; *W. Mittermaier,* Über Analogie im Strafrecht, SchwZStr 63 (1948) pág. 403; *Mohrbutter,* Garantiefunktion und zeitliche Herrschaft der Strafgesetze usw., ZStW 88 (1976) pág. 923; *Müller-Dietz,* Verfassungsbeschwerde und richterliche Tatbestandsauslegung, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 41; *Naucke,* Rückwirkende Senkung der Promillegrenze und Rückwirkungsverbot, NJW 1968, pág. 2321; *el mismo,* Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht, 1973; *el mismo,* Die Aufhebung des Analogieverbots 1935, en: NS-Recht in historischer Perspektive, 1981, pág. 71; *el mismo,* Die Mißachtung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots 1933-1945, Festschrift für H. Coing, Tomo I, 1982, pág. 225; *Neumann,* Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen usw.? ZStW 103 (1991) pág. 331; *Noll,* Zur Gesetzestechnik im Entwurf eines StGB, JZ 1963, pág. 297; *Nowakowski,* Die Grund-und Menschenrechte in Relation zur strafrechtlichen Gewalt, ÖJZ 1965, pág. 281; *Pfundtner/Neubert,* Das deutsche Reichsrecht (edición con hojas desechables a partir de 1933); *Radbruch,* La sécurité en droit anglais usw., Archives de philosophie du droit, 1936/II, pág. 86; *Röling,* Analogische toepassingen van strafbepalingen, Tijdschrift voor Strafrecht 1938, pág. 1; *Rüping,* Blankettnormen als Zeitgesetze, NStZ 1984, pág. 450; *el mismo,* Nullum crimen sine poena, Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 27; *Rupp,* Die Bindung des Richters an das Gesetz, NJW 1973, pág. 1769; *Samson,* Die strafrechtliche Behandlung von DDR-Alttaten usw., NJW 1991, pág. 335; *Sax,* Grundsätze der Strafrechtspflege, en: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner* (Edrs.), Die Grundrechte, Tomo III/2, 1959, pág. 909; *el mismo,* Das strafrechtliche "Analogieverbot", 1953; *Schlüchter,* Das "Minimum" bei der Auslegung usw., NStZ 1984, pág. 301; *la misma,* Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986; *Schmitt,* Der Anwendungsbereich von § 1 StGB, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 223; *H. P. Schneider,* Richterrecht,

Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, 1969; *Schreiber,* Rückwirkungsverbot bei einer Änderung der Rechtsprechung? JZ 1973, pág. 713; *el mismo,* Gesetz und Richter, 1976; *Schünemann,* Nulla poena sine lege? 1978; *Schulz,* Wahlfeststellung und Tatbestandsreduktion, JuS 1974, pág. 635; *Seel,* Unbestimmte und normative Tatbestandsmerkmale und der Grundsatz nullum crimen sine lege, Diss. München 1965; *Simma/Volk,* Der Spion, der in die Kälte kam, NJW 1991, pág. 871; *Sommer,* Das mildeste Gesetz i.S.d. § 2 Abs. 3 StGB, 1979; *Straßburg,* Rückwirkungsverbot und Änderung der Rechtsprechung, ZStW 82 (1970) pág. 948; *Stree,* Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960; *Tiedemann,* Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; *el mismo,* Zeitliche Grenzen des Strafrechts, Festschrift für K. Peters, 1974, pág. 193; *el mismo,* Der Wechsel von Strafnormen und die Rechtsprechung des BGH, JZ 1975, pág. 692; *el mismo,* Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991; *Tröndle,* Rückwirkungsverbot bei Rechtsprechungswandel? Festschrift für E. Dreher, 1977, págs. 117 ss.; *el mismo,* Sitzblockaden und ihre Fernziele usw., Festschrift für K. Rebmann, 1989, pág. 481; *Waiblinger,* Die Bedeutung des Grundsatzes "nullum crimen sine lege", Festgabe für den Schweiz. Juristenverein, 1955, pág. 212; *v. Weber,* Zur Geschichte der Analogie im Strafrecht, ZStW 56 (1937) pág. 653; *Wessels,* Zur Problematik der Regelbeispiele für "schwere" und "besonders schwere" Fälle, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 295.

De acuerdo con lo establecido en el art. 103 II GG, que por su trascendente significado para la seguridad jurídica aparece también en el § 1 como cabeza del StGB y rige asimismo de modo correlativo para los tipos que incorporan sanciones pecuniarias administrativas (BVerfGE 71, 108 [114]) (vid. también el § 3 OWiG), un hecho sólo puede ser castigado si su punibilidad estaba legalmente determinada antes de que aquél fuera cometido. Además, según el § 2 I, V, también la pena y sus consecuencias accesorias así como los presupuestos de la pérdida del beneficio, el comiso o la inutilización de los efectos o instrumentos del delito, deben estar determinados por la Ley vigente en el momento de la perpetración del hecho. Los presupuestos de la punibilidad y las consecuencias jurídicas del hecho (prescindiendo de las medidas de seguridad; sobre ello vid. *infra* § 15 IV 3) deben, pues, haber estado determinadas por la Ley en el instante en el que el hecho se desarrolla. Estas proposiciones jurídicas fundamentales constituyen la **función garantista de la Ley penal** que en la actualidad es reconocida de cuatro formas: el fundamento de la pena y su agravación, además de no poder tener su origen en el Derecho consuetudinario o en la aplicación analógica de la Ley penal, tampoco puede poseer una eficacia retroactiva; además, las leyes penales deben estar redactadas de forma tan precisa que su contenido y límites deben deducirse lo más exactamente posible del texto de la Ley *(principio de legalidad).* La exclusión del Derecho consuetudinario y la prohibición de la analogía se dirigen al Juez mientras que la prohibición de la retroactividad y de las normas penales indeterminadas lo hacen al legislador.

I. El significado de la técnica legislativa para la función garantista de la Ley penal

1. La idea básica del principio de legalidad reside en que el castigo criminal no depende de la arbitrariedad de los órganos de persecución penal ni tampoco de los Tribunales, sino que debe estar fijado por el legislador legitimado democráticamente. De este modo, el principio de legalidad es una fuente de seguridad jurídica para los ciudadanos y consigue establecer un enlace entre los Tribunales y las decisiones del legislador. En sí misma, la arbitrariedad judicial también se evita en un sistema en el que, como sucede con el Common Law, la resolución del caso concreto viene suministrada por el **Derecho consuetudinario** y los precedentes judiciales[2]. A pesar de

[2] De este modo, también en el Common Law hay una función garantista del Derecho penal; vid. *Grünhut,* Das englische Strafrecht págs. 178 ss.; *Radbruch,* Archives de philosophie du droit 1936/II pág. 89. La nueva creación de un delito basado en el sistema del Common Law similar al previsto por el § 145 d

ello, resulta preferible un vínculo con una Ley que ha sido decidida, escrita y publicada democráticamente, puesto que en ella la situación jurídica queda reflejada para el ciudadano del modo más claro y exacto posible, garantiza la estabilidad y asegura la unidad e igualdad de la aplicación del Derecho a través de una redacción que va más allá del caso concreto.

2. Para la eficacia de la función garantista de la Ley penal la técnica legislativa juega un papel esencial [3]. Pero también bajo el dominio de la Ley la medida de la vinculación judicial puede ser distinta según que aquélla suponga una *regulación cerrada* (codificación) con la prohibición simultánea de la nueva creación judicial de normas perjudiciales para el reo (como sucede con el StGB), o que a la praxis le esté permitido *colmar lagunas* según su propio sentido jurídico (como en el BGB [4]). Incluso en un sistema con una regulación legal cerrada donde rige la prohibición de la analogía existen matizaciones en la vinculación que dependen, respectivamente, del grado de **concreción** y **abstracción** de la redacción legal. Sin embargo, sería un error creer que una Ley redactada casuísticamente garantizaría inmejorablemente la conformidad de la decisión judicial con el sentido de la Ley, al poder vincular al Juez del modo más fuerte posible. Y ello porque una redacción legal *casuística* que intente incorporar en detalle todos los presupuestos posibles de la punibilidad, debe permanecer necesariamente incompleta. Además, da lugar al nacimiento de lagunas que fuerzan al Juez al tratamiento materialmente desigualitario de problemas que poseen una identidad valorativa, en la medida en que se le impide la aplicación de la Ley más allá de su posible sentido literal (por medio de la analogía). Resulta por ello imprescindible que los tipos penales empleen también conceptos comunes (por ejemplo, "injuria" en el § 185, "cosa" en el § 242, "documento" en el § 267) que especifiquen las características típicas del comportamiento amenazado con pena. Cada vez con más frecuencia el legislador escoge un camino intermedio al utilizar un concepto general (por ejemplo, "supuesto de especial gravedad" en el § 243), y acto seguido aclara éste a través de una lista con ejemplos reglados.

3. Pero en la *generalización* de la redacción legal puede residir no sólo una ventaja para la Justicia sino también un peligro para la seguridad jurídica, especialmente cuando el legislador utiliza para ello **cláusulas generales** indeterminadas (vgr., "para la defensa indispensable del Ordenamiento jurídico" en el § 47, "acción grosera e inconveniente" del § 118 I OWiG) [5]. A me-

---

por parte de R.v. Manley (1933) 1 KB pág. 529 ha sufrido un rechazo unánime. No obstante, según *Smith/Hogan*, Criminal Law pág. 17, en Inglaterra sigue siendo fuente del Derecho penal "a decision of a court" además del "Act of Parliament". En los EE.UU, por el contrario, se rechaza con carácter general la competencia de los Tribunales en la creación de nuevos tipos penales. En cambio, la pregunta relativa a si continúan rigiendo los "tipos" del viejo Common Law inglés es contestada de modo diferenciado; sobre ello vid. *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 88 ss. La prohibición de retroactividad está contenida en la Constitución americana (art. I §§ 9, 10); al respecto vid. *Hecker*, Verbot rückwirkender Strafgesetze págs. 70 ss., 82 ss.; *Schlüchter*, Präjudizien págs. 71 ss.; *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 135 ss.

[3] Acerca del significado de la forma de la proposición jurídico-penal vid. *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen págs. 74 ss.

[4] Sobre ello vid. el art. 1 II, III del schweiz. ZGB: "No pudiendo ser deducido de la Ley precepto alguno, el Juez debe recurrir al Derecho consuetudinario y, en defecto de éste, debe decidir regido por el criterio que él impondría como legislador. Para ello deberá seguir a la doctrina acreditada y a la tradición".

[5] Para más detalles, *Claß*, Eb. Schmidt-Festschrift págs. 136 ss.; *Lenckner*, JuS 1968 págs. 252 ss. En relación con el avance de las cláusulas generales, *Naucke*, Über Generalklauseln págs. 4 ss.; a menudo con márgenes estrechos son también inevitables en Derecho penal (BVerfGE 4, 358; 11, 237). *AK (Hassemer)* § 1 núm. 18: "recurso justificado a la vaguedad".

nudo, la historia del Derecho penal ha mostrado los peligros que se ciernen sobre la seguridad jurídica con el empleo de este tipo de cláusulas generales.

Ejemplos: Una "Ley" de la República soviética de Munich de 1919[6] estipulaba: "Cualquier contravención a los principios revolucionarios será castigada. La clase de pena está sujeta a la libre discrecionalidad del Juez" (vid. ZStW 40 [1919] pág. 511). El § 2 StGB de 1935 hizo del "sano sentimiento popular" en conexión con el pensamiento básico de una Ley penal, el fundamento del castigo. Demasiado lejos va también el § 266 I 2 donde se previene como forma de comportamiento punible quien "en virtud de una relación de fidelidad que impone un deber, lesiona intereses patrimoniales ajenos a salvaguardar". El § 240 relativo a las coacciones es considerado por muchos como inconstitucional a causa de la indeterminación de la "cláusula de reprochabilidad" contenida en su apartado segundo[7], si bien el Tribunal Constitucional no ha puesto reparos a la constitucionalidad del precepto, aunque eso sí, al menos con un empate de votos (BVerfGE 73, 206 [230 ss.]; 76, 211 [215 ss.]).

El legislador no debería intentar declinar sobre el Juez su responsabilidad en la delimitación del comportamiento punible mediante el empleo de conceptos poco nítidos. Resulta decisivo que el primero de ellos elabore claramente el **tipo** del comportamiento punible por medio de un juego combinado de generalización y diferenciación[8].

4. Las cualidades o elementos **descriptivos** del tipo (por ejemplo, "persona" en el § 212; "persona menor de 14 años" en el § 176 I; "matar" en el § 212) posibilitan una vinculación relativamente estrecha del Juez a la Ley, puesto que aquí el sentido material se deduce directamente de la observación, la experiencia de la vida o de otros criterios exteriores ya fijados (vid. *infra* § 26 IV 1). Por el contrario, los elementos **normativos** del tipo (vgr., "móviles abyectos" en el § 211 II; "grave contravención del tráfico o desconsideración" en el § 315 c I núm. 2) conceden una gran libertad al Juez, puesto que requieren de una valoración que complete su contenido y les permita ser aplicados (vid. *infra* § 26 IV 2)[9]. Aquí, la vinculación del Juez a la Ley consiste en que el legislador no admite una valoración personalísima, sino que parte de la existencia de valores ético-sociales generales a los que el Juez se halla sometido[10]. Sin embargo, no existe un contraste nítido entre ambos grupos: también conceptos descriptivos están necesita-

---

[6] Debe recordarse que en ese año Baviera se organizó durante dos semanas como república soviética (N del T).

[7] Así, por ejemplo, *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 86; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 357; de otra opinión *Lackner* § 240 núm. 2.

[8] Con mayor detalle sobre la configuración de los tipos en Derecho penal, *Engisch*, Die Idee der Konkretisierung págs. 266 ss.; acerca de la regulación genérica y casuística *Noll*, JZ 1963 pág. 300; sobre el significado de la configuración de los tipos para la función garantista *Arthur Kaufmann*, Analogie pág. 52.

[9] *Engisch*, Einführung págs. 109 ss.; *el mismo*, Mezger-Festschrift pág. 136; no existen objeciones de rango constitucional; vid. BVerfGE 4, 352 (357 ss.). Además, *Seel*, Unbestimmte und normative Tatbestansmerkmale pág. 133, así como sobre conceptos jurídico-penales ambigüos *AK (Hassemer)* § 1 núms. 35 ss.

[10] En relación con el "Derecho judicial" vid. *Meyer-Hayoz*, Germann-Festschrift pág. 155. Un verdadero Derecho judicial en Derecho penal alemán podría contradecir el art. 103 II GG. La necesidad de una compenetración del Derecho penal moderno con cláusulas normativas es enfatizada por *Lenckner*, JuS 1968 pág. 255. Acerca de los criterios del Derecho judicial vid. también *H.P. Schneider*, Richterrecht págs. 37 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 95 ss. Acertadamente en contra de la politización de la Justicia a través del Derecho judicial *Rupp*, NJW 1973 págs. 1770 ss. Este peligro existe en la doctrina jurisprudencial relativa a los bloqueos mediante sentada, en la medida en que el objetivo mediato de los manifestantes se incluya en la prueba de la reprochabilidad según el § 240 II (BGH 34, 71 [77 ss.]). En contra, acertadamente, (BGH 35, 270 [275 ss.]); sobre ello, *Tröndle*, Rebmann-Festschrift págs. 499 ss.

dos de interpretación en casos dudosos, mientras que los elementos normativos también muestran aspectos centrales empíricos. En la frontera de ambos grupos se encuentra, por ejemplo, el concepto de "violencia" en el § 240 I (BVerfG StV 1987, 15) [11].

Ejemplos: "Matar" es un concepto descriptivo que, no obstante, puede convertirse en dudoso en los casos de eutanasia omisiva (BGH 32, 367 [380 ss.]). El "móvil abyecto" del asesinato (§ 211 I) es un elemento normativo que, de acuerdo con una valoración ética *general*, puede ser captado como un componente situado en un nivel más bajo (BGH 3, 132).

Con el empleo de cualidades típicas normativas el legislador, incluso en Derecho penal, ha llegado a introducir **conceptos jurídicos indeterminados** (por ejemplo, "reprochabilidad" en el § 240 II; "transgresión de las buenas costumbres" en el § 226 a [12]). En estos casos fronterizos de reserva de Ley en los que el legislador se remite a criterios imprecisos y extrajurídicos [13], la exigencia de vinculación del Juez a la Ley sólo puede ser salvaguardada si la valoración puede ser realizada *de conformidad* con los conceptos axiológicos de la colectividad (vid., por ejemplo, la cuestión acerca de la impunidad de los duelos estudiantiles BGH 4, 24 [32]) [14], y si el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados, como ocurre con el § 240 II, pueden ser concretados por medio de la interpretación.

5. El principio de legalidad no sólo se refiere a los presupuestos de la punibilidad sino también a las consecuencias jurídicas que amenazan al autor (BVerfGE 25, 269; 45, 363; BGH 18, 136 [140]) [15]. Sin embargo, aquí la Ley prevé en parte un espacio de juego extremadamente amplio para la determinación de la pena (por ejemplo, los §§ 43 a, 212 en relación con el 213 y 253 I). Al menos, los marcos penales aplicados han sido unificados en la reforma. Como pena absolutamente determinada sólo está la prisión perpetua del asesinato y del genocidio (§§ 211 I, 220 a I núm. 1), aunque para el caso del asesinato alevoso ha perdido su carácter absoluto ya que de acuerdo con la BGH 30, 105 resulta de aplicación el § 49 apartado primero, núm. 1.º, cuando concurran circunstancias extraordinarias que disminuyan la culpabilidad del delincuente [16]. En algunos casos también se prevé de modo simultáneo el castigo de la prisión perpetua junto con el de la prisión temporal (vgr., §§ 80, 239 a II [17], 251). Asimismo, son aplicados distintos marcos de la pena de prisión temporal (por ejemplo, §§ 185, 187, 250, 316 a). Con frecuencia la pena de multa se prevé de forma alternativa a la de prisión (vgr., § 266 I). La acumulación de la pena de multa a la de prisión presupone el ánimo de enriquecimiento (§ 41). Sin

---

[11] Profundizando en la cuestión *Krey*, Gewaltbegriff págs. 19 ss. El empleo del elemento de la "violencia" en el § 240 a los bloqueos mediante sentada ha sido declarado inconstitucional por el BVerfG a través de la resolución de 10.1.1995 (NJW 1995, 1141).

[12] De acuerdo con la 6. StrRG de 26.1.1998 (BGBl. I pág. 164) este último ejemplo debe entenderse referido al § 228 StGB (N del T).

[13] En torno a los criterios relativos a los límites en la admisibilidad de elementos típicos indeterminados *Lemmel*, Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen págs. 180 ss. Niega, con razón, la libre discrecionalidad judicial en la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados *Frisch*, NJW 1973, págs. 1346 ss.

[14] *Schlüchter*, NStZ 1984 págs. 303 ss.

[15] Sobre ello vid. *Stree*, Deliktsfolgen und Grundgesetz págs. 78 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 5 núms. 77 ss.; *LK* (11.ª) (*Gribbohm*) § 1 núm. 24.

[16] Con ello, el BGH viene a alejarse de modo objetable de la vinculación de la Ley. Al respecto vid. *Bruns*, JR 1981, págs. 362 ss.

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

embargo, el marco mismo de la pena de multa resulta de una extensión apenas compatible con un Estado de Derecho (a saber, de acuerdo con el § 40 II 3 en conexión con el § 40 I 2 oscila entre 10 y 3.600.000 DM, pudiendo alcanzar incluso los 7.200.000 DM cuando se aplica como pena global según el § 54 II 2) [17 bis]. Para evitar la existencia de marcos penales inadecuados por su amplitud, en la pena de prisión se configuran graduaciones valorativas que se basan o bien en la concurrencia de cualidades típicas adicionales (por ejemplo, § 244 en relación con el § 242), o bien en la creación de supuestos especialmente graves (vgr., §§ 212 II, 263 II [18]) o de menor gravedad (por ejemplo, §§ 177 II [19], 249 II). Los casos especialmente graves pueden ser aclarados a través de listas con ejemplos reglados (vgr., §§ 176 III, 243). Aquí, la vinculación del Juez a la Ley es más flexible frente a los verdaderos elementos que cualifican el tipo, aunque resulta ser más estrecha que en las causas innominadas de agravación o atenuación de la pena.

II. El desarrollo histórico del principio de legalidad

1. El principio de legalidad [20] es atribuido por muchos a la Magna Charta Libertatum del rey inglés Juan sin Tierra de 1215, en cuyo art. 39 se aseguraba que las sanciones frente a las personas libres sólo debían ser admitidas "per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae". Sin embargo, es más probable que con ello no se quisiera expresar una garantía jurídica material sino, más bien, una de naturaleza procesal [21]. La CCC habla en el encabezamiento del artículo 105 "von unbenannten peinlichen fellen vnnd strafen", admitiendo para ello una aplicación analógica tras la deliberación de los Jueces y sentenciadores. En los siglos XVII y XVIII [22] los Tribunales, bajo la influencia de la teoría del Derecho natural y del pensamiento reformista del deber penal oficial, juzgaron basándose sencillamente en su libre arbitrio judicial lo que, naturalmente, llevó a una inseguridad jurídica insostenible que condujo a que en el período de la Ilustración se demandara con urgencia la Ley escrita (vid. *supra* § 10 V) [23].

2. La **base histórica del principio de legalidad** reside en la *teoría del contrato social de la Ilustración* (vid. *supra* § 10 VI) [24]. Sus raíces se cimentan sobre la idea de una razón común a todas las personas que ha encontrado su expresión decisiva en la Ley y que excluye a la arbitrariedad estatal como una "perturbación" irracional, sobre el postulado del reconocimiento para toda persona de derechos y libertades naturales de carácter inviolable, sobre la limitación de la misión del Estado a la protección jurídica y sobre la exigencia de seguridad y certeza del Derecho a favor de una burguesía cada vez más influyente (sobre la historia y origen del principio de legalidad vid., para más detalles, la 2.ª Ed. de esta obra pág. 104).

---

17 bis Ténganse en cuenta las modificaciones operadas por la Ley sobre la Introducción del Euro de 13.12.2001 (BGBl. I pág. 3574) que adapta las cuantías de la multa a la nueva moneda europea (N de T).

18 La remisión debe entenderse realizada al vigente § 263 III (N del T).

19 La remisión debe entenderse realizada al vigente § 177 V (N del T).

20 Sobre su historia dogmática *Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz, 1983; *Schreiber*, Gesetz págs. 67 ss. 83 ss.

21 Así, *Bohne*, Lehmann-Festschrift págs. 80 ss.; *Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz págs. 43 ss.

22 Más detalladamente *v. Weber*, ZStW 56 (1937) págs. 660 ss.

23 Acerca de este tema *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren págs. 39 ss. Sobre el concepto legal de la teoría del Derecho natural y la separación entre delito y pecado vid. *Burian*, Naturrechtslehre págs. 43 ss., 83 ss., 113 ss.

24 Vid. *v. Hippel*, Tomo I págs. 258 ss.; *Waiblinger*, Juristenvereins-Festgabe pág. 221; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 73; *Schreiber*, Gesetz págs. 33 ss.

3. Con su origen en el Código penal francés de 1810 (art. 4) [25], el RStGB de 1871 asumió el principio de legalidad (§ 2 I) [26] por medio del StGB de 1851, pero sólo el **art. 116 WRV** le reconoció rango constitucional, aunque la distinta formulación del § 2 StGB condujo a dudas nefastas acerca del alcance de la garantía constitucional [27]. El *nacional-socialismo* eliminó el lema liberal "nullum crimen sine lege" sustituyéndolo por el giro autoritario de "**ningún delito sin pena**" (vid. § 2 en la redacción de la Ley de 28.6.1935) [28]. Las fuerzas de ocupación restauraron el principio de legalidad lo antes posible (MilRegG **núm.** 1; KRProkl. núm. 3; KRG **núm.** 11 de 30.1.1946, Kontrollratsamtsblatt pág. 55), lo que sin embargo no impidió que en el propio Acuerdo de Londres de 8.8.1945 y en la KRG núm. 10 de 20.12.1945 se previeran disposiciones penales retroactivas (vid. *supra* § 14 II 2) [29].

---

[25] Continuando con el sistema previsto hasta ahora, el Código penal francés de 1994 sigue exigiendo en su art. 111-2 una Ley formal para "crímenes" y "delitos" y se conforma para las "contravenciones" con un simple "reglamento" (vid. *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal général núms. 123 ss.; *Ministère de la Justice*, Circulaire pág. 10).

[26] En relación con la postura de Feuerbach, *Bohnert*, P.J.A. Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz, 1982.

[27] Según *Gerland*, art. 116 pág. 373, la prohibición de retroactividad para las normas que determinan una agravación de la pena no tenía que haber alcanzado rango constitucional; igualmente, *Frank*, § 2 anotación núm. I y, también en cuanto al resultado, RG 56, 318; en sentido contrario, con razón, *v. Liszt/Schmidt*, pág. 108 nota a pie núm. 3. El nacional-socialismo se aprovechó de esta controversia e introdujo, a través de la "lex van der Lubbe" de 29.3.1933 (RGBl. I 151), la pena de muerte con efectos retroactivos para el incendio intencional (incendio del Parlamento imperial); vid. la referencia al "estado de la discusión científica" sobre el tema en *Pfundtner/Neubert*, Das deutsche Reichsrecht II c 1 pág. 2. El RG, en la sentencia que enjuició el incendio del Parlamento imperial de 13.12.1933, declaró ajustada a Derecho la introducción de la pena de muerte con efectos retroactivos (los fundamentos jurídicos de esa resolución pueden encontrarse en *LK* (11.ª) [Gribbhom] § 1 núm. 22). De todos modos, en virtud del art. 2 de la Ley de Delegación de 1933, el Gobierno podía apartarse de la Constitución. En un dictamen presentado a la Cancillería imperial, *Oetker, Nagler* y *v. Weber* ya advirtieron en su tiempo sobre la introducción con carácter retroactivo de normas que determinaban la agravación de la pena; vid. *Dreher*, ZStW 82 (1970) págs. 851 ss. Una recopilación de las Leyes penales del III Reich que tuvieron efecto retroactivo se encuentra en *Pfundtner/Neubert*, Das deutsche Reichsrecht II c 6 págs. 189 y 252. Vid., además, *Naucke*, Coing-Festschrift Tomo I págs. 225 ss.

[28] Acerca de sus relaciones con la historia del pensamiento *Frank*, Nachtrag pág. 186; *Henkel*, Strafrichter und Gesetz págs. 11 ss. Con anterioridad, ya era partidario de un debilitamiento de la prohibición de la analogía *Exner*, Gerechtigkeit und Richteramt págs. 51 ss. En contra, acertadamente, *Heimberger*, Freiheit und Gebundenheit pág. 18. El RG hizo un uso precavido de la abolición del mandato de prohibición de la analogía (vid., por ejemplo, RG 70, 175; 70, 315; 70, 369; 71, 306; 72, 146; 75, 61); al respecto vid. *AK (Hassemer)* § 1 núm. 12. La reacción internacional a la abolición en Alemania del principio de legalidad fue vehemente. Como la Ciudad Libre de Danzig quiso seguir este ejemplo, un dictamen del Tribunal Permanente Internacional declaró al principio de legalidad como una parte irrenunciable del Estado de Derecho (Resoluciones del Tribunal Permanente Internacional, Tomo 12 [1937] pág. 55). Las asociaciones internacionales de Ciencias Jurídicas se adhirieron a esta postura; vid. Association internationale de droit pénal, IV Congrès international de droit pénal, 1939, págs. 40 ss., 93 ss., 441 ss.; Voeux et résolutions du II Congrès international de droit comparé, 1938. Se pronunció a favor de la renuncia del principio nulla poena *Dahm*, Deutsche Landesreferate págs. 514 ss. Se esfuerza en una valoración correcta de los pros y los contras *W. Mittermaier*, SchwZStr 63 (1948) pág. 403. En profundidad sobre ello con cumplidas referencias *Rüping*, Oehler-Festschrift págs. 27 ss.; *Naucke*, NS-Recht in historischer Perspektive pág. 71.

[29] *LK* (11.ª) (*Gribbohm*) § 1 núm. 91.

4. La República Federal ha otorgado al principio de legalidad en el art. 103 II GG el **rango de derecho fundamental** [30]. Además, dicho principio ha encontrado un **reconocimiento internacional** a través de diferentes tratados internacionales. De acuerdo con el art. 7 I 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4.11.1950 (BGBl. 1952 II pág. 686), nadie puede ser condenado por una acción u omisión que en el momento de cometerse no era punible de acuerdo con el Derecho interno o el internacional; asimismo, de conformidad con el art. 7 I 2 del mismo texto, está excluida la agravación punitiva con efectos retroactivos [31]. La misma garantía se encuentra en el art. 99 del Acuerdo de Ginebra sobre el tratamiento de los prisioneros de guerra de 12.8.1949 (BGBl. 1954 II pág. 838) y, análogamente, también en el art. 65 del Acuerdo de Ginebra de 12.8.1949 para la protección de las personas civiles en tiempos de guerra (BGBl. 1954 II pág. 917). La República Federal ha ratificado estos tratados, declarándose también así partidaria de la vigencia internacional del principio de legalidad. Finalmente, una confirmación de su reconocimiento mundial viene suministrada por su previsión en el art. 11 II de la Declaración Universal de los Derechos de la Persona de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 10.12.1948 y en el art. 15 I del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19.12.1966 (BGBl. 1973 II pág. 1534). En la actualidad, el principio de legalidad también se corresponde con el conjunto de la convicción científica del mundo especializado [32].

III. La función garantista de la Ley penal en el Derecho vigente

De acuerdo con el art. 103 II GG y el § 1 StGB la punibilidad debe estar *legalmente* determinada antes de que el hecho fuera cometido. Estos preceptos sirven de base para el concepto *material* de Ley, aunque el significado práctico del reglamento en Derecho penal ha sido limitado considerablemente por el BVerfG (vid. *supra* § 13 II 2). Según el art. 104 I GG únicamente puede ser tenida en cuenta una Ley *formal* como base para la *pena de prisión*. Del art. 103 II GG se deducen cuatro consecuencias (BVerfGE 25, 285; 26, 31 [42]) [33]:

---

[30] Vid., en relación con el presente, *Schreiber*, Gesetz págs. 201 ss. Acerca del significado político del principio de legalidad *Magankis*, ZStW 81 (1969) págs. 997 ss.

[31] El art. 7 II (que contiene la denominada "cláusula de Nuremberg"), que *no* fue ratificado acertadamente por la República Federal por respeto al art. 103 II GG, exige en verdad una *punibilidad* existente en el momento de comisión del hecho, aunque a través de la alusión a "los principios generales reconocidos por los pueblos civilizados" viene a aceptar al *Derecho consuetudinario* como fuente del Derecho fundamentadora de la responsabilidad penal, lo que atenta contra el art. 103 II GG (vid. *infra* § 15 III 1).

[32] Vid. *Jiménez de Asúa*, ZStW 63 (1951) págs. 184 ss.; vid., además, la información bibliográfica suministrada en *Schönke/Schröder/Eser*, § 1. Conforme a ello, la Unión Soviética volvió al reconocimiento del principio de legalidad por medio del art. 6 de los Principios de Derecho penal de 1958, habiéndose adherido a este planteamiento todos los países socialistas, con excepción de algunos pocos de ellos. Significativo es, sobre todo, el § 1 StGB danés en su redacción de 1966 que *Hurwitz*, Kriminalret págs. 139 ss. interpreta restrictivamente, mientras que *Marcus*, Das Strafrecht Dänemarks pág. 85, se muestra crítico de la mano de algunos ejemplos suministrados por la praxis. Un punto de vista de gran trascendencia en esta cuestión defiende el neerlandés *Röling*, Tijdschrift voor Strafrecht 1938, pág. 1. En relación con el Derecho escandinavo y su jurisprudencia *Gomard*, ZStW 83 (1971) págs. 332 ss. Acerca de la prohibición de la analogía de acuerdo con el art. 1 del nuevo Código penal brasileño, *Fragoso*, Lições págs. 87 ss.; *da Costa jr.*, Comentários, art. 1 anotación (págs. 2 ss.); *de Brito Alves*, Archives de politique criminelle núm. 10 pág. 138.

[33] En relación con lo que se expone a continuación *Schmitt*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 223 ss.; *Schünemann*, Nulla poena sine lege? págs. 17 ss.

1. El principio de legalidad comporta, en primer lugar, la **exclusión del Derecho consuetudinario**. Esto significa que nadie puede ser castigado o condenado con una pena más grave que la legalmente prevista, apelando sólo al Derecho consuetudinario ("nullum crimen sine lege *scripta*") (vid. *supra* § 12 IV 2). Con ello, la reserva de Ley en Derecho penal está formalizada más fuertemente que en todos los demás sectores jurídicos. El Derecho consuetudinario, que en otros ámbitos del Ordenamiento jurídico está reconocido, puede, sin embargo, desplegar sus efectos sobre el Derecho penal cuando éste se remite a aquél.

Ejemplo: El concepto de "animales de caza" en el § 292 se determinaba, hasta la introducción el § 2 RJG de 1934, según el Derecho territorial y con ello, parcialmente, de acuerdo con el Derecho consuetudinario (RG 46, 108 [111]).

Por el contrario, resulta admisible el Derecho consuetudinario que es beneficioso para el autor, como por ejemplo ocurre a través de la creación de nuevas causas de justificación [34]. Y así, con anterioridad el derecho de corrección del maestro era reconocido por el Derecho consuetudinario (vid. *infra* § 35 III 1).

En el ámbito de las "teorías generales" (vgr., delimitación entre dolo e imprudencia, actio libera in causa, delitos de omisión impropia) los criterios decisivos han sido fijados en múltiples ocasiones, no a través la Ley, sino por medio de la teoría y la jurisprudencia. Además, aquí se trata de la labor interpretativa que puede ser reconocida a través del Derecho consuetudinario (vid. *supra* § 12 IV 2) [35]. Derecho consuetudinario es, por ejemplo, el Derecho penal interregional (vid. *infra* § 20 I 2).

2. La segunda consecuencia que se deriva del principio de legalidad se refiere a la *interpretación de las disposiciones penales*.

a) De conformidad con el art. 103 II GG y el § 1 StGB está prohibida la **analogía** como medio de nueva creación y extensión de preceptos penales, así como de agravación de penas [36] y medidas de seguridad (BVerfGE 71, 108 [114 ss.]; BGH 18, 136 [140]) ("nullum crimen sine lege *stricta*") [37]. Por ello, también el aplicador jurídico en Derecho penal está ligado más estrechamente a la proposición legal que en otros ámbitos del Derecho. El motivo interno de la prohibición de la analogía reside igualmente en que el enjuiciamiento del merecimiento de pena de una transgresión debe permanecer reservado al legislador. De este modo, cuando se suscita la pregunta relativa al castigo de un comportamiento, debe conseguirse contestar desde la distancia

---

[34] Vid. *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 2 A núm. 8; sobre la consolidación del Derecho judicial como Derecho consuetudinario *Bringewat*, ZStW 84 (1972) págs. 592 ss.

[35] Este camino intermedio evita una vinculación rigurosa de la jurisprudencia. Con carácter general, en contra del Derecho consuetudinario en las teorías generales que no gozan de una regulación legal, *Roxin*, Allg. Teil I § 5 núms. 47 ss. La opinión contraria, según la cual, las teorías generales estarían dominadas en gran medida por el Derecho consuetudinario, es defendida por *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 8 núm. 41; *LK* (11.ª) (*Gribbohm*) § 1 núm. 71. En el sentido del texto principal *SK (Rudolphi)* § 1 núm. 21; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 94.

[36] La tesis que ocasionalmente se defendió con anterioridad consistente en que la garantía constitucional no abarcaba a las consecuencias penales, está en la actualidad abandonada; vid. BGH 3, 259 (262), así como *Manz/Dürig*, art. 103 II núm. 231; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 núm. 28.

[37] El Código penal francés de 1994 dispone expresamente en su art. 111-4 que "La loi pénale est d'interpretation stricte", con lo que no sólo afecta a la prohibición de la analogía, sino también a la interpretación extensiva (vid. *Pradel*, Le nouveau Code pénal pág. 26).

y objetividad que la legislación crea y no desde la indignación del momento [38] (fundamentación *político-criminal* del principio de legalidad). El concepto de la prohibición de la analogía, tal y como es utilizado generalmente en el uso científico del lenguaje, significa la exclusión de una aplicación del Derecho que va más allá del sentido de una norma penal indagado a través de su interpretación (vid. *infra* § 17 I 4). Pero la denominación "prohibición de la analogía" no alcanza en el fondo al núcleo de la cuestión [39], puesto que la analogía no es otra cosa que un usual procedimiento deductivo de la lógica jurídica que en todo el Derecho y, por lo tanto, también en Derecho penal, no sólo es utilizada "in bonam partem". Sin embargo, no existen reparos a la utilización de esta expresión cuando respecto de ella queda claro que con la *prohibición* de la analogía se hace referencia a aquella que *tiene por finalidad la creación de nuevo Derecho* [40].

Ejemplos de analogía como procedimiento deductivo previsto legalmente: el § 224 I núm. 2 comprende también a "otros instrumentos peligrosos", §§ 315 I núm. 4 y 315 b I núm. 3 se refieren también a "una intervención similar, igualmente peligrosa" [41].

b) Si de la interpretación del sentido de la norma resulta una **laguna** que desde un principio es atribuible a la Ley (laguna primaria) o, posteriormente, a través de un cambio en las circunstancias (laguna secundaria), el juez penal debe absolver cediendo el paso al legislador; por el contrario, en tales casos el propio juez civil crea la norma jurídica aplicable [42].

Ejemplos: Y así, el RG no ha castigado como hurto la sustracción de energía eléctrica ajena, puesto que la corriente carece de la capacidad patrimonial para ser considerada como "cosa", tal y como presupone el § 242 (RG 32, 165; en sentido contrario se pronuncia el Tribunal de Casación francés, Sirey 1913, Tomo I pág. 337). Por este motivo tuvo que ser promulgada una Ley especial relativa al castigo de la sustracción de energía eléctrica de 9.4.1900 (RGBl I pág. 288) (en la actualidad prevista en el § 248 c). La utilización abusiva de teléfonos públicos con monedas alteradas no pudo calificarse ni como estafa (§ 263) ni como sustracción de energía eléctrica (Ley de 9.4.1900) ni, por último, como falsificación de moneda (§ 146) (RG 68, 65). Por ello, en 1935 fue creado el § 265 a) relativo al abuso de dispositivos automáticos. La reinterpretación de la prohibición de fuga del § 142 (en su redacción anterior) como una obligación de dar aviso (BGH 5, 129) ha sido declarada por la BGH 11, 117, como una infracción "del principio básico contenido en el § 2 StGB"; no obstante, el nuevo § 142 III ha vuelto a introducir un deber semejante. La extensión del § 246 a *todos* los casos de apropiación antijurídica ha sido rechazada por la BGH 2, 317 (319) por considerarla incompatible con su claro tenor literal. Asimismo, el pegar un buzón de reparto de correos no fue considerado como daño material conforme el § 303, siempre que su estructura o utilidad no hayan

---

[38] Así, igualmente, *Grünwald*, ZStW 76 (1964) págs. 13 ss.

[39] En este sentido, especialmente, *Sax*, Analogieverbot págs. 97 ss.; *Waiblinger*, Juristenvereins-Festgabe págs. 254 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 99. Por otra parte, la analogía tampoco es siempre "interpretación", tal y como *Sax*, Analogieverbot págs. 130 ss. parece aceptar. Sobre todo ello *Höpfel*, JBl 1979, págs. 580 ss. A causa de la equivocidad de la expresión *Jakobs*, Allg. Teil 4/33 habla de "prohibición de generalización".

[40] Al respecto, *H. Mayer*, SJZ 1947, pág. 17; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 núms 32 ss.; *Krey*, Studien pág. 214; *LK* (11.ª) (*Gribbohm*) § 1 núms. 73, 87.

[41] Más detenidamente sobre la analogía como medio de interpretación admitido *Germann*, SchwZStr 61 (1946) págs. 137 ss.; *Engisch*, Methoden págs. 65 ss.; *LK* (11.ª) (*Gribbom*) § 1 núm. 85 con numerosos ejemplos. Que la distinción entre interpretación y analogía es escurridiza se demuestra en los ejemplos de *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 111. Sobre ello, además, *Fuhrmann*, Tröndle-Festschrift págs. 145 ss. exponiendo en la nota a pie núm. 45 sentencias del BGH que observan rigurosamente la prohibición de la analogía.

[42] Vid. *Larenz*, Methodenlehre págs. 381 ss. Sobre la creación jurídica complementadora *Germann*, Rechtsfindung págs. 135 ss.; *Baumann*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 105 ss. Acerca del concepto de laguna jurídica *Engisch*, Sauer-Festschrift pág. 90; *el mismo*, Einführung págs. 138 ss.; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 158; *Canaris*, Lücken im Gesetz pág. 198.

sido menoscabadas (BGH 29, 129; con una tesis coincidente se resolvió el caso del "pintor con spray de Zurich" BVerfG NJW 1984, pág. 1293). El abuso de una tarjeta de crédito para el pago de bienes o prestaciones de servicios no es ni estafa consumada ni infidelidad patrimonial (BGH 33, 244 [247 ss.]), por lo que la laguna surgida fue subsanada en el año 1986 a través del nuevo § 266 b. Por otro lado, en muchos casos la jurisprudencia ha ensanchado tanto los límites en la interpretación del sentido de la norma que apenas existe una pequeña diferencia material frente a la analogía. Así sucede cuando el elemento "vehículo con enganche animal" (§ 3 I núm. 6 de la Ley prusiana sobre hurto forestal) se realiza también con la utilización de vehículos a motor (BGH 10, 375). Más lejos todavía va la afirmación de la concurrencia del ánimo de apropiación cuando alguien toma un libro de unos grandes almacenes, con la única intención de leerlo y devolverlo lo antes posible (OLG Celle NJW 1967, pág. 1921) [43].

c) En la configuración de la prohibición de la analogía, la función garantista de la Ley penal comprende a todos los elementos del precepto penal que determinan el *contenido del merecimiento de pena* y la *consecuencia jurídica*, esto es, los elementos del tipo de injusto y de la culpabilidad, las causas personales de exclusión y supresión de la pena, las condiciones objetivas de punibilidad y todas las demás sanciones (incluyendo las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias, BGH 18, 136 [140]); quedan excluidos, no obstante, los presupuestos procesales (como por ejemplo, la necesidad de interponer querella) [44]. También las disposiciones de la Parte General vinculan al juez en la medida en que comprenden una regulación cuyo contenido inmediato va referido al merecimiento de pena de una norma, de modo que no puede desviarse de aquéllas en perjuicio del acusado [45]. Por el contrario, en la medida en que las teorías generales son Derecho consuetudinario (vid. *supra* § 12 IV 2), ellas tampoco pueden participar en la función garantista del art. 103 II GG; no obstante, sí poseen una vinculación normativa.

Ejemplos: un adolescente de trece años no puede ser tratado como un joven por analogía al § 105 JGG; la punibilidad de un delito de omisión impropia (§ 13) no puede ser extendida a casos en los que el deber de garante se fundamenta moralmente. Sin embargo, un Derecho consuetudinario reconocido es la teoría de la actio libera in causa como extensión del § 20 (vid. *infra* § 40 VI 1).

d) Por el contrario, la analogía "*in bonam partem*" sí resulta admisible. Se toma en consideración, por ejemplo, en las causas de atenuación, supresión y exclusión de la pena, así como en los casos de renuncia a la misma.

Ejemplos: Aplicación de las disposiciones sobre el desistimiento (§§ 31, 83 a, 316 a II [46]) a los delitos de omisión impropia (vid. *infra* § 51 V 3); aplicación de la posibilidad de remisión de la pena (vgr., § 233 [47]) en

---

[43] Crítico con la interpretación siempre extensiva, *LK* (10.ª) *(Tröndle)* § 1 núm. 33. Por otro lado, también existen ejemplos respetuosos con el mandato de interpretación restrictiva tales como el caso Fanny-Hill BGH 23, 40, así como el resuelto por la BGH 14, 116 (inaplicabilidad del § 142 en su redacción anterior a la circulación de agua). En relación con la interpretación de casos fronterizos y dudosos *LK* (11.ª) *(Gribbohm)* § 1 núms. 85 ss.

[44] Vid. *LK* (10.ª) *(Tröndle)* § 1 núm. 37, quien advierte que las disposiciones procesales de carácter excepcional (vgr., § 232 I, BGH 7, 256) no pueden ser aplicadas analógicamente; sobre ello *H.Ch. Maier*, Die Garantiefunktion págs. 49 ss. Recomienda precaución en la aplicación analógica del Derecho procesal *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 núm. 34.

[45] En este sentido se pronuncia la tesis mayoritaria, vid. *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 núm. 26; *Baumann*, Jescheck-Festschrift Tomo I pág. 112; *Kratzsch*, GA 1971, págs. 68 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 10 núm. 21. De otra opinión *LK* (10.ª) *(Trändle)* § 1 núm. 38; *Schmitt*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 231 ss.

[46] De acuerdo con la redacción vigente, el § 316 a II StGB ya no hace referencia a la figura del desistimiento (N del T).

[47] El § 233 StGB se encuentra actualmente derogado (N del T).

la comisión del hecho bajo los efectos de una embriaguez plena (§ 323 a); aplicación del § 17, inciso segundo, como una causa supralegal de disminución de la culpabilidad (LG Hamburg NJW 1976, pág. 1756) [48].

3. En un sentido positivo la función garantista significa el establecimiento de importantes exigencias en la **determinación de la Ley penal** (nullum crimen sine lege *certa*) [49]. Los tipos penales deben poseer una redacción lo más exacta posible que evite la remisión a conceptos extensivos, amenazar con consecuencias jurídicas inequívocas y contener tan sólo marcos penales de envergadura limitada. La razón del mandato de determinación reside, de un lado, en que la reserva de Ley sólo puede desarrollar plenamente su eficacia cuando la voluntad jurídica de la representación popular ha encontrado en el texto una expresión tan clara, que queda excluida la posibilidad de una resolución subjetiva y arbitraria por parte del juez (BVerfGE 47, 109 [120]). Las resoluciones penales deben ser verificables sobre la base de la Ley. También en este punto las demandas del Estado de Derecho en el ámbito punitivo resultan más rigurosas que en otros sectores (vid., por ejemplo, el amplio significado del § 242 BGB para el Derecho civil). Además, el mandato de determinación debe asegurar que cualquier persona pueda prever qué comportamiento está prohibido y amenazado con pena (BVerfGE 48, 48 [56]; 73, 206 [234 ss.]). Para la praxis es todavía más importante que la prohibición de la analogía: "El verdadero peligro que amenaza al principio nulla poena sine lege no procede de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas" [50].

Ejemplos: Un alto grado de indeterminación, que desde luego puede reducirse por vía interpretativa, muestra todavía la cláusula de reprochabilidad del § 240 II (vid. *supra* § 15 I 3). Demasiado indeterminado es el concepto de "himno de la República Federal de Alemania" en el § 90 a I núm. 2 en relación con las tres estrofas de la canción alemana (BVerfGE 81, 298). El consentimiento en las lesiones corporales viene a ser limitado de forma indeterminada con el recurso a las buenas costumbres (§ 226a [51]). En relación con el concepto de una "cantidad que no sea pequeña" en el § 30 I núm. 4 BtMG vid. las BGH 32, 162; 33, 8; sobre el concepto de "violencia" en el § 240 I vid. la postura del BVerfG en su resolución de 10.1.1995 (NJW 1995, pág. 1141). El desorden público (anterior § 360 núm. 11, ahora inexistente) fue objeto de una mejor concreción en el § 118 OWiG. Acerca del delito de omisión impropia (§ 13) vid. *infra* § 58 IV 4.

---

[48] Ejemplos adicionales pueden encontrarse en *LK* (11.ª) (*Tröndle*) § 1 núm. 39.

[49] Vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 117 ss.; *Dubs*, Schweiz. Juristentag 1974, págs. 223 ss.; *Lange*, Rechtsstaat pág. 72; *H. Mayer*, Materialien Tomo I pág. 273; *Wessels*, Allg. Teil núm. 47; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen págs. 172 ss.; *Geerds*, Engisch-Festschrift págs. 409 ss., 421 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 núm. 17; *LK* (11.ª) (*Gribbohm*) § 1 núms. 45 ss.; *Nowakowski*, ÖJZ 1965, pág. 283 exige, con razón, una "determinabilidad probatoria" de los elementos. Sobre la historia, vid. *Kohlmann*, Staatsgeheimnis págs. 178 ss. El significado del mandato de determinación es enfatizado por distintas resoluciones del BVerfGE 25, 269 (285); 26, 42; 37, 207; 57, 250 (262); 81, 298; mientras que, por el contrario, la BVerfGE 4, 352 (358) y la 14, 245 (253) plantean exigencias relativamente menores. En relación con el significado práctico, meramente delimitador, del mandato de determinación *Tiedemann*, Verfassungsrecht págs. 44 ss. Una exposición crítica de la jurisprudencia del BVerG y del BGH se encuentra en *Krahl*, Bestimmtheitsgrundsatz págs. 338 ss. En relación con los EE.UU. vid. *J.Hall*, General Principles pág. 45; *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 126 ss. (doctrina "void-for-vagueness"). Apreciaciones críticas sobre el Derecho suizo en *Trechsel*, StGB, § 1 núm. 20.

[50] *Welzel*, Lehrbuch pág. 23. Bajo este punto de vista expresa objeciones en contra de los ejemplos reglados *Maiwald*, Gallas-Festschrift págs. 151 ss.

[51] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 228 (N del T).

IV. Especial referencia a la prohibición de retroactividad

1. Deducida inequívocamente del texto del art. 103 II GG en conexión con los apartados I y V del § 2 StGB y referida tanto a la pena como a las consecuencias accesorias, la **prohibición de retroactividad** constituye la cuarta consecuencia del principio de legalidad ("nullum crimen sine lege *praevia*"). También en este aspecto el principio de Estado de Derecho va más lejos que en otros sectores del Derecho pues el art. 103 II GG se limita a las leyes penales. Por lo demás, no hay una prohibición general de retroactividad desfavorable para el ciudadano [52]. La prohibición del efecto retroactivo de las leyes penales supone que una acción que en el momento de su comisión era impune, no puede ser declarada posteriormente punible; implica, asimismo, la exclusión de que pueda ser castigada posteriormente con una pena más grave caso de que ya fuera punible. La prohibición de retroactividad se extiende, además, a *otras* medidas posteriores que puedan empeorar la posición jurídica del autor (vid. *infra* § 15 IV 4). A diferencia de las otras tres consecuencias derivadas del principio de legalidad, el motivo de esta prohibición no reside en la legitimación democrática de las leyes penales, puesto que precisamente a través de aquélla se limita la libertad de decisión del legislador. Tampoco el principio de culpabilidad permite extraer su fundamento [53], puesto que el punto de conexión del reproche culpabilístico no es la Ley sino el contenido de injusto material del hecho que también puede existir cuando éste todavía no está amenazado con pena. Decisiva es, más bien, la idea de *seguridad jurídica*. En realidad, hoy la Ley penal no es entendida en el sentido de una "Magna Charta del delincuente" *(v. Liszt)* que debiera garantizar la impunidad al autor del mal si éste supiera cómo zafarse de las redes de la Ley, pero a la vista del juicio de desvalor especialmente oneroso y de las graves consecuencias jurídicas que están anudadas a la condena por un delito, se infringiría el mandato de una Justicia más simple si a un comportamiento ya desarrollado se le quisiera imponer posteriormente una pena. Además, con frecuencia las leyes *ad hoc* de carácter retroactivo se mostrarían excesivamente duras en un enjuiciamiento posterior más distanciado en el tiempo [54]. A ello se añade la idea de que el mandato normativo sólo puede motivar al autor si ya está vigente en el momento de perpetración del hecho.

2. Como cuestión previa a la aplicación de la prohibición de retroactividad es necesario analizar la vigencia de las leyes y el momento de comisión del delito.

a) El *comienzo* y el *término* de vigencia de las leyes penales se determina conforme a las reglas generales. Para el primero rige el art. 82 II GG. Su pérdida de vigencia sucede a través de la creación de Derecho nuevo que o bien deroga expresamente al anterior o bien regula la misma materia que éste ("lex posterior derogat legi priori"). Además, también puede ocurrir por la oposición del Derecho consuetudinario ("desuetudo"), por prevenir la propia Ley el cese de su vigencia (por ejemplo, § 105 WiStG 1949) o, finalmente, por la pérdida de su objeto (vgr., las disposiciones relativas a las injurias al Rey tras el establecimiento de la república).

b) El **tiempo de comisión** del delito se determina según el momento de la acción, esto es, cuando se pone en marcha la voluntad y no cuando acaece el resultado (BGH 11, 119 [121]);

---

[52] Vid. *Maunz/Dürig*, art. 103 II núm. 238.

[53] Vinculan esta prohibición al principio de culpabilidad *Sax*, en: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, (Edrs.), Tomo III/2 pág. 999; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 12 núm. 2.

[54] En este sentido, *Grünwald*, ZStW 76 (1964) pág. 17 con la acertada referencia a los tipos del robo dirigido a la extorsión (§ 239 a) y del ataque a los conductores de vehículos con la finalidad de robar (§ 316 a) que, con ocasión de sucesos concretos, fueron respectivamente introducidos en los años 1936 y 1938 aplicando retroactivamente la pena de muerte; igualmente, *Roxin*, Allg. Teil I § 5 núm. 51.

en el caso de la omisión viene configurado por el momento en el que el autor tendría que haber actuado (§ 8). Esto rige también para la participación en un delito ajeno. En la inducción y la complicidad sólo es decisiva la acción del partícipe. En la autoría mediata depende del momento en el que se comienza a actuar sobre el instrumento. Y en la coautoría el hecho comienza con la primera contribución típica en el marco de una resolución delictiva conjunta.

Ejemplo: La injuria cometida por medio de una anotación en un expediente oficial está cometida en el instante en que se elabora el acta, no en el momento en el que el tercero tiene conocimiento de aquélla (RG 57, 193 [195 ss.]).

El delito *continuado* —un concepto que, en esencia, la BGH-GS 40, 138 ha abandonado (vid. *infra* § 66 V 22)— es jurídicamente *una* sola acción, de ahí que resulte decisivo tanto el momento de comisión del primero como el del último acto parcial (RG 56, 54 [56]). Si a través de una modificación legal un comportamiento pasa a ser punible por primera vez, sólo se toman en consideración como delito continuado los actos parciales cometidos *con posterioridad* a la reforma, pues anteriormente no existía "delito" alguno (RG 62, 1 [3]). En los *delitos permanentes* (vid. *infra* § 66 II 3) depende de si la situación antijurídica creada por el autor alcanza al período de vigencia de la nueva Ley (§ 2 II). Tanto para una como para otra clase de infracciones el momento de comisión del hecho viene, pues, determinado por la totalidad del espacio temporal hasta la *consumación* del delito (sobre ello vid. *infra* § 49 III 3).

3. Al igual que con la analogía, la prohibición de retroactividad comprende todos los elementos referidos al **contenido de merecimiento de pena** del hecho, incluyendo las condiciones objetivas de punibilidad así como la **pena** y sus **consecuencias accesorias** (apartados I y V del § 2) [55]. También una modificación "in malam partem" de la situación jurídica en el ámbito de la Parte General cae dentro de la prohibición de retroactividad. Sin embargo, según el § 2 VI

---

[55] Que el art. 103 II GG comprende también a las consecuencias jurídicas es en la actualidad opinión mayoritaria; vid. *Schönke/Schröder/Eser*, § 2 núms. 4 ss.; BGH 3, 259 (262). También el Código penal francés de 1994 contiene expresamente la prohibición de retroactividad para normas que agravan la pena en el art. 112-1, II, III. Pero la prohibición de retroactividad rige sólo para las modificaciones legales y no para la jurisprudencia dado que el juez no es legislador, sino que tiene que interpretar las leyes según el sentido que se les ha suministrado (BVerfGE 18, 224 [240]; BVerfG NJW 1990, pág. 3140; BGH 21, 157; BGH VRS 32, pág. 229; OLG Karlsruhe NJW 1967, pág. 2167; OLG Celle Nds. Rpfl. 1968, pág. 90; OLG Frankfurt NJW 1969, pág. 1634). En el mismo sentido del texto, *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 21; *Dannecker*, Intertemporales Strafrecht pág. 390; *Jakobs*, Allg. Teil 4/81; *Lemmel*, Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen págs. 168 ss.; *LK* (11.ª) *(Tröndle)* § 2 núms. 16 ss.; *Roxin*, Allg. Teil § 5 núm. 59; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 110; *Wessels*, Allg. Teil núm. 51; *Tröndle*, Dreher-Festschrift pág. 136. De otra opinión *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 124; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 12 núm. 8; *Naucke*, NJW 1968, págs. 2311 ss.; *Grunsky*, Grenzen der Rückwirkung pág. 19 (en casos de revisión judicial o resoluciones jurisdiccionales constitucionales); *Straßburg*, ZStW 82 (1970) págs. 964 ss. (en sentencias a las que se les atribuye el significado práctico de una modificación legal); *Stratenwerth*, Schweiz. Strafrecht, Allg. Teil I pág. 87; *Groß*, Rückwirkungsverbot págs. 125 ss.; *el mismo*, GA 1971, págs. 18 ss.; *Neumann*, ZStW 103 (1991) págs. 331 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 2 núm. 9 (para la jurisprudencia fijada en fórmulas); *Müller-Dietz*, Maurach-Festschrift pág. 47 (para la jurisprudencia constante de los órganos judiciales superiores); *Kohlmann*, Staatsgeheimnis págs. 289 ss. (introducción de la cláusula "a partir de ahora"); *Schreiber*, JZ 1973, pág. 717 ("en caso de desviación de una jurisprudencia coherente de los tribunales superiores"). En el supuesto en el que se rechaza la prohibición de retroactividad para la jurisprudencia, la confianza del ciudadano es todavía protegida por medio del error de prohibición (§ 17) (al respecto, *Arndt*, Probleme págs. 40 ss.).

quedan excluidas las **medidas de seguridad** en tanto que la Ley no determine otra cosa (vid. sobre la cuestión BT-Drucksache V/4095 pág. 4), puesto que de conformidad con la concepción del legislador lo que resulta adecuado a los fines tiene que operar inmediatamente, por lo que, por ejemplo, la introducción de la privación del permiso de conducir en el año 1952 pudo ser aplicada a delitos contra la seguridad del tráfico ya cometidos anteriormente (BGH 5, 168 [173 ss.]); igualmente, BGH 24, 103 [105] en torno a la vigilancia policial). No obstante, los arts. 303 y 305 EGStGB señalan algo distinto para la libertad vigilada (§ 68) y la inhabilitación profesional (§ 70) [56].

4. Según el Derecho vigente la prohibición de retroactividad no rige para las **disposiciones procesales** y por este motivo tampoco es aplicada a los presupuestos del proceso, de modo que, por ejemplo, la derogación de la exigencia de querella como requisito de perseguibilidad convierte retroactivamente al hecho en un delito público (RG 77, 106 [107]). A ello pueden oponerse objeciones pues en los delitos perseguibles a instancia de parte el legislador deposita en el ofendido la necesidad de pena; de ahí que, en cualquier caso, un hecho no debería poder ser declarado como delito público con carácter retroactivo cuando ya ha expirado el plazo para la interposición de la querella. Especialmente significativa es la cuestión de si resulta admisible la introducción, con carácter retroactivo, de un alargamiento del plazo de prescripción (§ 78) o de la imprescriptibilidad de un delito [57].

Acerca de la Ley sobre el cómputo de la prescripción penal de 13.4.1965 (BGBl. I pág. 315) vid. *infra* § 15 IV 5. En relación con la discusión relativa a la modificación retroactiva del § 67 en su redacción anterior (actual § 78 III) a través de la 9. StÄG de 4.8.1969 (BGBl. I pág. 1065) y la Convención de las Naciones Unidas sobre no aplicación de las disposiciones sobre prescripción a los crímenes de guerra y contra la Humanidad de 26.11.1968 vid. la 2.ª Ed. de esta obra págs. 110 ss. El § 84 StGB/DDR concerniente a la exclusión de la prescripción para delitos contra la paz, la Humanidad, los Derechos Humanos y crímenes de guerra, ha mantenido su vigencia en la zona de la antigua RDA tras el Tratado de Unificación Alemana.

5. La prohibición de retroactividad es una norma de *protección* para el autor. Por ello, si en el momento en el que se enjuicia el delito rige una **Ley más favorable** que cuando éste fue cometido, debe aplicarse aquélla para beneficiar al delincuente del cambio en la concepción del

---

[56] El fundamento de ello es atribuido en parte al efecto penal similar de estas intromisiones (así, BT-Drucks. 7/550 pág. 458), y en parte también a la ausencia de una finalidad primaria terapéutica de las referidas medidas de seguridad (en este sentido, *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 97). No puede ser admitido que el § 2 IV en su anterior redacción, que con carácter general excluyó la prohibición de retroactividad para las medidas de seguridad, atentara contra el art. 103 II GG tal y como *Diefenbach*, Verfassungsrechtliche Problematik págs. 113 ss. sostenía; vid. BGH 24, 103 (106); *LK* (11.ª) *(Tröndle)* § 2 núm. 54; *Schönke/Schröder/Eser*, § 2 núm. 42; *Dannecker*, Intertemporales Strafrecht pág. 309. A pesar de ello, es preferible el § 1 I österr. StGB que, con carácter general, extiende la prohibición de retroactividad a las medidas de seguridad (al respecto vid. *Leukauf/Steininger*, § 1 núm. 28). Mostrándose crítico también *SK (Rudolphi,)* § 2 núm. 18; *Jung*, Wassermann-Festschrift págs. 884 ss.

[57] La jurisprudencia no aplica la prohibición de retroactividad a los plazos de prescripción, vid. BVerfGE 25, 295; RG 76, 159 (161); BGH 2, 300 (306); 4, 379 (384). Por el contrario, un acortamiento del plazo de prescripción repercute sobre el § 2 III (BGH 21, 367 [370]). Una exposición de las leyes que amplían la prescripción para hechos que todavía no han prescrito se encuentra en *LK* (11.ª) *(Gribbohm)* § 1 núm. 90. Favorable a una extensión análoga a los obstáculos procesales *Schmitt*, Jescheck-Festschrift Tomo I pág. 231; partidario de la aplicación de la prohibición de retroactividad a las disposiciones sobre prescripción sin consideración a su carácter procesal o jurídico-material *H.Ch. Maier*, Die Garantiefunktion pág. 65.

legislador (§ 2 III) [58]. El principio de retroactividad de la Ley más beneficiosa rige, ante todo, cuando la punibilidad del hecho es derogada posteriormente (¡absolución!) [59]. La cuestión relativa a cuál de las dos leyes es la más favorable se resuelve según la Ley que en el caso concreto impone una sanción más leve (punto de vista *concreto*) (BGH 20, 22 [25]; 20, 74 [75]; BGH NStZ 1983, pág. 268).

Ejemplos: El § 361 núm. 6 c (prostitución prohibida) ha sido derogado por la 4. StÄG y ha sido transformado parte de él en una infracción administrativa (§ 120 OWiG) y otra parte en un severo precepto penal (§ 184 a) (en caso de infracción "perseverante"). El § 361 núm. 6 c vigente en su momento era aplicable, pues, cuando existía una transgresión persistente puesto que de lo contrario lo sería el § 120 OWiG (OLG Hamm MDR 1974, pág. 572). El § 266 b es, frente al § 263, la norma penal más favorable (BGH JZ 1987, pág. 208). La modificación de las causas que cualifican el robo agravado (§ 250) no significan atenuación alguna según la BGH 26, 167 [172 ss.], en la medida en que supone "una continuidad del tipo de injusto" (vid., también, BayObLG JZ 1976, pág. 249). Sin embargo, la eliminación del robo en la vía pública como elemento cualificador (§ 250 I núm. 3 en su redacción anterior) y la introducción del uso de un "arma simulada" como cualificación autónoma (§ 250 I núm. 2 [60]), han cambiado esencialmente la situación jurídica (vid. al respecto, en un sentido diverso, BGH-GS 26, 167); por ello, el autor únicamente tendría que haber podido ser condenado en la BGH JZ 1975, 702 por el § 249, puesto que el § 250 I núm. 3 estaba derogado y el § 250 I núm. 2 todavía no estaba vigente [61]. En relación con los problemas que resultan de la nueva redacción del § 142, en parte más beneficioso y en parte más gravoso, en conexión con el § 2 III, vid. BayObLG JZ 1976, pág. 249.

También es aplicable la Ley más favorable, tal y como resulta inequívocamente del § 2 III, que hubiera estado vigente entre la comisión y el enjuiciamiento del delito **(Ley penal intermedia)** [62]. La desatención de la Ley penal intermedia más favorable o de una descriminalización producida durante ese lapso de tiempo, infringiría el mandato de aplicación de la Ley más beneficiosa bajo la cual puede ser subsumido el comportamiento del autor (BGH NStZ 1992, pág. 535; de otra opinión, BVerfG NJW 1990, pág. 1103).

Ejemplo: La Ley sobre el cómputo de los plazos de prescripción penales de 13.4.1965 (BGBl. I pág. 315) era incompatible con el art. 103 II GG, puesto que la disposición que había suspendido la prescrip-

---

[58] Desde luego que en la actualidad ya no se exige una concepción jurídica "purificada" de la Ley más favorable tal y como anteriormente presuponían las RG 13, 249; 58, 44 (vid. BGH 6, 30 [33]: 20,177 [181 ss.]). En desacuerdo con la fundamentación de la Ley más favorable *Tiedemann*, Peters-Festschrift págs. 194 ss. *Tiedemann* págs. 202 ss. llama con acierto la atención sobre el hecho de que la Ley más favorable sólo debe aplicarse retroactivamente cuando el nuevo tipo penal coincide, en cuanto al bien jurídico protegido y a la dirección del ataque, con el Derecho vigente en el momento de la comisión del hecho. A favor de la retroactividad de las leyes tributarias más beneficiosas *Kunert*, Neue Zeitschr. f. Steuerrecht 1982, págs. 276 ss.; *Tiedemann*, NJW 1986, pág. 2475; *Rüping*, NStZ 1984, págs. 450 ss. En contra, BGH 34, 272 (283) (vid. *infra* § 15 IV 6). En relación con el mandato de la Ley más beneficiosa como derivación del principio de Estado de Derecho *Dannecker*, Intemporales Strafrecht págs. 403 ss.

[59] Debe aceptarse pues la Ley favorable cuando una disposición penal es sustituida por otra que tan sólo impone una sanción pecuniaria (BGH 12, 148 [153]; OLG Karlsruhe MDR 1974, pág. 858). En las leyes penales en blanco la mejora en el tratamiento pude derivarse de la norma complementadora (BGH 20, 177 [181]; en contra, BGH 7, 294; vid., también, BayObLG JZ 1974, pág. 392). Sobre todo ello *Sommer*, Das "mildeste Gesetz" págs. 74 ss.

[60] En la actualidad, esta referencia debe entenderse realizada al § 250 I 1 b) StGB (N del T).

[61] En el mismo sentido, *Tiedemann*, JZ 1975, págs. 692 ss.; *Mohrbutter*, ZStW 88 (1976) págs. 945 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 5 núm. 62; *Dannecker*, Intertemporales Strafrecht págs. 502 ss.

[62] Vid. *Schönke/Schröder/Eser*, § 2 núm. 29; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 12 núm. 17.

ción de los delitos castigados con presidio perpetuo hasta el 31.12.1949 modificó en perjuicio del reo el § 5 I de la Ley penal intermedia de 30.5.1956 (BGBl. I pág. 437), según el cual, los plazos prescriptivos debían expirar en el momento en el que lo hubieran hecho sin tener en cuenta las medidas impeditivas introducidas por las fuerzas de ocupación [63]. No obstante, la BVerfGE 25, 269 (286 ss.) no ha cuestionado la Ley sobre el cómputo de la prescripción con el argumento de que el art. 103 II GG es inaplicable a la prescripción como *institución* del Derecho procesal.

6. Una excepción en la aplicación retroactiva de la Ley penal más favorable viene suministrada para el caso en el que la norma previa es una **Ley temporal**. Esta última resulta también aplicable a los delitos cometidos bajo su vigencia aunque ya no se encuentre en vigor (§ 2 IV); la razón de ello reside en que la abrogación de la Ley temporal sólo está motivada por la extinción de la causa que la originó pero no por un cambio en la concepción jurídica del legislador. De lo contrario, además, tan pronto como la vigencia de la Ley temporal fuera aproximándose a su fin dejaría de poseer autoridad alguna. Las leyes temporales son aquellas cuya vigencia está ajustada a un calendario o limitada en el tiempo de cualquier otra forma, bien con el propósito de querer servir como regulación transitoria para circunstancias especiales de carácter temporal, o bien porque de lo contrario decae la necesidad de pena por razones de índole material (BGH 18, 12 [14]; OLG Karlsruhe NJW 1968, pág. 1581) [64]. La EGStGB ha vuelto a renunciar a la limitación prevista por la 2. StrRG, según la cual sólo serían admisibles las leyes temporales formales (esto es, las ajustadas a un plazo concreto de calendario) (vid. BT-Drucksache VII/550 pág. 206) [65].

Ejemplos: La VO de 27.8.1939 (RGBl. I pág. 1498) fue una Ley temporal porque únicamente quiso regular provisionalmente la transición de una economía en tiempos de paz al período de guerra (RG 74, 301). Las disposiciones sobre precios inflacionistas para tiempos de necesidad son leyes temporales (BGH NJW 1952, pág. 72), pero no las limitaciones de velocidad pues estas últimas no pierden por sí mismas su objeto (BGH 6, 30 [39]). Las disposiciones tributarias relativas a las donaciones a los partidos políticos dictadas para determinados períodos temporales, mantienen su aplicación aún cuando aquéllas puedan ser deducibles fiscalmente con posterioridad en una cuantía considerable (BGH 34, 272 [282 ss.]). Una Ley temporal puede convertirse en otra permanente "cuando las circunstancias especiales se mantienen durante largo tiempo" [66].

7. De conformidad con el § 2 V la **confiscación de los beneficios** (§§ 73 ss.), el **comiso** (§§ 74 ss.) y la **inutilización de efectos e instrumentos del delito** (§ 74 d), están sujetos a la prohibición de retroactividad en consideración a su carácter parcialmente punitivo.

8. El § 2 también tiene significado jurídico-penal para el **tratamiento de los hechos cometidos en la RDA.**

a) En relación con los hechos cometidos en la zona de la RDA con anterioridad a la eficacia de la integración, esto es, previos a la fecha de 3.10.1990 (art. 1 I EV), resulta aplicable el § 2 con algunas modificaciones según lo previsto en el art. 315 EGStGB. Básicamente, el Derecho penal de la República Federal es decisivo; el Derecho penal de la RDA sólo será pues aplicable cuando aquél contenga alguna agravación no contenida en éste (BGH 39, 317 [319]) [67]. La modificación más importante se deriva del art. 315 IV

---

[63] Igualmente, *Grünwald*, MDR 1965, págs. 522 ss. Vid., también, *Willms*, JZ 1969, pág. 60.

[64] Sobre ello *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 80.

[65] Mostrándose crítico por la indeterminación en la descripción del momento en el que pierden su vigencia, *Tiedemann*, Peters-Festschrift págs. 198 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 4/65; *AK (Hassemer)* § 2 núms. 48, 53; *Rüping*, NStZ 1984, pág. 451.

[66] *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 99 nota a pie núm. 15. Ejemplos adicionales de leyes temporales pueden verse en *Schönke/Schröder/Eser*, § 2 núm. 37.

[67] *Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht pág. 238.

EGStGB. De conformidad con este precepto el Derecho penal de la República Federal resulta aplicable sin la limitación contenida en el § 2, si aquél ya regía para el mismo por el lugar de la comisión del hecho (§ 9) o de acuerdo con el Derecho penal internacional –así, según el principio real o de protección (§ 5 núms. 1,2,3b,4,5b,6), el principio de justicia mundial (§ 6) o el principio pasivo de personalidad (§ 7 I) (BGH 37, 305; 39, 260; con otra postura BVerfG NJW 1995, pág. 1811 [1813]) [68] [69]. Por el contrario, la Administración de Justicia penal supletoria (§ 7 II) no puede apreciarse aquí, puesto que para los hechos acaecidos en la RDA la regulación del art. 315 y su remisión al § 2 es considerada como lex especialis [70]. Asimismo, en los delitos de bagatela, para los que no existe en el Derecho de la República Federal sanción alguna, se prescinde de la pena (art. 315 I, inciso primero, EGStGB). Además, tampoco pueden ser decretadas ni la custodia de seguridad (§ 66) ni la libertad vigilada (§ 68 I) (art. 315 I, inciso segundo, EGStGB). La pena de multa es aplicada de acuerdo con los §§ 40-42 StGB aunque con una restricción referida a su límite máximo (art. 315 II EGStGB). Para la prescripción de los hechos cometidos en la RDA que, según su Derecho, no hayan sido sancionados ante la ausencia de su persecución por motivos políticos o cualesquiera otros incompatibles con los principios de un Ordenamiento libre sometido al Estado de Derecho, la Ley de prescripción de 26.3.1993 (BGBl. I pág. 392) dispone que el período temporal comprendido entre 11 de octubre de 1949 hasta 2 de octubre de 1990 permanece fuera de su cálculo. Durante el mismo la prescripción queda, pues, suspendida. La segunda Ley de prescripción de 27.9.1993 (BGBl. I pág. 1657) dispone también que la prescripción de los delitos que han sido cometidos en la zona de la antigua RDA con anterioridad al 31.12.1992 finaliza, lo más pronto, con la expiración de las fechas de 31.12.1995 y de 31.12.1997. Un delito cometido en el momento de la integración que según el Derecho de la RDA no haya prescrito todavía, puede ser perseguido aún, incluso aunque de conformidad con el Derecho de la República Federal ya hubiera prescrito con anterioridad a la integración de la RDA (BGH 40, 48 [57] con comentario discrepante de *Jakobs*, NStZ 1994, pág. 330) (vid., con más detalle, *infra* § 86 I 6).

b) Según la regla contenida en el § 2 resulta aplicable la Ley más beneficiosa que debe ser averiguada desde un punto de vista concreto, entre el Derecho penal de la RDA vigente en el momento de comisión del hecho (con las atenuaciones que probablemente tuvieran lugar) y el Derecho penal de la República Federal que también lo estuviera en ese instante (BGH 37, 329; 38, 18). Los delitos contra el Estado y el Orden constitucional de la RDA quedan impunes puesto que estos bienes jurídicos no pueden ser abarcados por el Derecho penal de la República Federal, de modo que este Derecho se separa como escala comparativa en la averiguación de la Ley más favorable. Los hechos punibles contra bienes jurídicos de la colectividad están también protegidos por las respectivas disposiciones penales del Derecho de la República Federal, de modo que según el § 2 III aquí tiene que tener lugar la comparación (en relación con el falseamiento electoral de las elecciones comunales celebradas en Dresden el 7.5.1989 vid. BGH 39, 54) [71]. Acerca del problema especial del castigo a los guardianes del muro (vid. *supra* § 2 I 2 nota a pie núm. 5).

---

[68] Sobre esta cuestión *Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht pág. 238; *Lüderssen*, StV 1991, pág. 483. De otra opinión *Samson*, NJW 1991, pág. 340.

[69] En contra de la BGH 37, 305 (315), donde fue considerada constitucional la aplicación del § 99 en conexión con el § 5 núm. 4 a agentes que sólo habían actuado en la zona de la RDA, la BVerfG NJW 1995, 1811 (1813) ha deducido un obstáculo procesal del principio constitucional de proporcionalidad (vid. *infra* § 18 III 3 *in fine*). En el mismo sentido del BGH, *LK* (11.ª) (*Gribbohm*) § 2 núms. 60 a, 70; *LK* (11.ª) (*Laufhütte*) nota preliminar núms. 39 ss. antes del § 80; *Dreher/Tröndle*, § 99 núm. 1 a; *Lackner*, § 2 núm. 23. Vid., además, *Maunz/Dürig*, art. 103 II núm. 256. En relación con el problema de una amnistía *Simma/Volk*, NJW 1991, pág. 871.

[70] Así, *Grünwald*, StV 1991, pág. 35; *Lackner*, § 2 núm. 12.

[71] Sobre ello *Lackner*, § 2 núm. 13; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 50 antes del § 3.

§ 16 El principio "in dubio pro reo" y la determinación alternativa del hecho

Bringewat, Fortsetzungstat und "in dubio pro reo", JuS 1970, pág. 329; *Deubner,* Die Grenzen der Wahlfeststellung, JuS 1962, pág. 21; *Dreher,* Im Irrgarten der Wahlfeststellung, MDR 1970, pág. 369; *Endruweit,* Die Wahlfeststellung usw., 1973; *Frisch,* Zum Wesen des Grundsatzes "in dublo pro reo", Festschrift für H. Henkel, 1974, pág. 275; *Grünhut,* Alternative Tatsachenfeststellung im Strafprozeß, MSchrKrim 1934, pág. 327; *Günther,* Wahlfeststellung zwischen Betrug und Unterschlagung? JZ 1976, 665; *el mismo,* Verurteilungen im Strafprozeß trotz subsumtionsrelevanter Tatsachenzweifel, 1976; *Hahn,* Die gesamten Materialien zur StPO, 1. Abt., 2.ª Ed. 1885; *Hardwig,* Studien zum Vollrauschtatbestand, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 459; *Heinitz,* Die Grenzen der zulässigen Wahlfeststellung im Strafprozeß, JZ 1952, p. L00; *el mismo,* Zum Verhältnis der Wahlfeststellung zum Satz "in dublo pro reo", JR 1957, pág. 126; *Eike v. Hippel,* Zum Problem der Wahlfeststellung, NJW 1963, pág. 1533; *Holtappels,* Die Entwicklungsgeschichte des Grundsatzes "in dublo pro reo", 1965; *Hruschka,* Zum Problem der Wahlfeststellungen, MDR 1967, pág. 265; *el mismo,* Zur Logik und Dogmatik von Verurteilungen aufgrund mehrdeutiger Beweisergebnisse, JZ 1970, pág. 637; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 25, 182, NJW 1973, pág. 1804; *el mismo,* Alternativfeststellung zwischen Anstiftung und sog. psychischer Beihilfe, JR 1983, pág. 177; *Jakobs,* Probleme der Wahlfeststellung, GA 1971, pág. 257; *Küper,* Probleme der Postpendenzfeststellung im Strafverfahren, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 65; *el mismo,* Probleme der Hehlerei bei ungewisser Vortatbeteiligung, 1989; *Mannheim,* Zur wahldeutigen Tatsachenfeststellung, ZStW 44 (1924) pág. 440; *Montenbruck,* Wahlfeststellung und Werttypus, 1976; *el mismo,* In dubio pro reo, 1985; *Mylonopoulos,* Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit und der Grundsatz in dubio pro reo, ZStW 99 (1987) pág. 685; *Nowakowski,* Verkappte Wahlfeststellungen, JBl 1958, pág. 380; *Nüse,* Das Problem der Zulässigkeit von Alternativ-Schuldfeststellungen im Strafprozeß, Strafr. Abh. Heft 324, 1933; *el mismo,* Die Zulässigkeit von wahlweisen Feststellungen, GA 1953, pág. 33; *Otto,* "In dubio pro reo" und Wahlfeststellung, Festschrift für K. Peters, 1974, pág. 373; *Peters,* Strafprozeß, 4.ª Ed. 1985; *Röhmel,* Die Wahlfeststellung, JA 1975, pág. 95; *Roxin,* Strafverfahrensrecht, 23.ª Ed. 1993; *Sax,* Wahlfeststellung bei Wahldeutigkeit mehrerer Tatsachen, JZ 1965, pág. 745; *el mismo,* Zur Anwendung des Satzes "in dubio pro reo", Festschrift für U. Stock, 1966, pág. 143; *Schaffstein,* Die neuen Voraussetzungen der Wahlfeststellung im Strafverfahren, NJW 1952, pág. 725; *Eb. Schmidt,* Lehrkommentar zur StPO, Tomo suplementario, Parte II, 1967; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 18, 274, JZ 1963, pág. 606; *Schmoller,* Alternative Tatsachenaufklärung im Strafrecht, 1986; *Schönke,* Wahlfeststellungen im Strafprozeß, DRZ 1947, pág. 48; *Schröder,* Anmerkung zu BGH 22, 154, JZ 1968, pág. 572; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 23, 360, JZ 1971, pág. 141; *C. Schröder,* Wahlfeststellung und Anklageprinzip, NJW 1985, pág. 780; *Stree,* In dubio pro reo, 1962; *el mismo* Anmerkung zu BGH 25, 285, JZ 1974, pág. 240; *v. Tippelskirch,* Über alternative Fragen und tatsächliche Feststellungen im Strafverfahren, GA 15 (1867) págs. 449, 505; *Tröndle,* Zur Begründung der Wahlfeststellung, JR 1974, pág. 133; *Volk,* In dubio pro reo und Alibibeweis, JuS 1975, pág. 25; *Waiblinger,* Der rechtliche Charakter und die Bedeutung der Schulderklärung im Strafprozeß, Festschrift für H. F. Pfenninger, 1956, pág. 157; *Weber,* Zur Frage der Zulässigkeit von Wahlfeststellungen im Strafrecht, Diss. Freiburg 1950; *Wolter,* Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht, 1972; *el mismo,* Verurteilung aus nichttatbestandsmäßiger Nachtat? GA 1974, pág. 161; *el mismo,* Grundfälle zu "in dubio pro reo" und Wahlfeststellung, JuS 1983, págs. 363, 602, 769; 1984, 37, 530, 606; *el mismo,* Wahlfeststellung und in dubio pro reo, 1987; *Zeiler,* Verurteilung auf Grund wahldeutiger Tatsachenfeststellung, ZStW 40 (1919) pág. 168; 42 (1921) pág. 665; 43 (1922) pág. 596; 64 (1952) pág. 156; 72 (1960) pág. 4.

I. Esencia y naturaleza jurídica del principio "in dubio pro reo" y su relación con la determinación alternativa del hecho

1. El principio "in dubio pro reo" y la determinación alternativa del hecho sirven para la **superación de las dudas en la aplicación del Derecho** que se derivan tras la conclusión de la

valoración probatoria, allí donde no pueden ser comprobados hechos que resultan de considerable trascendencia para la completa convicción del Tribunal [1]. Toda condena a una pena presupone la existencia de certeza sobre la concurrencia de todos los presupuestos materiales (positivos y negativos) relativos al pronunciamiento sobre la culpabilidad y la pena, dado que el § 267 I StPO exige la comprobación de una acción *determinada* a la que resultan aplicables los elementos de un precepto penal *determinado*. Si, tras el agotamiento de todos los medios de prueba admisibles y disponibles a los que hay que recurrir de acuerdo con el deber de esclarecimiento (§ 244 II StPO), la relación de hechos no clarifica la convicción del Tribunal, el proceso penal no puede quedar en suspenso sino que por motivos de seguridad jurídica debe ser concluido dentro de un plazo adecuado (vid. art. 6 I 1 MRK). De ello se deriva la necesidad de que, a la vista de los hechos de trascendencia decisiva, también en el caso de un "non liquet" se alcance una resolución sobre el fondo de la cuestión. Y es que aquellas circunstancias que no han sido completamente probadas no pueden perjudicar al acusado, así que en caso de duda acerca de la existencia de un hecho trascendental ésta debe ser tomada como base para la posibilidad de adoptar de una decisión favorable al acusado **(in dubio pro reo)** [2]. Este principio está reconocido a través del Derecho consuetudinario [3].

Ejemplos: No quedando claro en un proceso si el acusado, que quiso llevar a cabo violentamente acciones de naturaleza sexual (§§ 178, 22) [4], tenía la intención de ir más allá y forzar a la víctima al mantenimiento del coito (§§ 177, 22) [5], sólo puede ser castigado por una agresión sexual en grado de tentativa (BGH 11, 100 [102]).

Sin embargo, existen supuestos en los que a la convicción del juez le consta que el acusado, caso de no haber cometido el delito que se le reprocha y en virtud de ello poder ser absuelto por el principio "in dubio pro reo", debió haber cometido necesariamente otro hecho cuya comprobación, no obstante, únicamente puede ser realizada alternativamente. La cuestión es, por tanto, si puede ser condenado sobre la base de esos otros hechos.

Ejemplo: El acusado había encontrado una joya que le había sido robada a su propietario. Habiendo sido acusado por un delito de hurto alegó que compró aquélla a un desconocido; sin embargo, de las circunstancias de la compra se derivaba la realización del tipo de receptación, no siendo posible proceder a una aclaración adicional del relato de los hechos. Por ello, el acusado o ha cometido un hurto (§ 242) o una receptación (§ 259) (RG 68, 257 [258]).

De haber sido aplicado en este caso el principio "in dubio pro reo" el acusado no podría haber sido condenado ni por hurto ni por receptación, sino que habría quedado absuelto al no poder evidenciarse inequívocamente ninguna de las dos posibilidades. Sin embargo, una apreciación separada de esta naturaleza no sería satisfactoria pues, en cualquier caso, ha resultado acreditado que el acusado debió haber cometido *uno* de los dos delitos. Por ello, para evitar absolu-

---

[1] Por el contrario, la *cuestión jurídica* debe ser resuelta de forma inequívoca también en caso de duda acerca de la interpretación de la Ley ("iura novit curia"); vid. *Grünhut*, MSchrKrim 1934, pág. 333; BGH 14, 68 (73). Sobre el requisito de la imposibilidad de comprobaciones inequívocas BGH 12, 386 (388); 21, 152; BGH NJW 1974, 804 (805).

[2] *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, § 261 StPO núm. 26.

[3] Una visión detallada acerca de la jurisprudencia reciente la suministra *Wolter*, Wahlfeststellung, 1987.

[4] La referencia al § 178 debe entenderse realizada al § 177 StGB, puesto que actualmente el primero de ellos regula la agresión sexual y la violación con resultado de muerte (N del T).

[5] La referencia al § 177 también debe entenderse realizada en la actualidad al § 177 II núm. 1 StGB; vid. la nota anterior (N del T).

ciones injustificadas en supuestos de estas características, es admitida —bajo ciertos requisitos— la condena basada en los hechos alternativos de acuerdo con la norma que sea más favorable (**determinación alternativa del hecho**). Por tanto, esta última es una *excepción* necesaria al principio "in dubio pro reo" anclada en motivos político-criminales que en verdad rige para aquellos casos en los que las distintas posibilidades están situadas en una relación de alternatividad y no en una relación gradual del más o menos (BGH 22, 154 [156] con comentario coincidente de *Schröder*, JZ 1968, pág. 572; 25, 182 [183] con comentario de *Hruschka*, NJW 1973, pág. 1804; 32, 48 [56 ss.]) [6]. Un caso especial de la determinación alternativa viene constituido por la "*pura alternatividad de los hechos*": en verdad, aquí queda claro cuál es la norma penal aplicable pero no la acción a través de la cual el autor ha infringido aquélla (vid. *infra* § 16 III 2 c).

Ejemplos: Existen dos declaraciones contradictorias de un testigo en dos instancias distintas por lo que una debe ser falsa aunque no se sepa cuál de ellas lo es (BGH 2, 351). En caso de contagio del virus del sida por otra persona cuando no puede ser comprobado cuál de los dos contactos sexuales ha conducido a su transmisión (BGH 36, 262 [269]). Muchos móviles abyectos del homicidio doloso se consideran de modo alternativo (BGHR § 153 StGB antes del § 1/Wahlfeststellung, Tatsachenalternativität 3).

2. Tanto el principio "in dubio pro reo" como también el problema de la determinación alternativa del hecho pertenecen en un primer plano al **Derecho procesal** [7], puesto que se trata de decidir qué grado de evidencia de los hechos debe darse en el proceso para poder imponer una condena. Sin embargo, el problema tiene también un **aspecto material**: si la determinación alternativa entre diversos tipos penales se admite como excepción al principio "in dubio pro reo" esto es algo que se determina por la relación jurídico-material existente entre aquéllos. Además, "in dubio pro reo" y determinación alternativa son consideradas como el reverso de la función de garantía material de la Ley penal: mientras que el principio de legalidad protege a toda persona de ser castigada por una conducta cuya punibilidad y sanción no estaba determinada legalmente, el principio "in dubio pro reo" suministra su complemento necesario a través de la proposición "no hay pena sin *prueba* del hecho y de la culpabilidad" [8]. La determinación alternativa del hecho vuelve a modificar esta proposición en la medida en que en determinados casos permite la condena sobre la base de la comprobación de hechos alternativos.

II. El principio "in dubio pro reo" según el Derecho vigente

1. Derivándose de la práctica de la prueba en una causa penal la eventualidad de valorar distintas posibilidades que se encuentran entre sí en una **relación gradual de más o menos**, entonces entra en juego el **principio "in dubio pro reo"** cuando en relación con el acusado ha

---

[6] Vid. *Dreher/Tröndle*, § 1 núms. 13, 14; *Lackner*, § 1 núm. 11; *LK* (11.ª) (*Gribbohm*) § 1 núm. 137; *Heinitz*, JR 1957, pág. 126; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 n. 58; *Wolter*, Alternative und eindeutige Verurteilung págs. 24 ss.; *SK (Rudolphi)* apéndice al § 55 núm. 15.

[7] Sobre el principio in dubio pro reo: *Stree*, In dubio pro reo, págs. 7 ss.; *Roxin*, Strafverfahrensrecht págs. 84 ss.; acerca de la determinación alternativa: *Peters*, Strafprozeß págs. 291 ss. *Heinitz*, JZ 1952, pág. 100. También la Gran Comisión de Derecho penal quiso reservar el tema de la determinación alternativa como una cuestión procesal de la StPO; vid. Niederschriften Tomo V pág. 285 nota a pie núm. 5. Defendiendo, por el contrario, el carácter material del principio in dubio pro reo *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, § 261 StPO núm. 26, y para la determinación alternativa *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 417 y *Nüse*, GA 1953, pág. 41.

[8] Así, *Stree*, In dubio pro reo pág. 18; *LK* (11.ª) (*Gribbohm*) § 1 núm. 137.

quedado probada una posibilidad más beneficiosa que otra que resulta ser incierta (BVerfG MDR 1975, pág. 468) [9]. Este principio no sólo contiene el equivalente procesal a la reserva de Ley jurídico-material, sino que también hace realidad la presunción de inocencia (art. 6 II MRK) que excluye que el autor pueda ser castigado por el delito más grave en tanto que todavía existan dudas sobre su culpabilidad [10]. El ámbito de aplicación del principio "in dubio pro reo" se extiende a la totalidad de los presupuestos del pronunciamiento acerca de la culpabilidad y la pena [11] y, por tanto, también a las causas de supresión de la pena como por ejemplo el § 24 (§ 46 en su redacción anterior) (BGH 10, 129 [131]), a la compensación del § 199 (BGH 10, 373 [374]) y a las causas de exclusión de la pena (BayObLG NJW 1961, pág. 1222 sobre el § 247 II en su redacción anterior). En la actualidad, la opinión mayoritaria y la jurisprudencia extienden el principio "in dubio pro reo" incluso a los presupuestos procesales [12] (BGH 18, 274 para el caso en que no queda clara la prescripción; BGH NStZ 1984, pág. 920 en un supuesto de duda sobre la capacidad de negociación del acusado; BayObLG NJW 1968, pág. 2118 en un caso de duda sobre la utilización de la acusación penal).

2. Anteriormente, la jurisprudencia limitó el principio "in dubio pro reo" a relaciones graduadas lógicamente en las que la situación beneficiosa para el autor está contenida conceptualmente en la más perjudicial, como sucede, por ejemplo, en la relación entre tipo básico y cualificado. Sin embargo, esta limitación innecesaria sólo conduce a *soluciones evasivas* que son evitadas cuando la proposición "in dubio pro reo" es extendida a graduaciones valorativas [13]. De acuerdo con ello el principio se reconoce también para la relación entre dolo e imprudencia (en contra, BGH 4, 340 [343]) que opta por la determinación alternativa; BGH 17, 210 que lo hace por la aplicación del § 230 como "tipo de recogida" [14]; con acierto, en la actualidad, BGH 32, 48 [57]). Lo mismo rige para la relación entre autoría e inducción (en contra, BGH 1, 127 [128], así como la OLG Düsseldorf NJW 1976, pág. 579 que prefiere la determinación alternativa), para la relación entre autoría y complicidad (BGH 23, 203 [207]) y entre inducción y complicidad psíquica (BGH 31, 136 [138] [15]; ambas sentencias escogen la aplicación del principio "in dubio

---

[9] Igualmente, *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 164 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 10 núm. 32; *LK* (11.ª) (*Gribbohm*) § 1 núm. 117; *Blei*, Allg. Teil págs. 36 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 núms. 94 ss.; *Schmoller*, Alternative Tatsachenaufklärung págs. 157 ss.

[10] Sobre su historia *Holtappels*, In dubio pro reo págs. 52 ss.; *Sax*, Stock-Festschrift págs. 146 ss. Sobre la esencia del principio in dubio pro reo como regla de aplicación jurídica *Frisch*, Henkel-Festschrift págs. 281 ss.; *Montenbruck*, In dubio pro reo págs. 33 ss.

[11] En relación con el tratamiento de las medidas de seguridad vid. *Stree*, In dubio pro reo págs. 92 ss. Donde hay que adoptar decisiones basadas en pronósticos no puede operar el principio in dubio pro reo, dado que entonces se trata de elaborar juicios de probabilidad.

[12] En este sentido, *Peters*, Strafprozeß pág. 289; *Eb. Schmidt*, JZ 1963 págs. 606 ss.; *Stree*, In dubio pro reo pág. 53 con una exposición en profundidad; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 165; *Roxin*, Strafverfahrensrecht págs. 86 ss. Una visión sobre el conjunto de grupos de casos incluida la determinación alternativa lo proporciona *Wolter*, JuS 1984, pág. 38.

[13] *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 170 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 1 núms. 13 ss. con jurisprudencia en núm. 14; *Dreher*, MDR 1970, pág. 370; *Hruschka*, JZ 1970, pág. 642; *Nowakowski*, JBl 1958, pág. 380; *LK* (11.ª) (*Gribbohm*) § 1 núm. 117 con jurisprudencia en núm. 118; *Otto*, Peters-Festschrift pág. 377; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 451 nota a pie núm. 85; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 núms. 91 ss.; *SK (Rudolphi)* apéndice al § 55 núms. 55 ss.

[14] Como en el texto principal, aunque con una fundamentación autónoma *Mylonopoulos*, ZStW 99 (1987) págs. 709 ss.

[15] En contra, *Hruschka*, JR 1983, págs. 177 ss.

pro reo"). También el homicidio y su tentativa así como el asesinato y la suya se encuentran uno con otro bajo la relación de más o menos (BGH StV 1989, pág. 48). Los casos en los que la punibilidad de un delito conexo más leve, por ejemplo la apropiación indebida, depende de si el autor ha cometido con anterioridad un hecho previo más grave que, sin embargo, no ha sido probado, vgr. un robo [16], deben resolverse en todo caso según el principio "in dubio pro reo" mediante la aplicación de la disposición más favorable (todavía, en un sentido diverso, BGH 25, 182 [185] donde tras la transformación de un robo en un hurto se llevó a cabo una determinación alternativa con la apropiación indebida; en la actualidad, sin embargo, BGH 35, 86 [88 ss.]; BGH NJW 1989, pág. 1867) [17]. Por el contrario, la prueba de la coartada se somete a las reglas generales sobre la valoración de la prueba y no aisladamente al principio "in dubio pro reo" (BGH 25, 285, 287 con comentario aclaratorio de *Stree*, JZ 1974, págs. 299 ss. y *Volk*, JuS 1975, págs. 27 ss.)

III. Desarrollo, alcance actual y valoración de la determinación alternativa del hecho

1. El problema de la determinación alternativa surgió por primera vez a mediados del siglo XIX cuando en Alemania, siguiendo el ejemplo francés, fueron introducidos los tribunales del jurado. El Tribunal de Casación francés había adoptado una posición muy restrictiva en relación al decisivo punto de si las preguntas dirigidas a los jurados podían ser planteadas de modo alternativo o si debían ser formuladas inequívocamente [18]. El Tribunal Supremo prusiano también se adhirió a la tesis mencionada [19]. Conscientemente la StPO de 1877 dejó abierto el problema de la determinación alternativa [20]. Originariamente el RG limitó su admisibilidad a las acciones ejecutivas valorativamente equivalentes dentro de una misma clase de delito (RG 11, 103; 22, 216; 23, 48; una recopilación de la jurisprudencia se encuentra en JW 1934, pág. 296). Con posterioridad se destacó por una tendencia más extensiva (RG 55, 44; 55, 228: determinación alternativa entre hurto con escalamiento o fractura y hurto con llaves falsas). Por el contrario, la determinación alternativa ya fue rechazada en el caso de mayor importancia práctica, a saber, entre el hurto y la receptación (RG 53, 231; 56, 61). Con anterioridad una sentencia del pleno de la Sala de lo Penal del año 1934, que al mismo tiempo fue la última en la historia del propio RG, admitió la alternatividad en la comprobación de los hechos puesto que "el sentimiento jurídico asigna al hecho del receptador la misma desaprobación moral que al del ladrón" (RG 68, 257 [262]). La exigencia político-criminal y la experiencia de que los tribunales de instancia no absuelven en casos que admiten diversas interpretaciones, sino que buscan alcanzar una comprobación inequívoca más o menos forzada, dieron el impulso definitivo [21]. De esta forma quedaba comple-

---

[16] *Hruschka*, JZ 1970 pág. 641 y NJW 1971, pág. 1392 habla aquí de "casos de postpendencia", una expresión que ha acabado por imponerse. Vid., asimismo, *SK (Rudolphi)* apéndice al § 55 núms. 24 ss.; *Küper*, Lange-Festschrift págs. 93 ss.; *Günther*, JZ 1976, págs. 668 ss.; *LK* (11.ª) (*Gribbohm*) § 1 núms. 121 ss.

[17] Coincidente, *LK* (11.ª) (*Gribbohm*) § 1 núm. 123; *Wolter*, Wahlfeststellung pág. 42; *SK (Rudolphi)* apéndice al § 55 núm. 25; *Küper*, Probleme der Hehlerei bei ungewisser Vortatbeteiligung, 1989. Vid., además, *Wolter*, GA 1974, págs. 161 ss. en relación con los casos BGH DRiZ 1972, pág. 30; OLG Hamm JMinBl. Nordrhein-Westfalen 1955, pág. 236; BGH 23, 360 y OLG Hamm JMinBl. Nordrhein-Westfalen 1967, pág. 138.

[18] Vid., con más detalle, *Weber*, Wahlfeststellungen págs. 4 ss. también con referencias a la literatura francesa.

[19] La jurisprudencia aparece anotada en *v. Tippelskirch*, GA 15 (1867) págs. 454 y 505 ss.

[20] Según *Hahn*, Materialen pág. 233 los motivos de ello se encuentran en el, todavía entonces, indeciso estado de la discusión en la Ciencia.

[21] A ello ha hecho una especial referencia de modo persistente *Zeiler*, ZStW 40 (1919) pág. 168; 42 (1921) pág. 665; 43 (1922) pág. 596. Este autor promovió, asimismo, la admisibilidad *ilimitada* de la determinación alternativa en la reforma del Derecho penal, vid. *Zeiler*, ZStW 72 (1960) pág. 5.

tamente abierto el camino hacia la aceptación de la determinación alternativa. La Ley de 28.6.1935 (RGBl. I pág. 839) la introdujo sin limitación alguna (§ 2b) a lo que ya se había anticipado en cuanto al resultado la RG 69, 369. Con ello se posibilitaron alternativas más alejadas tales como las existentes entre el aborto intentado y la estafa consumada (RG 69, 369; 71, 44), la embriaguez plena y el hecho cometido en estado de embriaguez (RG 70, 42), complicidad en el asesinato y omisión del deber de denunciar delitos (RG 73, 57). Tras la supresión del § 2b a través de la KRG núm. 11 en el año 1946 la jurisprudencia retornó nuevamente a la posición intermedia del RG del año 1934 (OLG Celle y Friburgo DRZ 1947, págs. 64 y 65; OGH 2, 89; BGH 1, 127 [128]; en jurisprudencia constante), aunque con el tiempo los casos en los que se admite la determinación alternativa se van ampliando cada vez más [22].

2. La jurisprudencia y la doctrina dominante admiten hoy la **determinación alternativa del hecho** bajo los siguientes requisitos:

a) Procesalmente deben cumplirse diversas condiciones previas. En primer lugar se exige que, como consecuencia del deber judicial de esclarecimiento (§ 244 II StPO), hayan sido *agotados* previamente todos los *medios de prueba* permitidos (BGH 12, 386 [388]; 21, 152). Además, tratándose de delitos procesalmente autónomos, los hechos incluidos en la determinación alternativa deben ser formulados en la acusación o ser introducidos en el proceso a través de una querella complementaria (§ 266 StPO) (BGH 32, 146; coincidente *C. Schröder*, NJW 1985, págs. 780 ss.) [23]. Asimismo, debe existir la certeza de que el acusado *únicamente* haya podido actuar de una u otra forma (BGH 12, 386 [388]). Cualquiera de las posibilidades de configuración alternativa del supuesto de hecho a las que se recurre deberían, en el caso de que fuera posible una comprobación inequívoca, conducir con seguridad a la condena.

b) A ello se añade un presupuesto material de la determinación alternativa. Los reproches dirigidos a los hechos alternativos deben ser **"ético-jurídica y psicológicamente comparables"** (BGH 9, 390 [393]; 25, 184; 30, 78) [24]. Los motivos para la inseguridad de la jurisprudencia

---

[22] Por ello expresan fuertes objeciones *Eb. Schmidt*, § 244 StPO núms. 17 ss. y *Peters*, Strafprozeß págs. 291 ss. Un resumen acerca de la jurisprudencia entre los años 1934 a 1986 puede encontrarse en *Wolter*, Wahlfeststellung págs. 174 ss.

[23] Vid. *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 núm. 103; *LK* (11.ª) (*Gribbohm*) § 1 núms. 134 ss.

[24] La equivalencia valorativa de las alternativas incluidas dentro del mismo tipo penal (por ejemplo, móviles abyectos o intención de favorecer la comisión de otro delito) debe ser afirmada sin ningún género de dudas (BGH 22, 12 [14]). Sin embargo, la jurisprudencia va mucho más allá y admite la determinación alternativa entre el hurto y la receptación (BGH 1, 304; 15, 63), la apropiación indebida y la receptación (BGH 16, 184), el robo y la extorsión (BGH 5, 280), la estafa y la infidelidad patrimonial (OLG Hamm MDR 1974, pág. 682), en el perjurio y en la manifestación falsa en lugar del juramento (OLG Hamm GA 1974, pág. 84), así como con el hurto con astucia y la estafa (OLG Karlsruhe NJW 1976, pág. 902). Lo mismo rige, incluso, cuando uno de ambos tipos penales ha sido cometido a través de una modalidad agravada: el hurto y la receptación profesional (BGH 11, 26), el hurto cualificado por reincidencia y la receptación (BGH 15, 63 [66]), el hurto y la malversación de caudales públicos (BayObLG NJW 1958, pág. 560), las afirmaciones falsas sin juramento y el perjurio (BGH 13, 70), así como el hurto agravado y el encubrimiento material (BGH 23, 360 con el comentario, coincidente en cuanto al resultado, de *Schröder*, JZ 1971, pág. 141; desviándose de su fundamentación desde otro punto de vista *Hruschka*, NJW 1971, págs. 1392 ss.). El robo es degradado al hurto (BGH 25, 182 [185] con comentario discrepante de *Hruschka*, NJW 1973, pág. 1804; coincidente, sin embargo, *SK* [*Rudolphi*] apéndice al § 55 núm. 44; *Schulz*, JuS 1974, pág. 640). La determinación alternativa también es posible entre más de dos hechos (BGH 15, 63). Caso de que uno de los tipos penales escogidos concurra en unidad de hecho con otro delito, éste debe quedar fuera de consideración puesto que no consta si existe realmente el tipo respectivo (BGH 15, 266). Sobre la concreción de la cláusula general a través de "puntos de conexión tipificados legalmente" *Wolter*, Wahlfeststellung págs. 117 ss.

actual residen en la comparación ético-jurídica y psicológica de ambos tipos, así como en el requisito de la exclusión de cualquier otra tercera posibilidad fáctica [25]. No obstante, la doctrina se ha adherido mayoritariamente a la línea marcada por la práctica [26]. Sólo una minoría aconseja el retorno a la jurisprudencia anterior a 1934 [27]. En una dirección opuesta también se promueve en parte una admisión ilimitada o, al menos, más amplia de la determinación alternativa [28]. Por el contrario, por motivos derivados del Estado de Derecho, en el extranjero sólo se sostiene su defensa dentro de unos límites muy estrechos [29].

c) Una condena es admisible sin más cuando se verifica con seguridad que el autor ha cometido un delito a través de una de las dos acciones y ambas son típica y jurídicamente equivalentes (*alternatividad fáctica pura*) [30].

Ejemplo: En la acción principal no queda claro cuál de las dos afirmaciones emitidas bajo juramento y contradictorias entre sí es la falsa (BGH 2, 351 [352]) o, de modo similar, cuál de los comportamientos equivocados del conductor ha ocasionado el accidente (OLG Neustadt VRS 23, 447).

---

[25] De este modo, no son admisibles determinaciones alternativas entre el aborto y la estafa (BGH *Dallinger* MDR 1958, pág. 739), la embriaguez plena y el hecho cometido en estado de embriaguez (BGH 9, 390 [392]), el cohecho y la estafa (BGH 15, 88 [100]), el robo agravado y la receptación (BGH 21, 152), el hurto y la extorsión (BGH DRiZ 1972, pág. 31), el hurto y la estafa (OLG Karlsruhe, Die Justiz 1973, pág. 57), la traición a la patria y el engaño traidor (BGH 20, 100), el hurto con fractura y la complicidad en la estafa de seguro (GA 1985, pág. 132); supuestos todos ellos que en comparación con las resoluciones indicadas en la nota a pie anterior no siempre clarifican la cuestión. Pueden encontrarse ejemplos adicionales en *LK* (11.ª) (*Gribbohm*) § 1 núm. 116; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 núm. 111.

[26] Vid. *Kohlrausch/Lange*, § 2 apéndice "Wahlfeststellung" anotación núm. 3, *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 núm. 106; *Blei*, Allg. Teil pág. 38; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 167; *LK* (11.ª) (*Gribbohm*) § 1 núm. 108; *Schaffstein*, NJW 1952, pág. 729. Se muestran críticos, sin embargo, *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 10 núm. 28; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 113. Un buen resumen lo proporciona *Röhmel*, JA 1975, págs. 95 ss. Básicamente más estricto que la doctrina dominante alemana *Schmoller*, Alternative Tatsachenaufklärung págs. 115 ss. en adhesión a la doctrina austríaca que exige que las alternativas deban poseer una "equivalencia jurídica completa" según su sentido social.

[27] Así, *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 417; *el mismo*, Grundriß pág. 192; *Heinitz*, JZ 1952, pág. 102; *Eb. Schmidt*, § 244 StPO núm. 18; *Waiblinger*, Pfenninger-Festschrift pág. 164; *Endruweit*, Wahlfeststellung págs. 293 ss.

[28] Se muestran partidarios de una admisión generalizada *v. Hippel*, Tomo II pág. 44; *Zeiler*, ZStW 72 (1960) pág. 20; *Nüse*, Alternativ-Schuldfeststellungen pág. 63; *el mismo*, GA 1953, pág. 41; *Mannheim*, ZStW 44 (1924) pág. 442; *Eike v. Hippel*, NJW 1963, pág. 1534. Favorables a su admisibilidad en caso de "identidad del núcleo del injusto" *Dreher/Tröndle*, § 1 núm. 17 a; *Sax*, JZ 1965, pág. 748; *Deubner*, JuS 1962, pág. 23; *Hardwig*, Eb. Schmidt-Festschrift pág. 484 nota a pie núm. 28; *Jakobs*, GA 1971, pág. 270; *LK* (10.ª) (*Tröndle*) § 1 núm. 104; *Tröndle*, JR 1974, pág. 135; *Otto*, Peters-Festschrift págs. 390 ss.; *Lackner*, § 1 núm. 19; *Wolter*, Alternative und eindeutige Verurteilung pág. 281; *SK (Rudolphi)* apéndice al § 55 núm. 42 así como núms. 38 ss. (con la referencia acertada al desvalor de acción). De modo similar, *Montenbruck* Wahlfeststellung pág. 384 se posiciona en torno al "tipo valorativo" común donde podrían ser integradas las acciones tomadas en consideración. Para casos en los que falte una diferencia gradual en el desvalor de los tipos penales a tener en cuenta, hay quien recurre a un tercer delito configurado como "tipo troncal", vid. *Günther*, Verurteilungen trotz Tatsachenzweifel págs. 262 ss.

[29] Vid. *Zeiler*, ZStW 64 (1952) págs. 158 ss.; *Schönke*, DRZ 1947, pág. 48; *Weber*, Wahlfeststellungen págs. 17 ss.; en relación con Austria vid. *Nowakowski*, JBl 1958, págs. 380 ss.; *Schmoller*, *supra* nota a pie núm. 26.

[30] Este supuesto es denominado como "determinación alternativa homogénea", vid. *LK* (10.ª) (*Tröndle*) § 1 núms. 68 ss.

d) Para el supuesto de que sea admisible la determinación alternativa deberá aplicarse la **Ley más favorable** que también aquí habrá de ser indagada de acuerdo con un *punto de vista concreto* (vid. *supra* § 15 IV 5). En el fallo de la sentencia tan sólo deberá ser aplicada la norma más beneficiosa, para evitar así el perjuicio para el condenado ante la sospecha de un delito más grave [31]. De este modo, la apreciación de la determinación alternativa sólo se deriva de los fundamentos de la sentencia. Las penas y consecuencias accesorias, así como las medidas de seguridad, únicamente pueden ser aplicadas cuando resultan admisibles en ambos tipos penales (RG 68, 258 [263]). El efecto de cosa juzgada de la determinación alternativa abarca a la totalidad de los delitos integrados en ella; los límites de aquélla se deducen del concepto de "hecho" en el sentido del § 264 StPO (BGH 32, 146 [150 ss.]).

3. La valoración de la situación jurídica actual resulta complicada porque el problema de la determinación alternativa del hecho está situado en el dilema entre **seguridad jurídica** y **Justicia**. Por esta razón, toda solución intermedia, tal y como suele suceder siempre, sufre las objeciones de ambos extremos. Quien aspira a la completa realización de la Justicia por lo general no puede admitir ninguna comprobación alternativa de los hechos, en la medida en que la incertidumbre no se refiere a un punto inesencial de la culpabilidad o la pena. Por el contrario, quien en todos los casos quiere conducir a la Justicia hacia la victoria debe admitir la operatividad de una determinación alternativa ilimitada. Lo último, sin embargo, podría significar la renuncia a una pieza imprescindible de la seguridad jurídica. Por ello, en la práctica sólo puede tratarse del grado de flexibilidad admisible en torno a la prohibición de la determinación alternativa, pues en el proceso penal la seguridad jurídica debe poseer siempre la primacía.

La **solución** reside, ante todo, en que se amplíe el ámbito del principio "in dubio pro reo" a través de la introducción de relaciones valorativas graduables a costa de la determinación alternativa del hecho, y en que también tenga lugar una condena inequívoca a causa del hecho posterior en los supuestos de postpendencia. En los restantes casos de auténtica alternatividad en los que ninguno de los delitos a considerar puede ser determinado y, a pesar de ello, conste que uno de ambos debió ser cometido, se debería, para evitar absoluciones injustificadas y hacer reconocible la verdadera fundamentación de la sentencia, renunciar al criterio de la "comparación ético-jurídica y psicológica" (en realidad ya abandonado hace tiempo) y, en lugar del mismo, basarse en el de la *identidad del núcleo del injusto*, con el que no sólo se destaca el bien jurídico sino también la dirección del ataque [32]. La *seguridad jurídica en el ámbito procesal* es decisiva para la protección del acusado [33]. A ella pertenece, en especial, la obligación de que las alternativas sean formuladas en la acusación y en el auto de procesamiento (§§ 264, 266 StPO) (BGH 32, 146) y que, en su caso, el acusado sea advertido de la posibilidad de una condena alternativa (§ 265 StPO). Asimismo, los puntos de referencia para una prueba consistente de los hechos no pueden ser menoscabados con vistas a una determinación alternativa que en sí misma resulta admisible. Y, finalmente, debe estar excluida con seguridad la posibilidad de que el relato fáctico de los hechos queda fuera de las alternativas en juego.

[31] Naturalmente, en la praxis también es utilizada la redacción alternativa de la parte dispositiva de la sentencia. Sobre ello *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 núm. 113.

[32] Vid. la información bibliográfica de la nota a pie núm. 28.

[33] Vid. *Tröndle*, JR 1974, pág. 135.

§ 17 La interpretación de la Ley penal

Baumann, Die natürliche Wortbedeutung als Auslegungsgrenze im Strafrecht, MDR 1958, pág. 394; *Bender*, Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzten Rechts, JZ 1957, pág. 593; *Betti*, Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre, Festschrift für E. Rabel, Tomo II, 1954, pág. 79; *el mismo*, Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften, 1967; *Blei*, Strafschutzbedürfnis und Auslegung, Festschrift für H. Henkel, 1974, pág. 109; *Bockelmann*, Richter und Gesetz, Festschrift für R. Smend, 1952, pág. 23; *Brandenburg*, Die teleologische Reduktion, 1983; *Burckhardt*, Methode und System des Rechts, 1936; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982; *Clerc*, Les travaux préparatoires et l'interprétation de la loi pénale, SchwZStr 64 (1949) pág. 1; *Dando*, Das Legalitätsprinzip und die Rolle der Rechtsprechung, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 37; *Eckardt*, Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, 1964; *Engisch*, Die Relativität der Rechtsbegriffe, Deutsche Landesreferate zum V. Internat. Kongreß für Rechtsvergleichung, 1958, pág. 59; *el mismo*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 2.ª Ed. 1960; *el mismo*, Methoden der Strafrechtswissenschaft, en: Enzyclopädie der geisteswiss. Arbeitsmethoden, Fascículo núm. 11, 1972, pág. 39; *Foregger*, Die Problematik der ausdehnenden Interpretation usw., ÖJZ 1960, pág. 290; *Geerds*, Zur Problematik der strafrechtlichen Deliktstypen, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 406; *Germann*, Methodische Grundfragen, 1946; *el mismo*, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2.ª Ed. 1967; *el mismo*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2.ª Ed. 1968; *Gössel*, Strafrechtsgewinnung als dialektischer Prozeß, Festschrift für K. Peters, 1974, pág. 41; *Grünhut*, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 1; *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968; *Jahr*, Redaktionsversehen, Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pág. 141; *Jiménez de Asúa*, Nullum crimen, nulla poena sine lege, ZStW 63 (1951) pág. 166; *Arthur Kaufmann*, Analogie und "Natur der Sache", 2.ª Ed. 1982; *el mismo*, Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik, JZ 1975, pág. 337; *Keller*, Strafrecht, 1984; *Klug*, Juristische Logik, 4.ª Ed. 1982; *Krey*, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977; *Kunst*, Interpretationsmethoden im Strafrecht, JBl 1971, pág. 329; *el mismo*, Rechtsquellen und Rechtsanwendung, Verhandlungen des 5. österr. Juristentags, Tomo II, 1973, pág. 9; *Kunz*, Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984; *Lackner*, Zu den Grenzen der richterlichen Befugnis, mangelhafte Strafgesetze zu berichtigen, Festschrift der Jur. Fakultät Heidelberg, 1986, pág. 39; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.ª Ed. 1991; *Liver*, Der Wille des Gesetzes, 1954; *Loos*, Bemerkungen zur "historischen" Auslegung, Festschrift für R. Wassermann, 1985, pág. 123; *Mennicken*, Das Ziel der Gesetzesauslegung, 1970; *Naucke*, Der Nutzen der subjektiven Auslegung, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 274; *Neumann*, Juristische Argumentationslehre, 1987; *Ostendorf*, Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel, GA 1982 pág. 333; *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª Ed. 1973; *el mismo*, Ein "neues Bild" des Strafrechtssystems, ZStW 83 (1971) pág. 369; *Schmidhäuser*, Strafgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie, Gedächtnisschrift für W. Martens, 1987, pág. 231; *R. Schmitt*, Anmerkung zu BGH 4 StR 516/67, JZ 1968, pág. 307; *Schroth*, Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht, 1983; *Schwalm*, Der objektivierte Wille des Gesetzgebers, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 47; *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930; *Stratenwerth*, Zum Streit der Auslegungstheorien, Festschrift für O. A. Germann, 1969, pág. 257; *Stree*, Die Ersatzhehlerei als Auslegungsproblem, JuS 1961, pág. 50; *Trousse*, Droit pénal, Tomo I, en: Les Novelles, 1956; *Waiblinger*, Die Bedeutung des Grundsatzes "nullum crimen sine lege" ZBJV 91 bis (1955) pág. 228; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 6.ª Ed. 1994.

El contenido material de la Ley penal es transformado por medio de la **interpretación** en la praxis de la aplicación del Derecho. Una interpretación fiel a la Ley debe garantizar que las resoluciones judiciales queden subordinadas a la voluntad colectiva expresada a través de la representación popular [1]. La seguridad y la igualdad jurídica exigen la vinculación del Juez a las

[1] El Derecho se va perfeccionando a través de la interpretación; vid. *Hassemer*, Tatbestand págs. 98 ss. Por ello, en última instancia, la seguridad jurídica depende de la fidelidad del Juez a la Ley; vid. *Dando*,

disposiciones cuyo contenido sea objetivamente reconocible de acuerdo con las reglas de interpretación aceptadas y, por ende, que puedan ser aplicadas del mismo modo a supuestos análogos [2]. El "reino del Juez" no consiste, pues, en la concesión de la mayor libertad posible ante la Ley sino en la obediencia a ella [3]. La misión del Juez en la interpretación consiste en comprender de tal forma el sentido de la Ley con vistas al caso concreto a resolver, del mismo modo en que lo hiciera cualquier otro Juez que tuviera que decidir sobre el mismo caso. Por tanto, la esencia de la interpretación se determina a través de la *fidelidad a la Ley* y la posibilidad de una *verificación objetiva* posterior.

I. Los argumentos de la lógica jurídica

En la interpretación el jurista se sirve de **procedimientos argumentativos** [4] especiales cuya estructura y valor declarativo debe ser tratado con carácter previo:

1. El **argumento analógico ("argumentum a simile")** que, básicamente, también ocupa su legítimo puesto en Derecho penal (vid. *supra* § 15 II 2 a y b) significa que una proposición jurídica, cuya aplicabilidad a un grupo de casos está asegurada, puede ser aplicada a otro supuesto si éste coincide en sus relaciones esenciales con el primer grupo mencionado. De este modo, la superación de la velocidad máxima permitida por la distancia de frenado para una conducción en condiciones de visibilidad ante la presencia de niebla en el ferrocarril berlinés de cercanías, fue considerada como una "infracción similar" (§ 315 I en su redacción anterior) a la señalización errónea, puesto que la seguridad ferroviaria, que se garantiza a través de una señalización correcta, dependía bajo estas condiciones del respeto al límite máximo de velocidad (BGH 8, 8 [12 ss.]). El **argumento a contrario ("argumentum e contrario")** significa que ante la inexistencia de determinados presupuestos puede concluirse que tampoco pueden entrar en juego las consecuencias jurídicas previstas para el caso en que concurran aquéllos. De esta forma, de la limitación del privilegiante § 217 [5] a las madres solteras se deduce que el homicidio de un hijo matrimonial durante o inmediatamente posterior al nacimiento, no entra dentro de la órbita del § 217. Sin embargo, esta clase de argumento sólo es determinante cuando los presupuestos especiales no sólo constituyen una condición suficiente sino, además, *necesaria* de la consecuencia jurídica. Los argumentos por analogía y a contrario no son sencillamente canjeables entre sí, sino que más bien son independientes uno del otro. El primero de ellos presupone, sencillamente, que el caso no regulado coincide en sus relaciones esenciales con el que lo está. Presupuesto del segundo es, por el contrario, que los elementos típicos constituyen una condición necesaria de la consecuencia jurídica, de modo que, por ejemplo, el privilegio *sólo* tiene sentido para el caso de una madre soltera [6].

2. Con el **"argumentum a maiore ad minus"** la validez de una proposición jurídica aplicable a un grupo de supuestos que se integran bajo un determinado concepto superior, se traslada a otros casos que pueden estar igualmente subordinados a ese concepto superior. Y así, la supresión de la pena en la tentativa inidónea

---

Heinitz-Festschrift pág. 41. La vinculación del Juez a la Ley es entendida con acierto como una señal de la "cultura jurídica", vid. *AK (Hassemer)* § 1 núm. 133.

[2] Vid. *Germann*, Methodische Grundfragen págs. 111 ss.

[3] *Bockelmann*, Smend-Festschrift págs. 29 ss. Por el contrario, *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 112 comprende el límite entre interpretación y analogía de modo puramente subjetivo (vid., además, su distinción entre el tipo literal y el tipo de interpretación págs. 23 ss.). Crítico al respecto *Roxin*, ZStW 83 (1971) págs. 376 ss. y *Engisch*, Methoden pág. 62. *Arthur Kaufmann*, Analogie págs. 4 ss. entiende también a la interpretación como una "actuación configuradora".

[4] Con mayor detenimiento sobre el tema *Klug*, Juristische Logik págs. 109 ss.; *Neumann*, Juristische Argumentationslehre págs. 34 ss. Acerca de la conclusión analógica, especialmente, *Arthur Kaufmann*, Analogie págs. 4 ss.; *Larenz*, Methodenlehre págs. 381 ss.

[5] En la actualidad el § 217 StGB (infanticidio) se encuentra ya derogado (N del T).

[6] En este sentido *Larenz*, Methodenlehre págs. 390 ss.; *Klug*, Juristische Logik págs. 145 ss.

para hipótesis de incomprensión grave (§ 23 III) permite ser extendida a la tentativa irreal. Pero dado que hasta el momento esta última ha permanecido impune y no se proyectó para ella agravación alguna, el argumento reproducido carece de eficacia y es superado por uno mejor como el histórico. El **"argumentum a fortiori"** significa que de la validez de una proposición jurídica para un caso determinado puede ser deducida su efectividad para otro en el que los motivos se presentan de modo más "palmario". De este modo, de la impunidad de la complicidad al suicidio se concluye también la de la mera co-causación imprudente del mismo (BGH 24, 342 [344]). Finalmente, con el **"argumentum ad absurdum"** es declarada errónea una suposición determinada, pues de lo contrario debería ser admitida otra que bajo ninguna circunstancia puede ser correcta. Y así, según la tesis mantenida por la BGH 8, 102 (103), la limitación del concepto de violencia en el delito de alta traición (§§ 81, 82) a la fuerza corporal "inutiliza completamente el significado práctico de la disposición", de lo que se deduce que no depende de ello sino de la provocación de una situación de violencia. Pueden verse ejemplos adicionales en las BGH 22, 289 (295); 23, 327 (328 *in fine*).

II. Interpretación y subsunción

1. En Derecho penal la aplicación de la Ley significa (para el supuesto de una condena) el pronunciamiento de una pena para un hecho, basado en las leyes en las que se encuentra un comportamiento descrito a través de elementos abstractos (el tipo penal) que está conminado con la pena como consecuencia jurídica.

Ejemplo: Cuando alguien sustrae a otro una cosa mueble ajena con la intención de apropiársela ilícitamente, según el § 242 debe ser castigado por un hurto con pena de prisión o multa.

El tipo delictivo es la premisa mayor, el hecho material la menor y la pena la conclusión. La aplicación de la Ley al caso concreto significa, pues, que la premisa mayor abstracta es puesta en relación con la inferior que se extrae de la vida misma (por ejemplo, "A ha sustraído a B una cosa mueble ajena con la intención de apropiársela"). De ello se deduce como conclusión la sentencia judicial: A es castigado por un hurto con la pena de prisión o multa. En realidad, esto suena bastante sencillo pero la verdadera contribución del pensamiento jurídico no reside en la aportación de esta deducción lógica (silogismo), sino en la *obtención de la premisa menor*[7]. Se trata de poner de relieve los factores jurídicamente relevantes procedentes del abundante material fáctico de un caso y de subsumir los elementos conceptuales de la premisa mayor a través de la aceptación de una identidad que sea al menos parcial[8]. De este modo, en el ejemplo antes mencionado, debe ser aceptada la existencia de la intención de apropiación cuando alguien sustrae un vehículo de motor ajeno con el mero propósito de usarlo, pero posteriormente quiere abandonarlo en cualquier sitio (BGH 22, 46). Esta actividad del jurista se denomina **"subsunción"**[9]. Ésta tiene lugar en la praxis del siguiente modo: cuando el Juez se dispone a enjuiciar hechos nuevos los compara con otros que le son conocidos y que con anterioridad ya han sido subsumidos en los correspondientes preceptos legales[10]. Por ello, el proceso depende de que el nuevo caso a enjuiciar coincida con el anterior en sus relaciones jurídicas esenciales.

---

[7] Al respecto vid. *Larenz*, Methodenlehre págs. 273 ss.

[8] Vid. *Gössel*, Peters-Festschrift págs. 55 ss.

[9] En relación con la estructura lógica de la subsunción vid. *Engisch*, Logische Studien págs. 19 ss.; *Larenz*, Methodenlehre págs. 271 ss. Acerca de la relación entre interpretación y subsunción vid. *Zippelius*, Juristische Methodenlehre págs. 91 ss.

[10] *Engisch*, Einführung pág. 213. Crítico al respecto *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre pág. 397. En los países que poseen un Derecho penal codificado el significado preeminente de los precedentes judiciales reside también en la comparación de casos con la finalidad de realizar la subsunción.

2. La **interpretación** es un **presupuesto de la subsunción.** La primera tiene una doble misión. Con anterioridad a la subsunción debe, en primer lugar, dejar claro el *sentido de la premisa mayor aplicable.* Esto sucede a través de la especial comprensión de su significado sobre la base de las singularidades del caso concreto y del mayor acercamiento posible de aquélla a los hechos. En segundo lugar, también antes de la subsunción, se procede a discernir la *trascendencia* jurídica de los correspondientes precedentes con los que debe ser equiparado el nuevo caso. Este proceso se desarrolla por medio de una generalización de los enunciados concretos contenidos en aquéllos, con la finalidad de aclarar cuáles han sido los principios inspiradores de dichos precedentes. La interpretación contiene, pues, dos operaciones intelectuales opuestas en las que la mirada se dirige permanentemente "de un lado a otro": a la Ley y precedente por una parte y los hechos por otra *(Engisch).*

Ejemplo: Con la intención de apropiárselo, alguien coge un instrumento ajeno de labranza que el propietario usualmente dejaba en el campo de cultivo. Para decidir si esto es un hurto, ante todo es aproximado el elemento "sustraer" del § 242 a través de la interposición de dos proposiciones especiales de la configuración del caso concreto: "sustraer" significa "ruptura de la posesión ajena por medio de la creación de una nueva" y "posesión" significa "posibilidad de dominio fáctico". De esta forma se plantea la cuestión de si el granjero ha tenido la posibilidad real de dominio sobre los aperos de cultivo. Para poder fundamentar esto es necesario remitirse a la RG 50, 184. En esta resolución ya se decidió que los animales domésticos que deambulean libremente se encuentran en posesión del propietario. El punto de vista más generalizado es, por tanto, que la cuestión no depende de la permanente disponibilidad real de la cosa, sino sólo de si ésta se encuentra en una relación espacial con el propietario que está condicionada por la finalidad económica y que en todo momento puede ser transformada en un poder de disposición pleno; asimismo, depende de si la aceptación del poder de dominio se corresponde con la concepción natural de la vida (vid. también la BGH JZ 1968, pág. 307 con comentario de *R. Schmitt*).

III. Necesidad y libertad de la interpretación

1. **Toda norma jurídica requiere interpretación** [11]. Esto es válido también para el supuesto de un "tenor literal claro" puesto que el sentido jurídico de una disposición legal puede ser distinto a aquel que se deriva de la comprensión natural de un tenor literal aparentemente diáfano.

Ejemplo: De acuerdo con el § 249 se considera robo la sustracción de una cosa "con violencia contra una persona". Pero violencia no es sólo la aplicación de fuerza corporal (sentido literal inmediato) sino también narcotizar ("sin recurrir a la fuerza") a la víctima con medios químicos (sentido jurídico) (BGH 1, 145).

En tiempos pasados se intentó ingenuamente vincular al Juez a la letra de la Ley. En este sentido, por ejemplo, el preámbulo del Corpus juris Fridericiani de 1749/51 y el Comentario oficial al StGB bávaro de 1813 contenían prohibiciones al comentario de las normas legales. De *Montesquieu* procede la conocida frase: "Les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi" ("De l'Esprit des Lois [1784], Libro IX, Cap. VI). La pretensión de obediencia del Estado absoluto condujo así al mismo resultado que el miedo de la ciudadanía libre a la arbitrariedad judicial: a una rigurosa vinculación del Juez al tenor literal de la Ley.

Prohibir la interpretación significó nada menos que querer impedir a la realidad la creación de casos con relevancia jurídica en los que el legislador no había pensado, ordenando asimismo al Juez el olvido de los precedentes judiciales que él mismo había sentado. Por ello, la cuestión únicamente puede residir en el modo de asegurar que la interpretación no socava la función

[11] *Larenz*, Methodenlehre págs. 312 ss.

garantista de la Ley penal. Y esto sucede, precisamente, por medio de la *aplicación de reglas de interpretación reconocidas* de las que hasta cierto punto se deriva una vinculación objetiva del Juez (vid. *infra* § 17 IV).

2. Si no se pueden probar *hechos* esenciales que afectan a la culpabilidad del acusado interviene el principio "in dubio pro reo" (vid. *supra* § 16 II 1). Por el contrario, para las cuestiones jurídicas no existe una regla de interpretación que de algún modo obligara al Juez a elegir de entre varias posibilidades interpretativas de la Ley, la que más beneficiara al acusado (**"in dubio mitius"**; "in dubio pro libertate") (BGH 6, 131 [133]) [12]. En caso de duda sobre la interpretación de las normas jurídicas el Tribunal no tiene que escoger la que resulte más beneficiosa para el acusado sino sólo la más correcta. También se puede tomar por base una comprensión amplia de los elementos del tipo pero se debe, no obstante, observar la prohibición de la analogía (vid. *supra* § 15 III 2).

Ejemplos: Los signos probatorios (vgr., cierres precintados, placas de identificación, números de bastidor de un vehículo a motor) son considerados como documento en el sentido del § 267 (RG 50, 191; BGH 9, 235 [238]). El "escalamiento" en el sentido del § 243 núm. 1 puede consistir también en una "entrada deslizándose por el suelo" (BGH 14, 198). El ácido clorhídrico diluido es un "arma" en el sentido del § 250 I núm. 1 y el § 223 a (en su redacción anterior) (BGH 1, 1).

IV. Las clases de interpretación

1. En la Ciencia jurídica la interpretación significa comprender y hacer comprensible el sentido jurídico de un texto. Tradicionalmente se vienen distinguiendo **cuatro métodos de interpretación**: gramatical, sistemático, histórico y teleológico (BGH 29, 204 [206]) [13]. Esta división se refiere en un primer plano a la interpretación de las leyes pero también puede ser utilizada para la exégesis de precedentes judiciales.

a) La interpretación **gramatical** supone el intento de alcanzar el significado de la Ley partiendo del sentido del lenguaje. Aquí la dificultad reside, sobre todo, en tener que aclarar la cuestión previa de si lo decisivo debe ser la acepción *jurídica* o el uso *común* del lenguaje y cuál es el que corresponde a cada uno de ellos.

Ejemplos: Los giros postales fueron considerados como "cartas" en el sentido del § 354 en su redacción anterior (RG 1, 114 [115]) puesto que se trata de una comunicación del remitente al destinatario, mientras que la BGH 1, 158 (163) invocaba el uso "natural" del lenguaje para la interpretación del concepto de "edificio", "depósito" y "espacio cerrado" en el § 243 I núm. 2 en su redacción anterior (actual § 243 núm. 1 y 2) (vid. también BGH 10, 46 [50]; 22, 335 [336 ss.]).

---

[12] En este sentido se decanta la opinión mayoritaria; vid. RG 62, 369 (372 ss.); BGH 14, 68 (73); OLG Celle NJW 1968, pág. 2119; *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 153 ss.; *LK* (10.ª) (*Tröndle*) § 1 núm. 52; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 9 núm. 7; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 núm. 53.

[13] Más detalladamente sobre el tema *Engisch*, Einführung págs. 71 ss.; *el mismo*, Methoden págs. 53 ss.; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre págs. 39 ss.; *AK (Hassemer)* § 1 núms. 305 ss. En Bélgica *Hennau/Verhaegen*, Droit pénal général núms. 97 ss.; *Dupont/Verstraeten*, Handboek núm. 148 (en contra de la interpretación restrictiva por principio); en Francia *Jeandidier*, Droit pénal général núm. 126 (hacia la "interprétation stricte"); en España *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 190 ss. (como en el texto); en Italia *Bettiol/Pettoello Mantovani*, Diritto penale págs. 146 ss.; en Austria *Kunst*, Rechtsquellen págs. 32 ss.; en los Países Bajos *Hazwinkel-Suringa/Remmelink*, Inleiding págs. 71 ss. Sobre la "strict construction of Criminal Statutes" en los EE.UU. *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 108 ss.

En un primer plano resulta decisiva la terminología jurídica en tanto que la misma exista. Al respecto, sin embargo, debe siempre tenerse presente que las expresiones jurídicas especializadas pueden significar cosas distintas según la relación en la que se encuentren (vid., por ejemplo, BGH 10, 194 [196]: "público"; BGH 11, 119 [121]: "tiempo de comisión del delito"). El significado de una palabra puede estar determinado a través de definiciones legales (vid. § 11). El tenor literal también puede sufrir alguna corrección por la claridad de su sentido (BGH 29, 310 [314]). El método gramatical encuentra su complemento con el sistemático. Mediante el método **sistemático** el sentido de la Ley es deducido de la posición en la que se sitúa la norma a interpretar en relación con el conjunto del sistema. Y así, el § 315 b abarca a intromisiones en el tráfico viario de origen *extraño* a éste y el § 315 c el comportamiento incorrecto *en aquél* (BGH 18, 279 [282]); del mismo modo, la interpretación restrictiva del § 181 se fundamenta a través de su comparación con las modalidades comisivas sancionadas penalmente por la Ley (BGH 27, 27 [29]). Naturalmente, el valor descriptivo de ambos procedimientos depende esencialmente de la exactitud jurídica de la redacción del tenor de la norma y de la ubicación sistemática de la disposición legal a interpretar. De acuerdo con ambos criterios, la reforma del StGB ha mejorado sustancialmente el texto.

b) Para la exégesis del sentido de la Ley la interpretación **histórica** recurre al contexto histórico general en el que se sitúa aquélla, así como a su singular origen histórico sobre el que los materiales legales (proyectos, exposiciones de motivos, actas de las comisiones y del parlamento) suministran información (BGH 27, 45 [48]; 29, 85 [87 ss.]; 29, 300 [303 ss.]). La interpretación histórica conduce a la cuestión de qué es lo que se quiso con la Ley y, por tanto, simultáneamente, a la interpretación teleológica. El método **teleológico** se esfuerza en poner de relieve los fines y valores que guiaron a la Ley, con la finalidad de poder deducir inmediatamente de los mismos el significado que la disposición lleva consigo. Por ello es importante no sólo preguntarse acerca de los bienes jurídicos en cuya protección el legislador ha reparado, sino también tener en consideración los desvalores ético-sociales de acción que han influido decisivamente en la aprobación de la norma (vid. *supra* § 1 III 2).

Ejemplos: Para el tipo del cohecho (§ 332) lo esencial "no es el falseamiento de la voluntad del Estado sino la conclusión del pacto injusto" (BGH 15, 88 [97]). La finalidad de protección del § 174 a II presupone que el "ocupante" [14] del establecimiento oficial también pernocte en el mismo (BGH 29, 16 [17]). En relación con la interpretación restrictiva del tipo relativo a la pornografía (§ 184) debe tenerse en cuenta que la "Ley penal no tiene como misión imponer al ciudadano adulto una moral determinada en el ámbito sexual, sino que aquélla consiste en proteger al orden social colectivo de perturbaciones y molestias graves" (BGH 23, 40 [43 ss.]).

El procedimiento interpretativo aparece coronado por el **método teleológico** [15] porque sólo él contribuye inmediatamente al verdadero objetivo de toda interpretación, esto es, poner de relieve los puntos de vista finalísticos y valorativos a partir de los cuales se desarrolla en última instancia el sentido legal decisivo. En el fondo, los otros métodos constituyen sólo derroteros especiales que permiten acercarse al sentido de la norma (vid., por ejemplo, BGH 2, 365: estafa

---

[14] Téngase en cuenta la redacción vigente del precepto mencionado que ya no alude expresamente al "ocupante" ("*Insasse*") sino a la "persona hospitalizada" ("*eine Person, die in einer Einrichtung für Kranke oder hilfsbedürftige Menschen stationär aufgenommen*") (N del T).

[15] *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung págs. 21 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 9 núm. 21; *LK* (10.ª) (*Tröndle*) § 1 núm. 46; *Kunst*, Rechtsquellen pág. 38; *Blei*, Henkel-Festschrift págs. 109 ss. con ejemplos. Pueden encontrarse también ejemplos referidos al método interpretativo histórico en *Loos*, Wassermann-Festschrift págs. 123 ss.

cometida a través de una reclamación ilegal; BGH 5, 267: *concepto* del objeto del § 264 a en su redacción anterior; BGH 24, 222 [227]: concepto de propiedad en Derecho penal). Y es que la progresión metódica que parte del tenor literal (BGH 3, 259 [262]; 14, 116 [118]) y avanza sobre la relación sistemática (BGH 7, 37 [39]) y el origen histórico (BGH 7, 165 [169]) hacia la comprensión de la finalidad (BGH 9, 84 [87]) está internamente bien fundamentada, porque de este modo son recorridos paso a paso las distintas fases de la argumentación. Por ello la jurisprudencia procede generalmente de este modo (vid. vgr. RG 62, 369 [373]; BGH 5, 263 [266]; 23, 313 [314 ss.]; 24, 40 [41 ss.]).

En la interpretación del sentido de la Ley el Juez debe siempre tener presente las decisiones valorativas contenidas en la Constitución **(interpretación conforme a la Constitución)**. En realidad, aquél no puede cambiar por sí mismo el sentido del precepto (BVerfGE 17, 155 [163 ss.]; 45, 187 [259 ss.]; BGH 30, 105 [118]; 40, 371 [373]), pero dentro de ese marco debe intentar mantener la armonía con las normas constitucionales [16]. Si, de acuerdo con la opinión del Tribunal, ello no resultara posible debe, según el art. 100 I GG, suspender el procedimiento y plantear la cuestión al Tribunal Constitucional.

2. Aunque a menudo tanto el método de interpretación histórico como el teleológico conducen al mismo resultado, sin embargo ocasionalmente sucede que la voluntad del legislador histórico no coincide con el sentido del precepto al querer aplicarse la disposición bajo circunstancias propias de una época posterior. En estos casos destaca la vieja discusión metodológica acerca de cuál debe poseer la primacía, si la voluntad del legislador **(teoría subjetiva)** o la objetiva "voluntad de la Ley" **(teoría objetiva)** [17]. Un importante significado práctico tiene al respecto la divergencia de opiniones acerca de si el defecto de un texto legal puede ser corregido por vía interpretativa. Si lo que se quiere es liberarse de una decisión del legislador histórico que se considera ya superada, por vía de la interpretación ello sólo puede suceder sobre la base de la teoría objetiva; en cambio, la teoría subjetiva permanece vinculada a la voluntad (probablemente equivocada) del legislador histórico. También la integración de lagunas legales es más fácilmente realizable desde el punto de vista de la teoría objetiva, puesto que se puede partir de las valoraciones actuales determinantes y no deben ser reconstruidas las reflexiones de un pasado quizás ya lejano [18]. Debido precisamente a estas ventajas la teoría objetiva se ha convertido en la opción paulatinamente dominante [19]. Pero, por otra parte, también le son propios los inconvenientes de

---

[16] *Engisch,* Methoden págs. 52 ss. así como las referencias contenidas en *Engisch,* Einführung pág. 238 nota a pie núm. 82b; vid., especialamente, BGH 19, 325 (330) y, de otro lado, BGH 22, 146 (153); además, *Eckardt,* Verfassungskonforme Gesetzesauslegung págs. 37 ss.; *Schönke/Schröder/Eser,* nota preliminar núms. 30 ss. antes del § 1; *AK (Hassemer)* § 1 núm. 110; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 9 núm. 25.

[17] Más detalladamente sobre la discusión teórica *Engisch,* Einführung págs. 88 ss.; *Liver,* Der Wille des Gesetzes págs. 10 ss.; *Schönke/Schröder/Eser,* § 1 núms. 41 ss.; *Schroth,* Theorie und Praxis subjektiver Auslegung págs. 76 ss.; *Stratenwerth,* Germann-Festschrift págs. 257 ss. Vid., además, BVerfGE 10, 129 ss.

[18] Para más detalles *Bender,* JZ 1957, pág. 599.

[19] Defienden la teoría objetiva a título de ejemplo, *Binding,* Handbuch pág. 456; *Grünhut,* Frank-Festgabe Tomo I pág. 6; *Schwinge,* Teleologische Begriffsbldung págs. 47 ss.; *Mezger,* Lehrbuch pág. 81; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 9 núm. 22; *Welzel,* Lehrbuch pág. 22; *Zippelius,* Juristische Methodenlehre págs. 19 ss. En Suiza, para la justificación de la teoría objetiva, se afirma que que el legislador no es el parlamento sino el pueblo, vid. *Germann,* Methodische Grundfragen págs. 16 y 115. También favorables a la teoría objetiva *Betti,* Rabel-Festschrift Tomo II pág. 129. Acerca del sentido de lo "objetivo" vid. *Schwalm,* Heinitz-Festschrift págs. 51 ss. Por el contrario, mostrándose partidarios de la teoría subjetiva, *Engisch,* Einführung

la inestabilidad y del subjetivismo encubierto puesto que el intérprete, que cree estar averiguando la "voluntad de la Ley", sucumbe demasiado fácilmente a la tentación expresada por las divertidas palabras de *Goethe*: "en la interpretación sed vivos y despiertos, y si no encontráis nada introducid algo debajo" (Zahme Xenien). De ahí que deba ser intentada una síntesis entre la teoría objetiva y subjetiva para, de este modo, lograr encontrar [20], aunque sólo sea indiciariamente, la voluntad expresada por el legislador histórico (**"teoría indiciaria"** [21]) a la que el significado decisivo busca permanecer fiel, siempre que por imperativos de la Justicia, el desarrollo de las circunstancias o, sencillamente, el espíritu del momento, no hagan aparecer como algo ya superado a la decisión del pasado (vid., por ejemplo, la BGH 2, 194 [204] sobre la necesidad del cambio en el tratamiento del error de prohibición de acuerdo con el principio de culpabilidad; BGH 1, 1 acerca del concepto de arma y la BGH 23, 40 [42 ss.] relativo a la obscenidad de un escrito). Además, la actualidad temporal también juega su rol: las leyes nuevas serán interpretadas primordialmente sobre la base del material normativo utilizado en su elaboración, mientras que en las más antiguas el significado objetivo elaborado a través de su aplicación jurídica se encuentra más en un primer plano (BVerfGE 34, 288 ss.) [22]. También en la jurisprudencia se tiende con frecuencia a una síntesis entre la teoría subjetiva y la objetiva [23].

3. De la **estructura de las proposiciones jurídico-penales** también se derivan puntos de apoyo para la interpretación. El Derecho penal ambiciona preferentemente la *protección de bienes jurídicos*. Por ello, en la cuestión relativa a la finalidad de la Ley, resulta de gran significado la comprensión del bien jurídico tutelado y del ámbito de protección de la disposición penal implicada (vid. BGH 2, 362 [363] sobre el encubrimiento) [24] y, junto a ello, el desvalor de acción que el legislador ha tenido presente con la aprobación de la norma punitiva (BGH 6, 40 [52] en relación con el § 180 en su redacción anterior). Finalmente, de las *conminaciones penales* también se deducen importantes indicaciones para la interpretación [25] (BGH 7, 134 [138] sobre la relación entre hurto y receptación; vid., además, BGH 22, 114 [117] en torno al § 316a; BGH 22, 178 [179] sobre el § 236 en su redacción anterior).

4. A veces se mantiene la visión de que en el Derecho penal resulta inadmisible la **interpretación extensiva** y que, por el contrario, resulta forzosa la de naturaleza **restrictiva** [26]. Para

---

págs. 94 ss.; *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 84; *Naucke*, Engisch-Festschrift pág. 280; *el mismo*, Einführung págs. 87 ss. La jurisprudencia utiliza ambos métodos, compárense las BGH 6, 147 (149) y 14, 116 (119 ss.) con la BGH 10, 157 (119 ss.) o la 24, 29 (30 ss.).

[20] Así *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung pág. 55; *Roxin*, Allg. Teil I § 5 núm. 32; *Jakobs*, Allg. Teil 4/21; *Wessels*, Allg. Teil núm. 57; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 núm. 44; *Klug*, Juristische Logik pág. 153; *Larenz*, Methodenlehre pág. 318; *Mennicken*, Gesetzesauslegung págs. 75 ss.; *SK (Rudolphi)* § 1 núms. 32 ss.; *Krey*, Studien pág. 187.

[21] Según lo afirmado los errores en la motivación no deben tomarse en cuenta cuando la verdadera voluntad del legislador no ha encontrado expresión legal alguna (vid. BGH 1, 74 [76]; 8, 294 [298]; 11, 52 [53]).

[22] Acerca de las experiencias derivadas de la aplicación del StGB suizo de 1937 vid. *Clerc*, SchwZStr 64 (1949) págs. 1 ss.

[23] BVerfGE 1, 312; BGH 2, 99 (103 ss.); 10, 157 (159 ss.); 11, 304 (314); 24, 40.

[24] En diferentes ocasiones se sostiene la tesis de que los menoscabos completamente insignificantes del bien jurídico protegido ya no integran materialmente el tipo de una norma penal; así OLG Hamm NJW 1980, pág. 2537; *Ostendorf*, GA 1982, pág. 33; *Kunz*, Bagatellprinzip págs. 187 ss.

[25] Vid. *Germann*, Methodische Grundfragen págs. 78 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 núms. 48 ss.

[26] En este sentido se decanta todavía el acuerdo mayoritario del IV Congrès International de Droit Pénal 1937, Actes du Congrès p 110. Vid. en profundidad *Engisch*, Einführung págs. 100 ss. Actualmente,

ello se aduce que el Derecho penal está integrado por normas jurídicas gravosas ("odiosa sunt restringenda") y que posee asimismo un carácter excepcional ("singularia non sunt extendenda"; vid. BGH 17, 69 [74]). Contrariamente a esta tesis, en Alemania actualmente es defendida de forma mayoritaria la interpretación extensiva de normas penales [27]. Equivocada sería, en cualquier caso, la aceptación de que la interpretación en Derecho penal tuviera que dirigirse de forma puramente externa de acuerdo con el sentido natural de las palabras, pues tampoco una vinculación rigurosa al tenor literal permite garantizar la seguridad jurídica [28]. Lo decisivo es que el aplicador de la Ley se esfuerce en indagar el sentido razonable de aquélla. "En realidad, bajo este punto de vista no hay una interpretación extensiva sino tan sólo una interpretación correcta" [29].

Por el contrario, si se sobrepasan los límites del sentido de la Ley ya no estamos en presencia de una interpretación, sino ante una analogía que, como actividad creativa del Derecho, está prohibida en Derecho penal si se ejercita en perjuicio del acusado (vid. *supra* § 15 III 2).

Ejemplos: La aplicación del § 202 sobre la infracción del secreto postal a la escucha ilegal de una conversación, constituiría una innovación jurídica tan inadmisible como la extensión del § 142 (referido al alejamiento del lugar del accidente en la circulación vial) al supuesto de un accidente en una vía de navegación (BGH 14, 116). En relación con la aplicación del elemento "vehículo con enganche animal" a un vehículo a motor (BGH 10, 375) vid. *infra* § 17 IV 5 *in fine*.

5. La última pregunta a plantear en este contexto retorna al punto de partida de la cuestión: ¿Qué significado tiene el *tenor literal* de la Ley para la interpretación? Que el mismo es el primero a someter a prueba no lo discute nadie que conozca la praxis (BGH 3, 259 [262]: "Toda interpretación comienza con las palabras"). La duda es sólo si el sentido literal constituye también la *frontera* de la interpretación o si al Juez le está permitido prescindir de aquél cuando el "verdadero sentido de la Ley" parece ir más allá del mismo, o con otras palabras, si resulta admisible en Derecho penal la interpretación que no está apoyada en el sentido literal externo de la norma. Esto último es aceptado con frecuencia en Suiza en atención al carácter trilingüe del texto del StGB para, de este modo, evitar un entumecimiento de la jurisprudencia en torno al formalismo literal [30]. Sin embargo, en

---

también en el extranjero la doctrina mayoritaria está a favor de la interpretación extensiva; vid., por ejemplo, *Germann*, Rechtsfindung págs. 104 ss.; *Trousse*, Droit pénal págs. 140 ss.; *Dupont/Verstraeten*, Handboek núm. 155; *Bettiol/Pettoello Mantovani*, Diritto penale pág. 152; *Mantovani* Diritto penale pág. 67; *Jiménez de Asúa*, ZStW 63 (1951) págs. 181 ss.; *Merle/Vitu*, Traité I núm. 177 (como uso en la práctica); *Schultz*, Einführung I pág. 93; *Noll/Trechsel*, Allg. Teil I pág. 40; *Kunst*, Rechtsquellen págs. 46 ss., todos ellos con jurisprudencia. Más precavidos se muestran *Hazewinkel-Suringa/Remmelink*, Inleiding pág. 76; *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal pág. 193. El Código penal francés de 1994 contiene en el art. 111—4 la siguiente regla: "La loi pénale est d'interprétation stricte". De acuerdo con *Pradel*, Le nouveau Code pénal pág. 26 con ello está excluida una "interprétation extensive". En relación con la "strict construction" en los EE.UU. *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 108 ss.

[27] Vid. *Engisch*, Methoden págs. 63 ss.; *Grünhut*, Frank-Festgabe Tomo I pág. 28; *Schönke/Schröder/Eser* § 1 núms. 51 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 9 núm. 7; *Welzel*, Lehrbuch pág. 22. De otra opinión *Geerds*, Engisch-Festschrift pág. 420.

[28] Vid. la célebre afirmación del jurista romano *Celsus* del tiempo del Emperador Adriano (117-118 d.C) "Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestaem" (Dig. 1, 3, 17).

[29] Así, *Germann*, Methodische Grundfragen pág. 121.

[30] Especialmente en este sentido *Germann*, Methodische Grundfragen págs. 104 ss.; *el mismo*, Grundlagen pág. 79; *Waiblinger*, ZBJV 91 bis (1955) pág. 228; *Pompe*, Handboek pág. 53; *Jiménez de Asúa*, ZStW 63 (1951) págs. 181 ss.; *Schultz*, Einführung I pág. 93; *Stratenwerth*, Schweiz. Strafrecht, Allg. Teil I pág. 83; *Noll/Trechsel*, Allg. Teil I págs. 40 ss. Vid.también las BGE 95 (1969) IV 73; 98 (1972) Ib 403.

contra de una libertad de este tipo surgen considerables objeciones [31]. El sentido de la Ley únicamente puede expresarse por medio de las palabras. Éstas son el material básico de la interpretación y, por ello, **el "sentido literal posible"** debe ser considerado en cualquier caso **el límite externo** de aquélla (BVerfGE 47, 109 [120]; 64, 389 [393]; 71, 108 [114 ss.]; 73, 206 [235]; BVerfG NJW 1995, pág. 1141; BGH 4, 144 [148]; 26, 95 [96]; 37, 226 [230] [32]. Lo que se encuentra más allá de esta frontera es creación jurídica complementadora que metodológicamente no puede seguir llamándose interpretación. El criterio del sentido literal posible es imprescindible por motivos derivados del Estado de Derecho, puesto que ofrece el único elemento objetivo verificable que permite reconocer con seguridad dónde comienza la responsabilidad del Juez por su propia creación del Derecho.

Ejemplos: De acuerdo con lo señalado, fracasa el castigo como allanamiento de morada (§ 123) de la llamada telefónica nocturna que causa molestias por el sentido literal posible del elemento "intrusión"; asimismo lo hace el castigo del golpe de una persona contra una pared como lesión corporal peligrosa (§ 223 a [33]) por el sentido literal posible de "instrumento" (BGH 22, 235). Si en una Ley penal el lugar de comisión del delito es caracterizado a través del elemento "estación", bajo el mismo no podría ser entendido también un aeropuerto (el ejemplo procede de *Blei*, Allg. Teil pág. 32). La renuncia al elemento de la posesión en el § 246 constituiría una extensión inadmisible de la apropiación indebida. Por el contrario, la concepción del ácido clorhídrico como "arma" se mantiene en el marco del § 223 a [34] (BGH 1, 1 [3]).

El hecho de que en Derecho penal el sentido literal constituya el límite entre la interpretación admisible y la analogía prohibida, no significa que la primera pueda desplazarse hasta la frontera del tenor literal. Repetidas veces la formulación de un tipo penal va más allá del ámbito de aplicación querido por el legislador. En tales casos es misión del intérprete proporcionarle efectividad a la "voluntad de la Ley" por medio de una **reducción teleológica** [35] (adecuada al

---

[31] En este sentido se pronuncia la concepción dominante en Alemania; vid. BVerfGE 47, 124; BVerfG NJW 1982, pág. 1512; BGH 3, 300 (303); *Engisch*, Einführung pág. 104; *el mismo*, Methoden págs. 62 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 núm. 37; *SK (Rudolphi)* § 1 núm. 29; *Baumann*, MDR 1958, pág. 394; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 157 (favorables a una limitación al significado literal "natural"); *Roxin*, Allg. Teil I § 5 núm. 30; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 9 núm. 22; *LK* (11.ª) *(Gribbohm)* § 1 núm. 84; *Keller*, Strafrecht pág. 18; *Larenz*, Methodenlehre pág. 324; *Krey*, Studien págs. 146 ss.; *Bender*, JZ 1957, pág. 599; *Welzel*, Lehrbuch pág. 22; *Hassemer*, Tatbestand pág. 164; *Wessels*, Allg. Teil núm. 57; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre pág. 43. Mostrándose escéptico acerca del valor de este límite *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 112 nota a pie núm. 25; *el mismo*, Studienbuch pág. 43; *el mismo*, Martens-Gedächtnisschrift págs. 234 ss. (sólo "determinación relativa de la Ley penal" pág. 244); asimismo, BGH 40, 272 (279). Por el contrario, en los Derechos románicos se realiza un énfasis más fuerte del límite que representa el tenor literal; vid. el Código penal francés de 1994 con el mandato de "interprétation stricte" previsto en el art. 111-4; *Bettiol/Pettoello Mantovani*, Diritto penale págs. 152 ss.; *Merle/Vitu*, Traité I núm. 173 (que, sin embargo, admite que se sobrepase el límite del tenor literal en casos de "raison grave"); *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal pág. 192 (límite del tenor literal como "ámbito máximo posible"). Del mismo modo, también en Austria; vid. *Foregger*, ÖJZ 1960, pág. 291; *Kunst*, JBl 1971, pág. 332; *el mismo*, Verh. d. 5. österr. Juristentags, 1973, Tomo II pág. 29; en los Países Bajos *Hazewinkel-Suringa/Remmelink*, Inleiding pág. 62 (reconocimiento del "sentido literal posible" como límite externo de la interpretación).

[32] Vid., especialmente, la BGH 10, 157 (160): "La Ley no es letra muerta, sino un espíritu vivo que se desarrolla, que progresa con las circunstancias de la vida y quiere continuar su vigencia adaptándose completamente a ellas, *en tanto que ello no haga saltar la forma en la que se ha plasmado*". Sobre ello vid. *Krahl*, Bestimmtheitsgrundsatz págs. 220 ss.

[33] En la actualidad, la referencia a este precepto debe entenderse realizada al § 224 I 2 StGB (N del T).

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

[35] Sobre ello *Brandenburg*, Die teleologische Reduktion, 1983; *Larenz*, Methodenlehre págs. 391 ss.

sentido de la interpretación detenida de un concepto) (BGH 11, 199 [203]; 22, 190; BGH NJW 1993, pág. 1145).

Ejemplos: La recepción de un billete de banco que el ladrón ha sustituido por otro robado podría ser incluida bajo el tenor literal del § 259. Una interpretación acertada supone, sin embargo, defender que la "receptación por sustitución" no cae dentro del ámbito del § 259 (BGH 9, 137 [139]) [36]. Un ejemplo adicional lo suministra la BGH 39, 36 (43).

Sólo hay que prescindir pues del sentido literal cuando existe un error en la redacción del texto de la Ley **(error de redacción)** [37]. En la rectificación de errores de redacción puede tratarse, por una parte, de supuestos en los que el legislador ha dado una expresión demasiado estrecha a su voluntad reconocible, pasando así por alto un grupo de casos ("lex minus dixit quam voluit") (BGH 1, 47 [49 ss.]; 6, 394 [396]). Por otra, también es imaginable que el tenor literal de la Ley no coincida con la voluntad del legislador porque los hechos regulados hayan seguido evolucionando hacia nuevas circunstancias que superan a aquéllos (BGH 10, 375 sobre la aplicación del elemento "vehículo con enganche animal" a vehículos de motor; vid., además, RG 39, 183; 47, 404 [407]). Quien admite la rectificación de "errores de redacción secundarios" de esta naturaleza, sencillamente se aproxima a la opinión aquí rechazada que por lo general no quiere hacer valer al texto de la Ley como límite interpretativo. No obstante, existe una diferencia esencial en la medida en que, de todas formas, debe ser demostrable un cambio de las circunstancias externas como fundamento para la rectificación del tenor literal antes de que la interpretación pueda dar ese último paso [38].

Capítulo 4: El ámbito de vigencia del Derecho penal alemán

El complejo global del ámbito de vigencia del Derecho penal alemán se divide en *tres círculos de problemas*: el primero de ellos se refiere a la cuestión de si unos hechos que evidencian relaciones con un Ordenamiento jurídico extranjero están o no sometidos al poder punitivo alemán; a esta parte se la denomina el "*Derecho penal internacional*" (vid. *infra* § 18). En segundo lugar, nos encontramos con privilegios de determinados grupos de personas que están sustraídas al poder punitivo estatal por motivos derivados de la Constitución o del Derecho internacional; en estos supuestos puede hablarse del "*ámbito de vigencia personal*" del Derecho penal (vid. *infra* § 19). Finalmente, surge el problema de qué Derecho penal es aplicable cuando en diversas partes del mismo ámbito jurídico rigen distintas leyes penales a tener en cuenta en el enjuiciamiento de un hecho; este círculo de problemas se denomina "*Derecho penal interlocal*" (vid. *infra* § 20).

§ 18 El ámbito de vigencia internacional

Actes du VIII Congrés International de Droit Pénal, Lisbonne 1961, 1965; Actes du IX Congrés International de Droit Pénal, La Haye 1964, 1968; *Arendt,* Die Anwendung des Weltrechtsprinzips auf unbefugten Betäubungsmittelvertrieb, Zeitschr. f. Zölle und Verbrauchssteuern 1979, pág. 268; *Bauer,* Die

---

[36] Vid. *Stree,* JuS 1961, pág. 50. Sobre el estado de la discusión *Schönke/Schröder/Eser,* § 259 núm. 14.

[37] Sobre la justificación de la toma en consideración en la actividad interpretativa de los errores de redacción y el recurso a la voluntad del legislador vid. *Jahr,* Arthur Kaufmann-Festschrift págs. 154 ss.

[38] Se muestra sin embargo favorable al mantenimiento riguroso del límite que constituye el tenor literal *Lackner,* Heidelberger Festschrift pág. 58.

völkerrechtswidrige Entführung, 1968; *Bergmann,* Der Begehungsort im internationalen Strafrecht usw., 1966; *Clark,* Criminal jurisdiction over rnerchant vessels, Journal of Maritime Law and Commerce 11 (1980) pág. 219; *Cornils,* Die Fremdrechtsanwendung im Strafrecht usw., 1978; *Dahm,* Völkerrecht, Tomo I, 1958; *Dahm,* Völkerrecht, Tomo I, 1958; *Dahm/Delbrück/Wolfrum,* Völkerrecht Tomo I/l, 2.ª Ed. 1989; *Dauses,* Der gegenwärtige Stand des Weltraumrechts, NJW 1973, pág. 172; *Donnedieu de Vabres,* Les principes modernes du droit pénal international, 1928; *Drost,* Völkerrechtliche Grenzen für den Anwendungsbereich staatlicher Strafnormen, Niemeyers Zeitschrift für internat. Recht 43 (1930 — 31) pág. 111; *Duk,* Collaboration au sein du Benelux usw., Recueil d'études en hommage à J. M. van Bemmelen, 1965, pág. 137; *Eder,* Die Entwicklung der Bestimmungen über das internationale Strafrecht in den deutschen Entwürfen, Diss. Freiburg 1960; *Enschedé,* La compétence personnelle dans les législations de l'Europe occidentale, Recueil d'études en hommage à J. M. van Bemmelen, 1965, pág. 38; *Eser,* Die Entwicklung des Internationalen Strafrechts, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1353; *el mismo,* Grundlagen und Grenzen "stellvertretender Strafrechtspflege" (§ *7* II núm. 2 StGB), JZ 1993, pág. 875; *Falck,* Straffrätt och territorium, 1976; *Feller,* Jurisdiction over offenses with a foreign element, en: *Bassiouni/Nanda* (Edrs.), International Criminal Law, Tomo II, 1973, pág. 5; *Frowein,* Verfassungsrechtliche Probleme um den deutschen Festlandsockel, ZaöRV 25 (1965) pág. 1; *Gallas,* Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs, ZStW 80 (1968) pág. 1; *Gardocki,* "Über den Begriff des Internatiorialen Strafrechts", ZStW 98 (1986) pág. 703; *George,* Extraterritorial Application of Penal Legislation, MichLR 64 (1965 — 66) pág. 609; *el mismo,* Jurisdiction, Encyclopedia of Crime and Justice, Tomo 3, 1983, pág. 922; *Germann,* Rechtsstaatliche Schranken im internationalen Strafrecht, SchwZStr 69 (1954) pág. 237; *Glaser,* Droit international pénal conventionnel, 1970; *Granitza,* Die Dogmengeschichte des internationalen Strafrechts, Diss. Freiburg 1961; *Grützner,* Die zwischenstaatliche Anerkennung europäischer Strafurteile, NJW 1969, pág. 345; *el mismo,* Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, desde 1955 hasta el fascículo núm. 22 (1975) ed. por *Pötz,* desde 1982 2.ª Ed.; *Gündling,* Küstengewässer, Ergänzbares Lexikon des Rechts, 1985, 4/640; *v. Hammerstein,* Die Wirkung ausländischer Strafurteile im Inland, Diss. Freiburg 1964; *Hegler,* Prinzipien des internationalen Strafrechts, Strafr. Abh. Fascículo núm. 67, 1906; *el mismo,* Fragen des internationalen Strafrechts, E 1927, Anlage I, pág. 5; *Henrich,* Das passive Personalitätsprinzip im deutschen Strafrecht, 1994; *Heymann/Gershengorn,* Pursuing Justice, Respecting Law, en: *Eser/Lagodny* (Edrs.), Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law, 1992, pág. 101; *Herndl,* The Lotus, Encyclopedia of Public International Law, fascículo 2.º, 1981, pág. 173; *Hulsman,* Transmission des poursuites pénales usw., Recueil d'études en hommage à J. M. van Bemmelen, 1965, pág. 108; *Institut d'études européennes de l'Univ. libre de Bruxelles* (Ed.), Droit pénal européen, 1970; *Jescheck,* Zur Reform der Vorschriften des StGB über das internationale Strafrecht, IRuD 1956, pág. 75; *el mismo,* Straftaten gegen das Ausland, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 275; *el mismo,* Die an Bord von Luftfahrzeugen begangenen Straftaten und ihre Rechtsfolgen, Deutsche Beiträge zum VII. Intern. Strafrechtskongreß in Athen, 1957, pág. 195; *el mismo,* Strafrecht, internationales, WVR, Tomo III, 1962, pág. 396; *el mismo,* Die Vollstreckung ausländischer Straferkenntnisse, Festschrift für H. v. Weber, 1963, pág. 325; *el mismo,* Die internationalen Wirkungen der Strafurteile, ZStW 76 (1964) pág. 172; *el mismo,* Lo stato attuale del diritto penale europeo, en: Prospettive per un diritto penale europeo, 1968, pág. 323; *el mismo,* L'influence du droit européen sur le développement du droit pénal allemand, en: En hommage à Jean Constant, 1971, pág. 119; *el mismo,* Gegenstand und neueste Entwicklung des internationalen Strafrechts, Festschrift Für R. Maurach, 1972, pág. 579; *el mismo,* Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 683; *el mismo,* L'application de la Convention d'extradition par les tribunaux allemands, Mélanges G. Levasseur, 1992, pág. 329; *Johannes,* Das Strafrecht im Bereich der Europäischen Gemeinschaften, Europarecht 1968, pág. 63; *el mismo,* Zur Angleichung des Straf— und Strafprozeßrechts in der EWG, ZStW 83 (1971) pág. 531; *Jung,* Die Inlandsteilnahme an ausländischer strafloser Haupttat, JZ 1979, pág. 325; *el mismo,* Zur Internationalisierung des Grundsatzes "ne bis in idem", Festschrift für H. Schüler-Springorum, 1993, pág. 493; *Kielwein,* Zum gegenwärtigen Stand einer internationalen Kriminalpolitik, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 95; *Klages,* Meeresumweltschutz und Strafrecht, 1989; *Kohler,* Internationales Strafrecht, 1917; *Kokott/Gündling,* Die Erweiterung der deutschen Küstengewässer in der Nordsee, ZaöRV 45 (1985) pág. 675; *Langemeijer,* Le principe de territorialité, Recueil d'études en hommage

à J. M. van Bemmelen, 1965, pág. 17; *Langrock,* Der besondere Anwendungsbereich der Vorschriften über die Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates, 1972; *Lenzen,* Das Mitführen von Waffen durch ausländische Sicherheitsbeamte in deutschen Luftfahrzeugen, JR 1983, pág. 181; Haidong *Li,* Die Prinzipien des internationalen Strafrechts, 1991; *Liebscher,* Die neue Struktur des Internationalen Strafrechts usw., JBl 1974, pág. 393; *Lüttger,* Methodik und Dogmatik des Strafschutzes für nichtdeutsche öffentliche Rechtsgüter, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 121; *Makarov,* Betrachtungen zum internationalen Strafrecht, Festschrift für E. Kern, 1968, pág. 253; *Martin,* Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen, 1989; *v. Martitz,* Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 1. Abteilung, 1888; *Mendelssohn Bartholdy,* Das räumliche Herrschaftsgebiet des Strafgesetzes, VDA, Tomo VI, pág. 85; *A. Meyer,* Strafbare Handlungen an Bord von Luftfahrzeugen, ZfL 1958, pág. 87; el mismo, Straftaten im Weltraum, Festschrift für D. Karanikas, 1966, pág. 219; *F. Münch,* Küstengewässer, WVR, Tomo II, 1961, pág. 388; *el mismo,* Artificial Islands and Installations, Encyclopedia of Public International Law, Tomo I, 1992, pág. 268; *I. v. Münch,* Cutting-Fall, WVR, Tomo I, 1960, pág. 305; *Müller-Rappard/Bassiouni* (Edrs.), European Inter-State Cooperation in Criminal Matters, 2.ª Ed. Tomo I, 1991; *Nowakowski,* Zum Problemkreis der Geltungsbereiche, Österr. Zeitschrift für öffentl. Recht 6 (1955) pág. 10; *el mismo,* Anwendung des inländischen Strafrechts und außerstrafrechtliche Rechtssätze, JZ 1971, pág. 633; *Oehler,* Die Grenzen des aktiven Personalitätsprinzips im internationalen Strafrecht, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 83; *el mismo,* Zur Ausbildung von Frankreichs Internationalem Strafrecht in der Neuzeit, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 289; *el mismo,* Theorie des Strafanwendungsrechts, Geburtstagsgabe für H. Grützner, 1970, pág. 110; *el mismo,* Das Territorialitätsprinzip, Deutsche strafr. Landesreferate zum VIII. Int. Kongreß für Rechtsvergleichung, 1971, pág. 48; *el mismo,* Das deutsche Strafrecht und die Piratensender, 1970; *el mismo,* Internationales Strafrecht, 2.ª Ed. Auflage 1983; *el mismo,* Neuerer Wandel in den Bestimmungen über den strafrechtlichen Geltungsbereich in den völkerrechtlichen Verträgen, Festschrift für K. Carstens, 1984, Tomo I, pág. 435; *el mismo,* Fragen zum Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1399; *el mismo,* Souveränität der Staaten und kriminalpolitische Tendenzen, en: *Bundeskriminalramt* (Ed.), Internationale Verbrechensbekämpfung, 1985, pág. 117; *Pabsch,* Der strafrechtliche Schutz der überstaatlichen Hoheitsgewalt, 1965; *Reschke,* Der Schutz ausländischer Rechtsgüter durch das Strafrecht, Diss. Freiburg 1962; Research in International Law of the Harvard Law School, Jurisdiction with Respect to Crime, AJIL 29 (1935) Supágs., Part II, pág. 435; *Roßwog,* Das Problem der Vereinbarkeit des aktiven und passiven Personalgrundsatzes mit dem Völkerrecht, 1965; *Rozakis,* Continental Shelf, Encyclopedia of Public International Law, Tomo I, 1992, pág. 783; *Rüping,* Die völkerrechtliche Immunität im Strafverfahren, Festschrift für Th. Kleinknecht, 1985, pág. 397; *Rüter/Vogler,* Die Bekämpfung der internationalen Drogenkriminalität usw., JR 1988, págs. 136 y 139; *Rumpf,* Das Recht der Truppenstationierung in der Bundesrepublik, 1969; *Samson,* Die öffentliche Aufforderung zur Fahnenflucht an NATO-Soldaten, JZ 1969, pág. 258; *Schlüchter,* Zur teleologischen Reduktion im Rahmen des Territorialprinzips, Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 307; *Schmidt-Räntsch,* Die internationale Luftrechtskonferenz in Tokio, en: *A. Meyer* (Ed.), Internationale Luftfahrtabkommen, Tomo V, 1964, pág. 330; *el mismo,* Die internationale Luftrechtskonferenz usw., ZLW 20 (1971) pág. 63; *Schnorr v. Carolsfeld,* Die mitbestrafte Nachtat im Internationalen Strafrecht, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 765; *Scholten,* Die Bedeutung des § 7 StGB für die Verfolgung von Straftaten des SED-Regimes, ZRP 1992, pág. 476; *Schröder,* Die Teilnahme im internationalen Strafrecht, ZStW 61 (1942) pág. 57; *Schroeder,* Der "räumliche Geltungsbereich" der Strafgesetze, GA 1968, pág. 353; *el mismo,* Schranken für den räumlichen Geltungsbereich des Strafrechts, NJW 1969, pág. 81; *Schultz,* Das schweizerische Auslieferungsrecht, 1953; *el mismo,* Bemerkungen zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht im Strafrecht, Schweiz. Jahrb. f. internat. Recht XIX (1962) pág. 9; *el mismo,* Neue Entwicklungen im sogenannten internationalen Strafrecht, Festschrift für H. v. Weber, 1963, pág. 305; *el mismo,* Neue Probleme des internationalen Strafrechts, SchwJZ 1964, pág. 81; *el mismo,* Zur Regelung des räumlichen Geltungsbereichs durch den E 1962, GA 1966, pág. 193; *el mismo,* Internationalstrafrechtliche Spiele, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 895; *de Schutter,* Mutual Assistance in Criminal Matters between the Benelux Countries, Netherlands International Law Review 1967, pág. 382; *Shearer,* Extradition in International Law, 1971; *Silving,* In re Eichmann: A Dilemma of Law and Morality, AJIL 55 (1961) pág. 307; *Staubach,* Die Anwendung ausländischen Strafrechts durch

den inländischen Richter, 1964; *Tiedemann,* Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts, Festschrift für H.-H. Jescheck Tomo II, 1985, pág. 1411; *el mismo,* Der Strafschutz der Finanzinteressen der EG, 1990, p.. 2226; *el mismo,* Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht, NJW 1993, pág. 23; *Travers,* Le droit pénal international et sa mise en oeuvre en temps de paix et en temps de guerre, Tomo I, 1920; *Uhlig/Schomburg/Lagodny,* IRG, 2.ª Ed. 1992; *Vogler,* Die Tätigkeit des Europarats auf dem Gebiet des Strafrechts, ZStW 79 (1967) pág. 371; *el mismo,* Die Europäischen Übereinkommen über die Auslieferung und die sonstige Rechtshilfe in Strafsachen, ZStW 80 (1968) pág. 480; *el mismo,* Geltungsanspruch und Geltungsbereich der Strafgesetze, Geburtstagsgabe für H. Grützner, 1970, pág. 149; *el mismo,* Entwicklungstendenzen im internationalen Strafrecht, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 595; *el mismo,* Immunität, Exterritorialität und Asylrecht im internationalen Strafrecht, ZStW 92 (1980) pág. 1021; *el mismo,* Zur Rechtshilfe durch Vollstreckung ausländischer Strafurteile, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1379; *el mismo,* Strafprozessuale Wirkungen völkerrechtswidriger Entführungen usw., Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 379; *el mismo,* Die strafrechtlichen Konventionen des Europarats, Jura 1992, pág. 586; *Vogler/Wilkitzki,* Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG). Comentario en los fascículos posteriores a 1992; *Vogts,* Minimum Standard, Encyclopedia of Public International Law, fascículo 8.º, 1985, pág. 382; *v. Weber,* Der Schutz fremdländischer staatlicher Interessen im Strafrecht, Festgabe für R.v.Frank, Tomo II, 1930, pág. 269; *el mismo,* Das passive Personalitätsprinzip, Deutsche Landesreferate zum III. Internat. Kongreß f. Rechtsvergleichung, 1950, pág. 894; *el mismo,* Internationales Luftstrafrecht, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 111; *Wegner,* Über den Geltungsbereich des staatlichen Strafrechts, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 98; *Wengler,* Völkerrecht, Tomo II, 1964; *el mismo,* Völkerrechtliche Schranken des Anwendungsbereichs von Strafgesetzen, JZ 1977, pág. 257; *van den Wijngaert,* L' "espace judiciaire européen" usw., Rev dr pén crim 61 (1981) págs. 511 ss.; *Wille,* Die Verfolgung strafbarer Handlungen an Bord von Schiffen und Luftfahrzeugen, 1974; *Witzsch,* Deutsche Strafgerichtsbarkeit über die Mitglieder der US-Streitkräfte, 1970; *Wolfrum/Klemm,* Antarctica, Encyclopedia of International Public Law, Tomo I, 1992, pág. 173; *Zieher,* Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform, 1977; *Zlatarić,* Erwägungen zum Abkommen über strafbare Handlungen an Bord von Luftfahrzeugen, Geburtstagsgabe für H. Grützner, 1970, pág. 160.

Vid., además, *de Schutter,* Bibliography of International Criminal Law, 1972.

I. Concepto, límites e ideas fundamentales del Derecho penal internacional

1. El Derecho penal internacional regula la cuestión de si están igualmente sometidos al **poder punitivo propio** (vid. *supra* § 2 I 2) aquellos hechos que evidencian un impacto internacional en atención a la nacionalidad del autor, a la del ofendido o por el país extranjero en que aquéllos se cometen. Poder punitivo propio significa legitimidad penal en el sentido de que el Estado tiene competencia para intervenir penalmente, en relación con una acción determinada, tanto frente al autor como frente a otros Estados [1]. En otro caso, el Estado no es competente para incoar un proceso penal contra el acusado puesto que desde un primer momento su Ordenamiento jurídico no entra en consideración [2]. Solo si el poder punitivo del propio Estado comprueba la existencia de determinados hechos, podrá seguir indagando si para ellos resulta aplicable el *Derecho penal material propio* o si, para el caso de que se trate, el Derecho propio se remite al Derecho penal de otro Estado lo que, aunque en raras ocasiones, también puede suceder (vid. art. 6 I 2 schweiz. StGB). Más exactamente, en las reglas del Derecho penal internacional no se

[1] Para más detalles *Binding,* Handbuch pág. 374; *Schultz,* Auslieferungsrecht pág. 34; *Jescheck,* WVR Tomo III pág. 396; *Schroeder,* GA 1968, pág. 354.

[2] Vid. *Mendelssohn Bartholdy,* VDA Tomo VI pág. 86 nota a pie núm. 1.

trata en un primer plano del ámbito de aplicación del orden punitivo material propio, sino de un problema previo a esta cuestión como es la extensión del poder punitivo estatal cuya existencia también puede expresarse a través de la remisión a otro Derecho [3]. Ya en un segundo plano el Derecho penal internacional sirve a la aplicación del **Derecho penal nacional**. En Alemania, este último parte del presupuesto de que las autoridades de justicia alemanas aplican *exclusivamente* Derecho penal alemán. Pero en determinados casos también podría ordenarse la aplicación de Derecho penal extranjero por lo que entonces, al igual que en Derecho privado internacional, existiría un *Derecho de colisión*.

La *aplicación del Derecho penal extranjero* por los jueces nacionales, tal y como ocurría anteriormente en el Derecho penal alemán (vid. § 4 II en su redacción de 1934) para hechos cometidos fuera del país por extranjeros nacionalizados con posterioridad (los denominados nuevos ciudadanos), tiene la ventaja de que para estos hechos entra en acción el Ordenamiento jurídico que se encuentra más cercano a ellos [4]. De acuerdo con el Derecho vigente, la toma en consideración de las normas punitivas extranjeras sólo es posible en el marco de la determinación de la pena. Además, se puede renunciar a la persecución de un delito cometido en otro país y sometido al poder punitivo alemán cuando su castigo se muestra aquí innecesario (§ 153 c I núm. 1 StPO). No obstante, en el enjuiciamiento conforme al Derecho penal nacional de hechos cometidos en el exterior también pueden jugar un cierto papel las proposiciones jurídicas extranjeras, siempre que no pertenezcan a la materia del "Derecho penal" [5]. Se trata sobre todo de casos en los que el autor ha actuado dentro del país y el resultado acaece fuera del mismo (delitos nacionales cometidos a distancia), así como de aquellos otros en los que desde territorio alemán se participa en un hecho principal ajeno cometido en el extranjero, pero también de casos en los que los hechos son «puramente» extranjeros. En ambos grupos de casos, de acuerdo con los apartados I y II del § 9, hay que aplicar el Derecho penal nacional incluso aunque el propio Derecho extranjero considere que el hecho es impune, justificado o disculpable (vid. *infra* § 18 IV 2b, 3). Asimismo, para la participación desde territorio alemán en un delito perpetrado fuera del mismo puede prescindirse de su persecución penal de conformidad con el § 153 c I núm. 1 StPO. Esta disposición debería ser aplicada analógicamente a los delitos nacionales cometidos a distancia [6]. Por lo demás, en el

---

[3] Así, sobre todo, *Schultz*, GA 1966, pág. 194; de acuerdo *Eser*, Jescheck-Festschrift Tomo II pág. 1358; *LK* (10.ª) *(Tröndle)* nota preliminar núm. 2 antes del § 3; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 11 núm. 2; *Vogler*, Maurach-Festschrift pág. 602; *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núm. 1 antes de los §§ 3 — 7. Dubitativo *Jakobs*, Allg. Teil 5/11. Con frecuencia, tan sólo se menciona el segundo punto de vista; así, por ejemplo, en *Blei*, Allg. Teil págs. 42 ss.; *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 123 ss.; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 1 antes del § 3; *AK (Hassemer)* nota preliminar núm. 1 antes del § 1. Defienden un concepto amplio de Derecho penal internacional *Jescheck*, Maurach-Festschrift págs. 579 ss. y *Gardocki*, ZStW 98 (1986) págs. 703 ss.

[4] Vid. sobre ello las negociaciones de la IV. Sektion des VIII Congrés international de droit pénal, Lisbonne 1961, Actes du Congrés págs. 511 ss. así como la resolución del mismo en ZStW 74 (1962) págs. 195 ss., en la que se aconseja la aplicación del Derecho penal extranjero a las acciones punibles cometidas fuera de los países nacionales. Con detenimiento sobre ello, *Staubach*, Anwendung ausländischen Strafrechts págs. 196 ss.; además, *Eser*, Jescheck-Festschrift Tomo II pág. 1376. Rechaza esta opción *Oehler*, Grützner-Geburtstagsgabe págs. 124 ss. La aplicación del Derecho penal extranjero fue facilitada a través del Protocolo adicional de 15.3.1978 del Convenio Europeo sobre información de Derecho extranjero (BGBl. 1987 II S. 58), con la obligación por parte de los Estados de comunicar información sobre su Derecho penal, procesal penal, organización judicial, Derecho de ejecución y Derecho penitenciario.

[5] *Nowakowski*, JZ 1971, págs. 633 ss. Sobre la dependencia de la punibilidad de una cuestión previa a enjuiciar según el Derecho civil extranjero vid. RG 27, 135.

[6] *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, § 153c StPO núm. 3 limita no obstante el precepto a los casos en los que tanto la actividad como el resultado tienen lugar en el extranjero.

supuesto de ausencia de tipicidad del hecho en el extranjero hay que recurrir de aquí en adelante al razonamiento jurídico que inspiraba al § 3 II en su redacción anterior, a cuyo tenor, decae la punibilidad "cuando el hecho no es constitutivo de ningún injusto merecedor de pena a causa de las circunstancias especiales del lugar de comisión"[7] (vid. la 2.ª Ed. de esta obra págs. 135 ss.). Por último, para en casos el Derecho extranjero es tenido en cuenta para la interpretación de muchos elementos típicos (por ejemplo, "niño", "cosa ajena", "pariente"), para la determinación del deber de garante en los delitos de omisión impropia, así como para las causas de justificación y de exculpación (dudosa se muestra la OLG Köln, MDR 1973, pág. 688)[8].

2. La decisión acerca de los límites del poder punitivo nacional compete a cada Estado soberano **(competencia de los Estados sobre su propia competencia)**[9]. En esta delimitación el Estado debe observar las pertinentes reglas del Derecho internacional, pues éste confía a los Estados de modo ampliamente discrecional ("pouvoir discrétionnaire") la configuración concreta del Derecho penal internacional. Sin embargo, ningún Estado debería atribuirse un poder punitivo para hechos que no evidencien relación alguna con los legítimos intereses de su Administración de Justicia; a ello se opondría la *prohibición de abuso del Derecho* procedente del Derecho internacional general[10]. El Derecho penal internacional pertenece al Derecho *estatal* y no al internacional, a pesar de que en él se contienen normas para la aplicación del poder punitivo propio a extranjeros y a hechos cometidos fuera del país, así como aquellas que se dirigen a la protección penal de bienes jurídicos de otros Estados[11].

3. Distinta del problema sobre los límites del poder punitivo estatal es la cuestión relativa a si también la **soberanía de la jurisdicción penal interna** rige frente a determinadas categorías de extranjeros, o de nacionales en cierta clase de delitos con trascendencia internacional[12]. La primera pregunta pertenece al Derecho penal material internacional y la segunda al Derecho procesal internacional. Por regla general el poder punitivo y la jurisdicción penal coinciden, puesto que cada Estado aspira a hacer realidad el primero a través de sus propios tribunales aunque sólo sea porque es responsable internacionalmente del orden público en el ámbito de su soberanía. Pero existen excepciones a esta regla en la medida en que los Estados, a través de tratados internacionales, hayan convenido una limitación de su jurisdicción penal pero manteniendo por principio su poder punitivo material[13].

Ejemplos: Según el art. 3 II del Tratado sobre la regulación de cuestiones surgidas en la guerra y la ocupación de 26.5.1952 (Tratado para la transmisión de poderes) (BGBl. 1955 II pág. 405), decae la soberanía de la jurisdicción penal alemana en relación con todas las acciones que, en el momento de la entrada

---

[7] En este sentido, acertadamente, *SK (Samson)* § 9 núm. 20.

[8] Vid., con profundidad al respecto, *Cornils*, Die Fremdrechtsanwendung im Strafrecht usw., 1978.

[9] *v. Martitz*, Rechtshilfe Tomo I pág. 43; *Binding*, Handbuch pág. 372; *Hegler*, Prinzipien págs. 44 ss.; *Donnedieu de Vabres*, Principes pág. 3; *Oehler*, Internationales Strafrecht pág. 127 (mostrándose crítico).

[10] La postura de *Mendelssohn Bartholdy* VDA Tomo VI pág. 164, de que en este ámbito el Derecho internacional carece de competencias está ya superada. Y así, *Wegner*, Frank-Festgabe Tomo I pág. 102, ya diferencia con acierto en todas las cuestiones del Derecho penal internacional "un aspecto jurídico-estatal (penal) y otro jurídico-internacional". En el mismo sentido del texto *Schroeder*, NJW 1969, pág. 81; *Oehler*, Grützner-Geburtstagsgabe págs. 110 ss.; *el mismo*, Internationales Strafrecht págs. 123 ss.

[11] Sobre la cuestión vid. *Makarov*, Kern-Festschrift pág. 257.

[12] A favor de la separación entre "soberanía del Derecho penal" y "soberanía jurisdiccional" *(Schultz)* por ejemplo, *v. Martitz*, Rechtshilfe Tomo I pág. 427; *Mendelssohn Bartholdy*, VDA Tomo VI pág. 106; *Hegler*, Prinzipien págs. 3 ss.; *Schultz*, Auslieferungsrecht pág. 36; *el mismo*, SchwjZ 1964, pág. 83; *Zlatarić*, Grützner-Geburtstagsgabe pág. 164; *Feller*, Jurisdiction págs. 9 ss.

[13] *Witzsch*, Deutsche Strafgerichtsbarkeit über die Mitglieder der US-Streitkräfte, 1970.

en vigor del Tratado, estaban excluidas según el Derecho de la ocupación (BGH 21, 29 [33]). La regulación del aspecto jurisdiccional en el art. VII del Estatuto de las Tropas de la OTAN de 19.6.1951 (BGBl. 1961 II pág. 1190) [14], deja intacto el poder punitivo material de los Estados signatarios tal y como se deduce de la posibilidad de renuncia a su competencia jurisdiccional en beneficio de una de las partes [15]. En el art. 19 del Acuerdo adicional de 3.8.1959 (BGBl. 1961 II pág. 1218) la República Federal ha consentido una amplia limitación de su jurisdicción penal en relación con las tropas asentadas en su territorio pero, de conformidad con el apartado tercero del precepto recién citado en conexión con el art. 3 de la Ley de 18.8.1961 (BGBl. II pág. 1183), para el caso concreto la Fiscalía alemana posee aquí también la posibilidad de revocar la renuncia general de la República Federal, pudiendo de este modo llevar a cabo el proceso sobre la base de su poder punitivo subsistente (BGH 30, 377). Vid., además, *infra* § 19 III 1c.

4. La cuestión relativa al ámbito de efectividad internacional del poder punitivo debe diferenciarse claramente del principio de Derecho internacional, según el cual, ningún Estado puede desarrollar **actos de soberanía en territorio extranjero**, a no ser que excepcionalmente (por ejemplo, como fuerza de ocupación según el art. 43 Haager LKO o en base a la conformidad del Estado afectado) se encuentre autorizado para ello [16]. El Derecho penal internacional no concede a ningún órgano estatal la competencia para intervenir activamente en un territorio soberano estatal que es ajeno. Por el contrario, los *efectos* derivados del ejercicio legítimo del poder punitivo interno sobre los extranjeros y los hechos cometidos en el exterior, deben ser tolerados por cada Estado [17].

Ejemplo: En el caso Eichmann (1960), con independencia de la existencia del poder punitivo de Israel, fue ilegal su detención al practicarse por funcionarios del servicio secreto israelí en territorio argentino; de ahí que, aunque simbólica, Israel quedara obligada a dar satisfacción a Argentina. La condena posterior de Eichmann en Jerusalén fue justificada a través de una disposición especial del Derecho penal internacional israelí [18].

5. Las reglas del Derecho penal internacional se reducen a diversas **ideas fundamentales**: el mantenimiento del orden público estatal interior [19], la vinculación de los propios nacionales en el extranjero a su Derecho de origen [20], la protección del cuadro de bienes jurídicos nacionales [21], la solidaridad en la lucha contra el delito como misión cultural común a toda la Humanidad [22], la ausencia de lagunas en el poder punitivo estatal dentro y fuera de las fronteras nacio-

---

[14] Al respecto, *Rumpf*, Truppenstationierung págs. 23 ss.

[15] Igualmente, *Oehler*, Internationales Strafrecht pág. 409; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 11 núm. 44; *Rüping*, Kleinknecht-Festschrift pág. 406; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 22 antes del § 3; de otra opinión (exención jurídico-material) *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núm. 42 antes de los §§ 3-7.

[16] Vid., para más detalles, *Dahm*, Völkerrecht Tomo I págs. 250 ss.

[17] Vid., más detenidamente, *Dahm*, Völkerrecht Tomo I págs. 256 ss. Por ello, carecen de justificación las críticas holandesas a la aplicación del principio de justicia universal (§ 6 núm. 5) a la venta de sustancias estupefacientes realizada por un holandés a un alemán en territorio holandés (BGH 27, 30).

[18] Vid., más en detalle, *Silving*, AJIL 55 (1961) págs. 311 ss.; *Bauer*, Entführung págs. 180 s. Con carácter general sobre los casos de secuestro *Vogler*, Oehler-Festschrift págs. 379 ss.

[19] *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 130 ss.; *LK* (10.ª) *(Tröndle)* nota preliminar núm. 3 antes del § 3; *AK (Hassemer)* nota preliminar núm. 5 antes del § 3.

[20] Con el ejemplo derivado del nacional-socialismo se demuestra cómo esta idea puede conducir también a la politización del Derecho penal internacional, vid. *Granitza*, Dogmengeschichte págs. 133 ss.

[21] Esta idea se encuentra ya en un primer plano en *Binding*, Handbuch pág. 391; *Travers*, Droit pénal international Tomo I pág. 11; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 11 núm. 5.

[22] Sobre todo en la dirección apuntada, *Kohler*, Internationales Strafrecht pág. 2; *Donnedieu de Vabres*, Principes pág. 7; *Oehler*, Grützner-Geburtstagsgabe pág. 115; *el mismo*, Internationales Strafrecht págs. 137 ss.

nales y la mayor Justicia posible en el tratamiento del caso concreto. Es una cuestión de los Estados la medida en que quieran poner el acento en cada uno de los supuestos, aunque no pueden proceder de modo completamente autocrático al tener que respetar los intereses de otros países en el mantenimiento de su Ordenamiento jurídico y en la protección de sus nacionales [23]. Por ello, la idea de una convención sobre Derecho penal internacional está cercana y ocupa desde hace tiempo al Consejo de Europa [24]. El resultado provisional en este punto es la "Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters" de 15.5.1972 (European Treaty Series núm. 73) que, en lugar de una fijación rígida de prioridades, expone un sistema flexible de deberes para la aceptación de la persecución penal [25], así como el Acuerdo europeo sobre validez internacional de sentencias penales de 28.5.1970 (European Treaty Series núm. 70). Los §§ 48 ss. IRG posibilitan ya la cooperación jurídica prevista en éste y otros acuerdos a través de la ejecución de sentencias penales extranjeras [26].

II. Los principios del Derecho penal internacional

Para el ejercicio del poder punitivo por parte de un Estado con vistas a los casos que poseen una relación internacional, debe existir siempre un "*punto de conexión razonable*" [27] que vincule a los hechos con las funciones de ordenación del propio poder punitivo. A estos puntos de conexión se les denomina tradicionalmente como **"principios del Derecho penal internacional"** [28]. En la exposición individualizada de los mismos que llevaremos a cabo a continuación, debe tenerse siempre presente que el Derecho penal internacional de los Estados no se basa sólo en uno de estos puntos de conexión sino en una *combinación* de varios de ellos.

1. Según el **principio de territorialidad** un Estado puede someter a su poder punitivo todas las acciones que son cometidas en su propio territorio nacional, aún cuando el autor de las mismas sea extranjero (en relación con el lugar de comisión del delito vid. *infra* § 18 IV). Este principio es el punto de conexión fundamental del Derecho penal internacional porque la deli-

---

[23] Vid. *Drost*, Niemeyers Zeitschrift 43 (1930-31) pág. 131; *Dahm*, Völkerrecht Tomo I pág. 260; *v. Martitz*, Rechtshilfe pág. 47.

[24] Un importante trabajo preparatorio fue elaborado por Harvard Research in International Law "Jurisdiction with Respect to Crime", AJIL 29 (1935) Supágs. Part. II págs. 435 ss.; vid., además, *Hegler*, Fragen des internationalen Strafrechts, E 1927 Anexo I págs. 5 ss. Una regulación convencional del Derecho penal internacional para los Estados sudamericanos estaba ya contenida en el Código de Bustamante de 1928, AJIL 29 (1935) Supágs. pág. 642 y el Tratado de Montevideo de 1940, AJIL 37/38 (1943/44) Supp. pág. 122. Acerca de la cooperación de los Estados del Benelux vid. *de Schutter*, Netherlands International Law Review 1967, págs. 397 ss.; *Duk*, Recuell d'études van Bemmelen págs. 137 ss. Sobre otros tratados internacionales dirigidos a la regulación del poder punitivo vid. *Jescheck*, Maurach-Festschrift págs. 582 ss.

[25] Vid. *Hulsman*, Recuell d'études van Bemmelen págs. 128 ss.; *Vogler*, Maurach-Festschrift págs. 609 ss.

[26] Al respecto, *Oehler*, ZStW 96 (1984) págs. 578 ss.; *Vogler*, Jescheck-Festschrift Tomo II págs. 1379 ss.; *Uhlig/Schomburg/Lagodny*, IRG, antes del § 48 núms. 1 ss.; *Vogler/Wilkitzki*, IRG, antes del § 48 *(Vogler)*.

[27] Así, *Nowakowski* Österr. Zeitschrift für öffentl. Recht 6 (1955) pág. 20; *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 123 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 5/5; vid. también *Schultz*, Schweiz. Jahrb. f. int. Recht XIX (1962) págs. 11 ss.; *el mismo*, Tröndle-Festschrift págs. 895 ss. Sobre los mecanismos que resuelven la colisión de Derechos en el Derecho internacional vid. *Li*, Prinzipien págs. 225 ss.

[28] Vid. *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 130 ss.; *Feller*, Jurisdiction págs. 17 ss.

mitación territorial se corresponde con los principios de soberanía territorial, independencia e igualdad de los Estados soberanos [29]. También la Justicia del caso concreto y el principio de economía procesal hablan por lo general a favor del principio de territorialidad, puesto que la práctica de las pruebas en el lugar del hecho promete resultados fiables. Por estas razones también se encuentra completamente reconocido en Derecho internacional y la mayoría de los Estados parten del mismo en la regulación de su Derecho penal internacional [30]. La República Federal de Alemania ha retornado al principio de territorialidad con el § 3 a través de la redacción operada en el año 1975 (vid. *infra* § 18 III 1).

Sin embargo, el principio de territorialidad no debe ser entendido en un sentido excluyente. La concepción impuesta por los EE.UU. en el caso "Cutting" [31] contra Méjico y que, incluso ocasionalmente, ha sido aceptada por Gran Bretaña, de que los Estados, prescindiendo de excepciones rigurosamente delimitadas, *no podrían* extender su poder punitivo a acciones que han sido cometidas fuera de su territorio soberano por razones de Derecho internacional, resulta sencillamente insostenible [32].

2. Cercano al de territorialidad se encuentra el **principio del pabellón** (teoría del "territoire flottant"). Según este principio el Estado, cuyo pabellón es enarbolado legítimamente por un buque de mar, barco fluvial [33] o bajo el cual está registrada una aeronave, puede someter a su poder punitivo las acciones cometidas a bordo del barco [34] o de la aeronave [35], aun cuando el

---

[29] Así, especialmente, *Germann*, SchwZStr 69 (1954) pág. 240; *Langemeijer*, Recueil d'études vanBemmelen págs. 22 ss.; *Oehler*, VIII. Int. Kongreß für Rechtsvergleichung págs. 50 ss.; *el mismo*, Internationales Strafrecht págs. 155 ss.

[30] Vid. *Oehler*, Engisch-Festschrift págs. 289 ss. acerca de Francia (asimismo, Code pénal 1994 Art. 113-2); *el mismo*, Internationales Strafrecht págs. 161 ss. (en relación con el círculo jurídico anglo-americano); *Langemeijer*, Recuell d'études van Bemmelen págs. 18 ss.; *Bettiol/Pettoello Mantovani*, Diritto penale págs. 174 ss.; *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal pág. 221; *Dupont/Verstraeten*, Handboek núms. 197 ss. Acerca del Derecho austríaco en profundidad, *Liebscher*, JBl 1974, págs. 393 ss.; *WK (Liebscher)* nota preliminar núm. 24 antes del § 2.

[31] Sobre esta cuestión vid. *I. v. Münch*, WVR Tomo I pág. 305; *Roßwog*, Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht págs. 71 ss.

[32] En la actualidad los Estados anglo-americanos se limitan todavía, aunque prescindiendo de algunas excepciones, al castigo de los delitos que se cometen en sus territorios nacionales, sobre ello vid. *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 161 ss.; *George*, MichLR 64 (1965-66) págs. 617 ss.; *el mismo*, Encyclopedia of Crime an Justice Tomo 3 págs. 922 ss.; *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 169 ss. En relación con las nuevas ampliaciones del poder punitivo de los EE.UU. a través de la legislación federal vid. *Heymann/Gershengorn*, Pursuing Justice págs. 101 ss. Esta distinción en la concepción fundamental del Derecho penal internacional condujo a una consecuencia significativa para el Derecho de extradición: los países continentales podían aceptar el principio de no entrega de los propios nacionales (por ejemplo, art. 16 II GG) puesto que sus hechos se encontraban, básicamente, incluidos en su poder punitivo, mientras que por el contrario los países anglo-americanos debían proceder a la extradición de sus ciudadanos puesto que de no ser así sus hechos cometidos en el extranjero quedaban impunes; vid. *Shearer*, Extradition págs. 94 ss.; *Oehler*, Internationales Strafecht págs. 175 ss.

[33] Es indiferente si se trata de un barco estatal, privado, de guerra, mercante o de un yate.

[34] Vid., para más detalles, *Wille*, Die Verfolgung págs. 51 ss.

[35] En relación con el Derecho penal de la navegación aérea vid. *Jescheck*, Deutsche Beiträge págs. 195 ss.; *A.Meyer*, ZfL 1958, págs. 87 ss.; *Schnorr v. Carolsfeld*, Straftaten in Flugzeugen págs. 15 ss.; *v. Weber*, Rittler-Festschrift págs. 111 ss.; *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 340 ss.; *Wille*, Die Verfolgung págs. 154 ss.

hecho ha sido cometido por un extranjero o esté atravesando o sobrevolando territorio no nacional o alta mar. Dado que, legalmente, todo barco sólo puede enarbolar *un* pabellón nacional (§ 11 de la Ley sobre Derecho del Pabellón de 8.2.1951, BGBl. I pág. 79) y que asimismo una aeronave, según el Acuerdo de Chicago de 1944 (BGBl. 1956 II pág. 411), sólo puede estar registrada por *un* país, el principio del pabellón conduce siempre al claro resultado de que el país de origen posee el poder punitivo, sea donde sea el lugar en que pueda haberse encontrado el barco o la aeronave en el momento del hecho. Los barcos que no están autorizados para enarbolar el pabellón federal así como las aeronaves que tampoco lo estan para utilizar la enseña nacional, son consideradas como instituciones extranjeras en la medida en que no se encuentren en territorio nacional. El principio del pabellón está reconocido por el Derecho internacional dado que los acuerdos sobre seguridad aérea [36] determinan que primordialmente el Estado de origen puede ser hecho responsable por la seguridad a bordo de sus barcos y aeronaves (BGH NStZ 1991, pág. 525 [526]).

De conformidad con el Acuerdo aprobado en Tokio, sobre acciones delictivas y otros hechos cometidos a bordo de aeronaves de 14.9.1963 (BGBl. 1969 II pág. 122) [37], los países signatarios están también obligados a imponer su poder punitivo como Estados de inscripción (art. 3 II). Sin embargo, el poder punitivo concurrente de otros Estados (por ejemplo, de acuerdo con el principio de territorialidad) coexiste junto con el derivado del principio del pabellón (art. 3 III). La misma situación jurídica se deriva del art. 4 del Convenio para la lucha contra el apoderamiento ilícito de aeronaves de 16.12.1970 (BGBl. 1972 II pág. 1506) [38].

3. Según el **principio activo de personalidad** un Estado puede someter a su poder punitivo los delitos cometidos por sus propios nacionales aún cuando éstos sean cometidos en el extranjero. Históricamente, este principio es el punto de conexión más reciente del Derecho penal internacional dado que, según la concepción jurídica antigua, el estatuto jurídico de la persona estaba determinado por su pertenencia a una genealogía concreta a la que quedaba vinculada permanentemente ("leges ossibus inhaerent") [39]. El principio de personalidad enfatiza la vinculación del individuo con su país, por lo que aunque casa bien con la idea del Estado autoritario no está necesariamente vinculado a ella. En realidad, actualmente es la idea de la solidaridad internacional la que sirve de base a este principio: el país del que el autor procede no puede permitir que éste cometa delitos en el extranjero y pueda quedar sin castigo por ello. A decir verdad el principio de personalidad opera raras veces en el Derecho penal internacional de los Estados si lo comparamos con el de territorialidad, aunque tampoco se le pueden oponer reparos desde el punto de vista del Derecho internacional [40]. (En relación con el problema de la "norma idéntica" vid. la 2.ª Ed. de esta obra págs. 132 ss.) En Alemania el principio activo de personalidad ha estado

---

[36] Sobre ello *Lenzen*, JR 1983, pág. 182 nota a pie núm. 12.

[37] El texto puede encontrarse en *A. Meyer*, Internationale Luftfahrtabkommen Tomo V, 1964, pág. 372. En profundidad sobre el tema *Schmidt-Räntsch*, ibidem págs. 343 ss.; además, *Zlatarić*, Grützner-Geburtstagsgabe págs. 160 ss.

[38] El texto puede encontrarse en *Schmidt-Räntsch*, ZLW 20 (1971) págs. 63 ss.

[39] Más detalladamente, *Kohler*, Internationales Strafrecht págs. 25 ss.; *Enschedé*, Recueil d'études van Bemmelen págs. 41 ss.

[40] *Oehler*, Mezger-Festschrift págs. pág. 96; *el mismo*, Internationales Strafrecht págs. 443 ss.; *Falck*, Straffrätt págs. 167 ss. (donde puede verse un resumen del Derecho comparado); *Schröder*, JZ 1968, pág. 341; referencias adicionales en *Roßwog*, Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht pág. 66. El desarrollo de los tratados internacionales muestra en los últimos tiempos una tendencia al fortalecimiento del principio de territorialidad en conexión con el de justicia supletoria; vid. *Oehler*, Carstens-Festschrift pág. 448.

vigente desde 1940 hasta 1974 como principio supremo del Derecho penal internacional. En la actualidad sólo está previsto en algunos casos y de forma restringida (§ 5 núms. 3 a, 5 b, 8, 9, 12). Este criterio limitado puede ser inaplicable "cuando el hecho, a causa de las circunstancias especiales en el lugar de comisión del delito, no constituye un injusto merecedor de pena" (§ 3 en su redacción anterior), puesto que esta regla sigue siendo una necesidad derivada de la Justicia.

Una variante del principio de personalidad viene suministrada por el **principio del domicilio.** De acuerdo con éste, el domicilio del extranjero en territorio nacional es un criterio suficiente para fundamentar la intervención del poder punitivo estatal sobre aquél [41]. También este principio está libre de objeciones por parte del Derecho internacional.

4. El **principio de protección** significa que el Estado puede someter a su poder punitivo los delitos cometidos en el extranjero cuando a través de los mismos son puestos en peligro o lesionados bienes jurídicos nacionales. Tratándose además de la protección de bienes jurídicos del propio Estado (vgr., traición o alta traición, delitos contra la defensa nacional o contra el orden público), el principio se justifica sin más por el hecho de que el autor mismo, con la dirección de su ataque, ha dado lugar a su relación con el poder punitivo del Estado correspondiente **(principio de protección del Estado)** [42]. A ello se añade que la mayoría de las veces los Estados extranjeros y sus intereses no son protegidos a través del Derecho penal de los demás países, de modo que el único medio para asegurar la protección contra ataques realizados por ciudadanos no nacionales en el extranjero es la intervención del propio poder punitivo (vid. *infra* § 18 III 3). Pero también, tratándose de la tutela de bienes jurídicos individuales de los propios nacionales **(principio de protección individual o principio pasivo de personalidad)**, el Derecho internacional no prohibe a los Estados ampliar su poder punitivo a los hechos cometidos por los extranjeros fuera de sus fronteras [43] [44].

El principio de protección individual requiere una *limitación* más intensa que el principio activo de personalidad por medio de la prohibición del abuso de Derecho internacional, puesto que el destinatario de la norma no es aquí un nacional sino un extranjero que se encuentra fuera del país y que, por regla general, pertenecerá al Estado donde se perpetra el hecho. Por este motivo, en la aplicación de este principio se prohibe por el Derecho internacional el abuso de Derecho cuando la acción cometida fuera impune según la normativa del lugar donde se lleva a cabo **(requisito de la norma idéntica)** [45].

---

[41] Más detenidamente, *Kielwein*, Rittler-Festschrift págs. 97 ss.

[42] Vid. *Schultz*, Auslieferungsrecht pág. 37; *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 367 ss.

[43] Vid. *Roßwog*, Verenbarkeit mit dem Völkerrecht pág. 82; *Dahm*, Völderrecht Tomo I pág. 259; *Dahm/Delbrück/Wofrum*, Völkerrecht Tomo I, 1 pág. 322; *Wengler*, Völkerrecht págs. 941 ss. Limitadamente, *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 421 ss., disiente *Henrich*, Das passive Personalitätsprinzip págs. 139 ss., 207 ss.

[44] Sobre el caso "Lotus", en el que la Corte Internacional Permanente ha dejado abierta la aplicabilidad del principio pasivo de personalidad, vid. *Herndl*, Encyclopedia of Public International Law, fascículo núm. 2, 1981, pág. 173.

[45] Así, *Roßwog*, Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht pág. 184; *Drost*, Niemeyers Zeitschrift 43 (1930-31) pág. 138; *Jennings*, British Yearbook of International Law 33 (1957) pág. 153; *v. Weber*, Das passive Personalitätsprinzip pág. 900; *Oehler*, Grützner-Geburtstagsgabe pág. 119; *Heinrich*, Das passive Personalitätsprinzip págs. 106 ss. Formulando objeciones, sin embargo, *Schroeder*, NJW 1969, pág. 83; limitadamente también *Jakobs*, Allg. Teil 5/8 (sólo para equilibrar discriminaciones).

5. El **principio del Derecho mundial** (principio de universalidad) autoriza a cada Estado, cuando es entendido en un sentido amplio, a intervenir con su poder punitivo sin consideración al lugar del hecho ni a la nacionalidad del autor. No obstante, concebido de forma tan ilimitada, este principio es "científicamente insostenible e inaplicable en la práctica" [46], porque de lo contrario el poder punitivo de los Estados sería por lo general ilimitado. El principio del Derecho mundial posee una justificación interna y es aceptado por el Derecho internacional cuando el hecho se dirige contra bienes de la cultura supranacional en cuya protección existe un interés internacional (por ejemplo, prohibición del tráfico de drogas [47], comercio de esclavos, trata de blancas, distribución de publicaciones pornográficas, lucha contra la falsificación de moneda, protección de cables marítimos, represión de la piratería aérea, de la toma de rehenes, de la tortura y del terrorismo, delitos contra el medio ambiente, crímenes de guerra y contra la Humanidad). Sólo en supuestos de esta naturaleza están presentes las ideas de "solidaridad del mundo cultural frente al delito" y de la "lucha contra la peligrosa delincuencia internacional", en las que por regla general descansa la fundamentación del principio del Derecho mundial. A menudo este principio encuentra reflejo en convenciones internacionales en las que los Estados se han comprometido a una defensa de los intereses culturales comunes por vía del Derecho penal, aunque su aplicación se encuentra más bien en cierto retroceso (vid. *infra* § 18 III 4 nota a pie núm. 58).

6. Mientras que los principios del Derecho penal internacional tratados hasta ahora constituyen puntos de conexión autónomos para el poder punitivo del Estado, el **principio de justicia supletoria** sirve sencillamente de complemento subsidiario al poder punitivo de otros países. Este principio interviene cuando el poder punitivo extranjero competente no puede actuar sobre la base del principio de territorialidad, porque el acusado ha sido detenido en otro país y no puede ser extraditado al extranjero por motivos fácticos o jurídicos. En realidad, el Juez nacional actúa "en lugar" del extranjero pero, a pesar de ello, ejercita el poder punitivo del propio Estado cuando, por ejemplo, un refugiado político ha cometido un delito común en el país de procedencia y es condenado por ello en el territorio donde se encuentra. El principio de justicia supletoria colma las inevitables lagunas en el Derecho penal internacional, asegurando así que ningún delincuente huido queda impune en el Estado donde se refugia por faltar un punto de conexión con el poder punitivo ("aut dedere aut punire" [48]). De acuerdo con su sentido, el principio de justicia supletoria requiere la existencia de una norma idéntica en el lugar de comisión del hecho. Por último, su aplicación es descartada cuando el Estado donde fue perpetrado el delito ya ha archivado definitivamente la causa (vgr., por haberse dictado una condena o absolución, condena condicional o indulto) (el denominado *principio de liquidación*).

7. Un nuevo principio, el de la **división de competencia**, ha sido desarrollado por el Consejo de Europa para la armonización de la Administración de Justicia penal internacional. De este modo, los Convenios sobre el castigo de los delitos contra la seguridad del tráfico de

---

[46] Ya en este sentido, *v. Liszt/Schmidt*, pág. 123.

[47] Vid. BGH 27, 30: la aplicación del principio del Derecho mundial a la distribución ilegal de sustancias estupefacientes (§ 6 núm. 5) no contradice al Derecho internacional. Vid. *Oehler*, Carstens-Festschrift pág. 444.

[48] Así, la conocida fórmula de *Hugo Grotius*, De jure belli ac pacis, 1625, lib. II, capág. 21, IV 1 y 3. Sobre ello *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 497 ss. Pueden encontrarse ejemplos procedentes del Derecho internacional en *Oehler*, Carstens-Festschrift págs. 444 ss.

30.11.1964 (European Treaty Series núm. 52) y el relativo a la transferencia de procesos penales de 15.5.1972 (European Treaty Series núm. 73), previenen un reparto flexible del poder punitivo vinculado a la asunción de la persecución penal [49].

8. De los principios del Derecho penal internacional que fundamentan la aplicación del poder punitivo propio, deben diferenciarse el *principio de bonificación y el de liquidación*. En estos últimos se trata de la forma y modo en que se tienen en cuenta los actos de la Justicia extranjera, para aquellos casos en los que el poder punitivo propio encuentra aplicación a unos hechos con trascendencia internacional. Ambos principios se refieren al efecto internacional, más o menos extendido, de las sentencias penales extranjeras [50]. Por motivos de economía procesal las penas impuestas en el extranjero que han sido total o parcialmente cumplidas, son computadas cuando en Alemania recae nuevamente condena por los mismos hechos (§ 51 III) (BGH 27, 287). Pero el principio de liquidación va todavía más lejos. Éste significa que la persecución misma de un delito está excluida en el territorio nacional cuando por resolución firme los tribunales de un Estado extranjero han absuelto a alguien por aquél o cuando, también por resolución firme, lo han condenado por el mismo pero el autor ya ha cumplido la pena, ésta ha prescrito o ha sido remitida (el § 153 c I núm. 3 StPO posibilita en estos casos la no persecución de hechos cometidos en el extranjero). En la mayoría de los casos son equiparados los supuestos en los que por el mismo delito en el extranjero tiene lugar una amnistía, cuando en aquél ha prescrito la posibilidad de perseguir penalmente los hechos o, finalmente, cuando de acuerdo con la normativa exterior concurre la ausencia de querella penal como requisito necesario de procedibilidad.

III. El Derecho penal internacional del StGB

El Derecho penal internacional del StGB ha sufrido una transformación esencial a través de la reforma de 1975 [51]. El Derecho vigente parte del principio de territorialidad, enlaza a éste con la teoría de la ubicuidad (§ 9) y completa esta regulación por medio de otros puntos de conexión.

1. Mientras que la normativa anterior (sobre la misma vid. la 2.ª Ed. de esta obra), que arrancaba en el año 1940, diseñó como punto de partida el principio activo de personalidad, el Derecho vigente ha vuelto a tomar como base al **principio de territorialidad** (§ 3). Con ello, el legislador se ha liberado de la sobrevaloración del deber de lealtad del ciudadano que permanece en el extranjero con su país de origen y, por regla general, ha limitado correlativamente su poder punitivo, de conformidad con la delimitación espacial de la función de ordenación de los Estados, a los hechos que son cometidos por ciudadanos propios o por extranjeros en el territorio nacional; como consecuencia de ello se entiende, asimismo, que los individuos del propio Estado que se encuentran en el extranjero deben ser básicamente libres y regirse conforme al Dere-

---

[49] *LK* (10.ª) (*Tröndle*) nota preliminar núm. 15 antes del § 3; *AK (Lemke)* nota preliminar núm. 12 antes del § 3.

[50] Vid. sobre ello *Jescheck*, ZStW 76 (1964) págs. 172 ss.; *el mismo*, v. Weber-Festschrift págs. 327 ss.; *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 587 ss.; *v. Hammerstein*, Wirkung ausländischer Strafurteile págs. 310 ss.; IX Congrès International de Droit Pénal, Actes págs. 323 ss., 430 ss., 485 ss. Véase el Convenio elaborado por el Consejo de Europa sobre la validez internacional de sentencias penales de 28.5.1970 (European Treaty Series núm. 70I; vid. *Grützner*, NJW 1969, págs. 345 ss., así como *supra* § 18 I 5.

[51] Acerca de su evolución histórica vid. *Granitza*, Dogmengeschichte págs. 26 ss.; en relación con el Derecho proyectado vid. *Eder*, Entwicklung págs. 72 ss., 151 ss.; *Gallas*, ZStW 80 (1968) pág. 12 ss.; sobre su reforma en general *Jescheck*, IRuD 1956, págs. 75 ss.; *Eser*, Jescheck-Festschrift Tomo II págs. 1362 ss.; *Schultz*, GA 1966, págs. 195 ss.

cho del Estado donde se desarrolla su estancia. Sin duda que el principio de territorialidad ha extendido ampliamente su alcance a través de la regulación del lugar de comisión del delito según la teoría de la ubicuidad (§ 9) (vid. *infra* § 18 IV 2). Si el resultado acaece en el extranjero como consecuencia de un hecho cometido en territorio nacional o, desde este último, alguien toma parte en el hecho ejecutado por otro fuera del país, puede ser necesario tener en cuenta el Derecho del Estado extranjero implicado siempre que ello beneficie al autor del delito (vid. *infra* § 18 I 1) (BayObLG JZ 1972, pág. 563). Además, para los hechos cometidos en el extranjero y la participación desde territorio nacional en el delito cometido por otro fuera del mismo, el § 153 c I núm. 1 StPO suministra la posibilidad de prescindir de la persecución penal. Lo mismo rige según lo previsto en el § 153 c I núm. 2 StPO para un delito cometido por un extranjero en territorio nacional pero a bordo de un barco o aeronave extranjera (por ejemplo, cuando el barco se encuentra atracado en un puerto alemán o la aeronave sobrevuela territorio soberano alemán).

2. El **principio del pabellón** (§ 4), análogo al de territorialidad, prescribe la validez del Derecho penal para hechos que son cometidos por alemanes o extranjeros a bordo de barcos o aeronaves alemanas, cuando unos u otros se encuentran atravesando o sobrevolando tanto el espacio soberano extraño como el alta mar. A través de la regulación contenida en el § 4 los hechos cometidos en tales barcos o aeronaves se equiparan en su tratamiento punitivo a los perpetrados dentro del país.

Los barcos alemanes son aquellos que, de acuerdo con la Ley sobre Derecho del Pabellón de 8.2.1951, (BGBl. I pág. 79), están *autorizados* para enarbolar el pabellón federal; asimismo, las aeronaves alemanas son aquellas que, según lo preceptuado en los §§ 2 V y 3 de la Ley sobre el Tráfico Aéreo en su redacción de 4.1.1981 (BGBl. I pág. 61), están *autorizadas* para portar la enseña nacional de la República Federal [52].

3. Del § 5 se extraen diferentes puntos de conexión para la protección de bienes jurídicos nacionales frente a hechos cometidos en el extranjero, sin que ello dependa de su punibilidad en el lugar de comisión del delito (BGH 30, 1 [3]). El § 5 núms. 1, 2, 3b, 4 y 5 a, (preparación de un ataque bélico, delitos políticos, delitos contra la defensa nacional), el § 5 núm. 10 (delitos contra la Administración de Justicia) y el § 5 núms. 11-14 (delitos contra el medio ambiente en el ámbito del zócalo continental alemán, contra la Administración Pública y los delitos cometidos contra funcionarios públicos o soldados alemanes), se basan en el **principio de protección del Estado** [53]. Otros supuestos del § 5 lo hacen sobre el **principio activo de personalidad**: y así, de conformidad con lo estipulado en el § 5 núm. 12, el Derecho penal alemán rige para hechos que cometa un funcionario público alemán durante su estancia oficial o en relación con su servicio oficial en el extranjero (de modo similar para los soldados, § 1 a I núm. 1 y II WStG). En algunas disposiciones penales sobre la puesta en peligro del Estado de Derecho democrático (§§ 89, 90 a I y 90 b), así como en algunos delitos contra la defensa nacional (§§ 109 a, 109 d y 109 h), está prevista una restricción adicional en relación con la autoría: el Derecho penal ale-

---

[52] Más detalladamente en *Dreher/Tröndle*, § 4 núm. 2; *Clark*, Journal of Maritime Law and Commerce 11 (1980) págs. 219 ss.

[53] Al respecto, desde una perspectiva de Derecho comparado, *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 384 ss.; *Zieher*, Das Internationale Strafrecht nach der Reform págs. 103 ss. En relación con el § 5 núm. 11 vid. *Klages*, Meeresumweltschutz und Strafrecht, 1989.

mán sólo rige cuando el autor es alemán y, además, sus medios de subsistencia[54] se encuentran en el ámbito de vigencia espacial del citado Derecho (§ 5 núms. 3 a y 5 b) (sobre el concepto del ámbito de vigencia espacial vid. *infra* § 18 VI 3). De este modo, debe tomarse en consideración que los deberes de fidelidad y observancia que sirven de base a estos tipos penales únicamente pueden ser exigidos a ciudadanos alemanes que poseen una relación personal con el territorio federal[55]. También el § 5 núm. 9 (interrupción del embarazo) exige esta destacada relación personal con la República Federal de Alemania. Aquí no es necesaria la punibilidad en el lugar del hecho de modo que la disposición abarca sobre todo a los casos en los que se comete fraude de ley. El **principio de protección individual** (principio pasivo de personalidad) sirve de base al § 5 núm. 6 (secuestro con desplazamiento fuera del territorio nacional o provocación de conductas de persecución política peligrosas para la salud o la vida, cometidos en uno y otro caso contra alemanes con domicilio o residencia habitual en Alemania), al § 5 núm. 7 (revelación de secretos comerciales o de empresa respecto de sociedades e industrias que se encuentren en el ámbito de vigencia espacial del StGB, así como las que estén en el extranjero pero mantengan relaciones de consorcio con otras asentadas en el territorio nacional) y al § 5 núm. 8 a (determinados delitos sexuales, siempre que el autor y el ofendido sean alemanes en el momento de comisión del hecho y tengan sus medios de subsistencia en el ámbito de vigencia espacial del StGB). La disposición citada en último lugar sitúa también al principio activo de personalidad (intensificado) al mismo nivel que al de protección individual alcanzando, de este modo, a todos los hechos que se cometan en fraude de ley. De acuerdo con el § 5 núm. 8 b el **principio activo de personalidad** rige para delitos del § 176 (abuso sexual de niños). No es necesaria la punibilidad en el lugar del hecho (¡turismo sexual!). El precepto anteriormente mencionado relativo a la vigencia del Derecho penal alemán para casos de secuestro y provocación de la persecución política (§ 5 núm. 6) implica también al principio de protección del Estado, puesto que el aseguramiento de los derechos de la persona frente a las formas más graves de sometimiento a las medidas de persecución propias de poderes donde rige la violencia y la arbitrariedad, pertenece a las aspiraciones de la República Federal de Alemania como Estado de Derecho liberal que es. Lo mismo pude decirse en cuanto a la revelación de secretos comerciales y de empresa (§ 5 núm. 7), puesto que tras este precepto se encuentra también la idea de protección de la economía popular alemana.

De acuerdo con el art. 315 IV EGStGB el Derecho penal de la República Federal es aplicable sin límite alguno a los hechos cometidos en la antigua RDA cuando, de acuerdo con las disposiciones del Derecho penal internacional, las normas punitivas alemanas fueran ya aplicables a tales hechos con anterioridad a al eficacia de la integración (según lo preceptuado por el art. 1 EV de 3.10.1990). Así pues, se tienen sobre todo en consideración los casos del principio de protección y del principio pasivo de personalidad. De este modo, las actividades secretas contra la República Federal de los miembros del Ministerio para la Seguridad del Estado que tuvo lugar exclusivamente en la zona de la desaparecida RDA, permanecen como comportamientos punibles de conformidad con el § 99 en conexión con el § 5 núm. 4 (BGH 37, 305; en sentido opuesto BVerfG NJW 1995, 1811 [1813]) (vid. *supra* § 15 IV 8 nota a pie núm. 69).

---

[54] En torno al concepto de medios de subsistencia vid. *Dreher/Tröndle*, § 5 núm. 3; *Lackner*, § 5 núm. 2; *SK (Samson)* § 5 núms. 8 ss.; vid., además, BGH 10, 46 (50). Tampoco se oponen a este concepto las largas estancias en el extranjero de diplomáticos, personas de negocios e investigadores.

[55] Vid. *Langrock*, Der besondere Anwendungsbereich págs. 93 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 5 núm. 9.

4. Contenido en el § 6, el **principio del Derecho mundial** atañe a los hechos cometidos en el extranjero que atentan contra bienes jurídicos protegidos internacionalmente [56]. La vigencia del Derecho penal alemán en estos casos se desarrolla sin limitación alguna al ser irrelevante la nacionalidad del autor o del ofendido, así como con independencia de si el hecho es o no punible en el lugar de su comisión, puesto que aquí se trata de la protección de intereses comunes a todos los Estados (BGH 27, 30 sobre tráfico de drogas [57]). Los números 1 a 7 del § 6 corresponden a deberes penales especiales derivados de acuerdos internacionales [58]. La regulación se completa con una cláusula general recogida en el número 9 del precepto citado [59] que posibilita el ejercicio del poder punitivo de acuerdo con el principio de la división de competencias (vid. *supra* § 18 II 7) cuando entren en vigor en Alemania los acuerdos correspondientes del Consejo de Europa. El § 6 núm. 8, que sitúa al fraude de subvenciones (§ 264) bajo el principio del Derecho mundial, quiere proteger el fomento económico a través de las subvenciones de la UE frente a maquinaciones fraudulentas, motivo por el que ya representa un "principio del Derecho europeo" del futuro.

5. La disposición contenida en el § 7, que extiende el poder punitivo alemán a los hechos cometidos en el extranjero, descansa igualmente sobre distintos puntos de conexión. Adecuado al **principio de justicia supletoria** (en conexión con el de protección individual), el § 7 I en su primer inciso prevé la intervención del poder punitivo alemán para hechos cometidos en el extranjero contra un alemán (debe ser ofendido, en el sentido del § 77), en tanto que el hecho se encuentre incriminado en el lugar donde se cometió (OLG Karlsruhe, Die Justiz 1980, pág. 478). En el examen de la normativa extranjera no sólo tienen que extraerse los tipos penales pertinentes que, por lo demás, pueden ser comprendidos desde un punto de vista jurídico distinto al del Derecho penal alemán (según la BGH 27, 5 no es suficiente que los hechos estén tipificados

---

[56] *Zieher*, Das Internationale Strafrecht nach der Reform págs. 142 ss.; *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 519 ss.

[57] Sobre ello vid. *Wengler*, JZ 1977, págs. 257 ss.; *Knauth*, NJW 1979, pág. 1084; *Arendt*, Zeitschr. f. Zölle und Verbrauchssteuern 1979, págs. 268 ss. La BGH 34, 334 (338 ss.) exige para la aplicación del principio del Derecho mundial al tráfico de drogas cometido por un extranjero fuera de Alemania la implicación de los *propios* intereses de protección jurídica; al respecto vid. *Rüter/Vogler*, JR 1988, págs. 136 y 139.

[58] Vid. el art. 3 del Convenio internacional para la lucha contra la trata de blancas de 4.5.1910 (RGBl. 1913 pág. 31); arts. 2 y 3 de la Convención internacional para la represión del tráfico de mujeres y de niños de 30.9.1921 (RGBl. 1924 II pág. 181); art. 9 del Acuerdo internacional para la lucha contra la falsificación de moneda de 20.4.1929 (RGBl. 1933 II pág. 913); art. 5 del Acuerdo internacional sobre el opio (RGBl. 1929 II pág. 409); Acuerdo para la limitación de la producción y la regulación de la distribución de sustancias estupefacientes de 13.7.1931 (RGBl. 1933 II pág. 321); art. II Convención internacional para la lucha contra la difusión y distribución de material pornográfico de 12.9.1923 (RGBl. 1925 II pág. 288); art. 4 II de la Convención para la lucha contra el apoderamiento ilícito de aeronaves de 16.12.1970 (BGBl. 1972 II pág. 1506; al respecto, *Schmidt-Räntsch*, ZLW 20 [1971] págs. 63 ss.). Acerca de las distintas convenciones *Glaser*, Droit internarional págs. 120 ss.; *Oehler*, Das deutsche Strafrecht und die Piratensender, 1970, así como *Schönke/Schröder/Eser*, § 6 núm. 11.

[59] En la actualidad el § 6 núm. 9 se refiere, por ejemplo, al Convenio internacional para la lucha contra el terrorismo de 27.1.1977 (BGBl. 1978 II pág. 321), al Convenio internacional contra la toma de rehenes de 18.12.1979 (BGBl. 1980 II pág. 1361), a la Convención diplomática de 14.12.1973 (BGBl. 1976 II pág. 1745) y al Convenio internacional para la prevención de la tortura de 26.11.1987 (BGBl. 1989 II pág. 946).

como infracción administrativa), sino también las causas de justificación y de exculpación del Derecho no nacional en tanto que éstas no estén en contradicción con los principios jurídicos generalmente reconocidos (en relación con el castigo de los "guardianes del muro" vid. *supra* § 2 I 2 nota a pie núm. 5) [60]. El principio de justicia supletoria rige también para hechos cometidos fuera del país por alemanes, personas que hubieran poseído la nacionalidad alemana y nuevos ciudadanos alemanes, siempre bajo el presupuesto de que el hecho esté también castigado en el lugar donde fue perpetrado (aquí tampoco resulta suficiente que el comportamiento sólo esté previsto como simple infracción administrativa, BGH 27, 5 [8 ss.], OLG Karlsruhe NStZ 1985, pág. 317) [61].

La extensión del poder punitivo alemán a personas de nacionalidad alemana y a los recién nacionalizados como tales se deriva de la prohibición de extradición de los propios ciudadanos contenida en el art. 16 II 1 GG. Por cierto que bajo el punto de vista del art. 103 II GG la fundamentación a posteriori del poder punitivo nacional frente a quien acaba de adquirir la nacionalidad alemana resulta objetable, puesto que el Derecho penal alemán no regía para él en el momento del hecho sino que es sólo la adquisición de tal nacionalidad la que lo hace aplicable. De todos modos, no existe por ello una infracción del principio de legalidad porque en el momento de comisión del hecho constaba tanto la Ley de acuerdo con la cual había que enjuiciar el mismo como la pena que le resultaba aplicable, *caso* de que con posterioridad el autor se convirtiera en ciudadano alemán (BGH 20, 22 [23]). No obstante, se exige acertadamente que en este supuesto el sujeto no pueda ser castigado con una pena más grave que la que le hubiera correspondido según el Derecho extranjero en cuestión (BGH NJW 1994, 140 [141]) [62].

La idea de la justicia supletoria sirve de base de un modo especialmente claro en el caso del § 7 II núm. 2. De conformidad con esta disposición rige el Derecho penal alemán frente al autor extranjero que, habiendo perpetrado un hecho tipificado como delito fuera de Alemania, se encuentra en la actualidad dentro del territorio nacional y no es extraditado a pesar de que su extradición, por la clase de hecho cometido (§§ 3 II, 6 y 7 IRG) [63], fuera en sí misma admisible. La Ley menciona como posibles motivos para su no entrega la inexistencia de una solicitud de extradición por parte del país extranjero, el rechazo de la misma por la autoridad alemana competente y la inejecutabilidad material de la extradición (por ejemplo, porque a pesar de haber solicitado la extradición el país que la planteó no se hace responsable de la entrega). De concurrir alguno de estos motivos, debe dictarse una sentencia o resolución por parte del órgano ale-

---

[60] En este sentido, con razón, *Schönke/Schröder/Eser*, § 7 núm. 9. No resulta convincente la tesis de *Henrich*, Das passive personalitätsprinzip págs. 215 ss. sobre el carácter superfluo y dañino del § 7 I.

[61] El § 7 II núm. 1 no resulta aplicable a los hechos cometidos en la anterior RDA, puesto que el art. 315 I EGStGB en conexión con el § 2 contiene una regulación especial (vid. *supra* § 15 IV 8); en este sentido, con razón, *Lackner*, § 2 núm. 12; *Scholten*, ZRP 1992, pág. 476.

[62] Así, *Oehler*, Interantionales Strafrecht pág. 494; *Schönke/Schröder/Eser*, § 7 núm. 21; *Eser*, Jescheck-Festschrift Tomo II pág. 1376.

[63] Según el § 3 II IRG están excluidos los delitos que de acuerdo con el Derecho alemán se encuentren castigados con una pena de prisión inferior a un año (vgr., § 106 a) (sobre esta cuestión vid. *Vogler/Wilkitzki*, § 3 IRG núms. 22-24); el § 6 IRG excluye, asimismo, los delitos políticos y casos en los que exista peligro de una persecución inadmisible (al respecto vid. *Vogler/Wilkitzki*, § 6 IRG núms. 40 ss. *[Vogler]; Uhlig/Schomburg/Lagodny*, § 6 IRG núms. 19 ss.); por último, el § 7 IRG excluye también los delitos militares (vid. *Vogler/Wilkitzki*, § 7 IRG núms. 5 ss. *[Vogler]; Uhlig/Schomburg/Lagodny*, § 7 IRG núms. 4 ss.). En torno a la práctica de la extradición por los tribunales alemanes de conformidad con la Convención europea sobre extradición *Jescheck*, Mélanges Levasseur págs. 334 ss.

mán competente para ello (BGH 18, 283 [287 ss.]; BGH NStZ 1991, pág. 525; BayObLG GA 1958, pág. 244). Tal y como evidencia la intervención primaria de la extradición, también supone en cierta medida un ejercicio de la justicia supletoria para el país que podría solicitar la extradición, el segundo caso previsto en el § 7 II donde el poder punitivo alemán es extendido al hecho realizado por un extranjero cuando el lugar donde se desarrolló no estaba sometido a ningún poder punitivo. Por el contrario, el otro supuesto en el que dicho poder tampoco existe en el lugar donde se lleva a cabo el hecho pero éste se dirige contra un ciudadano alemán (§ 7 I en su segunda alternativa), debe clasificarse dentro del **principio de protección individual** puesto que aquí el propio Estado garantiza de modo *primario* la protección penal al no ceder a otro país la prioridad en su enjuiciamiento.

El supuesto en el que el lugar del hecho no está sometido a ningún poder punitivo se da en o sobre alta mar, el Polo norte, el territorio antártico y en el espacio sideral (vid. *infra* § 18 VI 2).

La distinción entre los casos sometidos al principio de justicia supletoria y al de protección individual posee un significado práctico, dado que mientras para los sujetos al primero rigen también presupuestos procesales (por ejemplo, el requisito de la interposición de querella penal) y obstáculos procedimentales (vgr., una amnistía) del lugar de comisión del hecho, en cambio para los del segundo no, por tratarse aquí de la protección de ciudadanos alemanes y no de la observancia del Ordenamiento jurídico extranjero [64].

6. Algún precepto penal como el § 91 regula su propio **ámbito de aplicación internacional** a causa de que, por la especialidad de la materia, las reglas generales relativas al Derecho penal internacional no son tenidas en cuenta: esta disposición excluye a los §§ 84, 85 y 87 del alcance de la teoría de la ubicuidad (§ 9) [65].

7. El principio **"ne bis in idem"** (art. 103 III GG) sólo prohibe el tratamiento repetido del mismo asunto por parte de los tribunales de la República Federal de Alemania (BVerfGE 75, 1 [5 ss.]). Por el contrario, la celebración de un juicio *extranjero* no se opone a un proceso penal alemán por el mismo hecho (BVerfGE 12, 62; BGH 6,176, [177]; 34, 334 [340]). A través de la nueva condena no se comete ninguna ilegalidad puesto que el § 51 III dispone que, a los efectos de la pena a imponer en territorio nacional, debe ser abonada la pena (o cualquier otra privación de libertad) que por los mismos hechos fuera impuesta y ejecutada (prisión o multa) en el extranjero **(principio del abono)** (vid. *supra* § 18 II 8). La escala para llevar a cabo el abono la determina el propio Tribunal de modo discrecional (§ 51 IV 2). Además, según dispone el § 153 c I núm. 3 StPO, puede prescindirse de la persecución penal si tras el abono la pena por cumplir carece de importancia. Por el contrario, el **principio de liquidación**, que rigió hasta el año 1940 según el § 5 en su redacción anterior, no ha tenido reflejo. Tanto en la Convención europea sobre la validez de las sentencias penales (vid. *supra* § 18 I 5) como en el art. 54 del II Acuerdo de Schengen de 19.6.1990 (BGBl. 1993 II pág. 1013) está previsto un "ne bis in idem europeo". Tampoco el Tribunal Europeo está considerado como un órgano judicial extranjero (BGH 24, 54 [57 ss.]) [66].

---

[64] A favor de tener en cuenta una amnistía dictada en el extranjero en el supuesto del § 7 II núm. 2 OLG Düsseldorf MDR 1992, pág. 1161, así como detalladamente *Eser*, JZ 1993, págs. 875 ss.

[65] Sobre esta cuestión vid. *Langrock*, Der besondere Anwendungsbereich págs. 146 ss.

[66] Acerca de la internacionalización del principio "ne bis in idem" *Jung*, Schüler-Springorum-Festschrift Tomo I págs. 121 ss.

8. Un tema distinto es la **introducción de bienes jurídicos extranjeros** en el ámbito de tutela de los tipos penales alemanes. Esta es una cuestión que pertenece al área de protección de los tipos penales correspondientes. En muchos de los tipos el tenor literal de los mismos ya evidencia que, como el Derecho penal político (§§ 80 ss.), sólo pueden estar determinados para la protección de intereses nacionales. En otros, por el contrario, resulta manifiesto que sólo se ha pensado en los extranjeros (por ejemplo, §§ 102-104, 184 I núm. 9). En la mayoría de las ocasiones, sin embargo, la respuesta viene por vía interpretativa. Para ello debe atenderse a las siguientes líneas generales [67]: Bienes jurídicos individuales como el cuerpo, vida, libertad, honor, intimidad, derechos familiares y patrimonio, son protegidos en igual medida en todos los Ordenamientos penales con independencia de si su titular es un nacional o un extranjero; éste es el reconocido principio del "minimum standard of justice" [68]. Las disposiciones penales relativas a la protección de la seguridad vial que también o, exclusivamente, se refieren a bienes jurídicos individuales (vgr., §§ 315 ss., 142), protegen asimismo a los extranjeros (BGH 21, 277 [280 ss.]; OLG Karlsruhe NJW 1985, pág. 2905 en relación con el § 316). Tratándose de bienes jurídicos del Estado, los intereses de países extranjeros también se garantizan en muchos casos a través de la protección penal; así sucede, por ejemplo, con la falsificación de moneda o de efectos timbrados (§ 152) cuya protección tiene su origen en el art. 5 del Acuerdo internacional para la lucha contra la falsificación de moneda de 1929 (RGBl. 1933 II pág. 913) (BGH 32, 68 [75 ss.]; disiente *Schlüchter*, Oehler-Festschrift págs. 319 ss.). Por regla general, sin embargo, la protección de bienes jurídicos se limita a los que poseen un carácter nacional (BGH 22, 282 [185]) [69], especialmente cuando se trata de delitos contra la Administración y funcionarios públicos (OLG Hamm JZ 1960, pág. 576; OLG Hamburg JR 1964, pág. 350). No obstante, la jurisprudencia ha atravesado este límite cuando a través del hecho también se ven afectados intereses alemanes (RG 3, 70 [72]; 8, 53 [55]; 68, 300 [301 ss.]; BGH LM § 3 núm. 2; BGH GA 1955, pág. 178; BGH 8, 349 [356]). Con carácter general puede decirse que los intereses de los Estados extranjeros deberían ser protegidos en nuestro país de un modo mejor a como lo son ahora [70]. En este sentido, la 4. StÄG de 11.6.1957 (BGBl. I pág. 597) extiende el ámbito de protección de numerosas disposiciones penales a los países miembros de la OTAN y a las tropas que ésta tiene estacionadas en Alemania (art. 7). Al Derecho penal estatal también le compete la tutela penal de las

---

[67] Vid. *v. Weber*, Frank-Festgabe Tomo II págs. 276 ss.; *Lüttger*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 121 ss.; *Oehler*, JR 1980, págs. 485 ss.; *el mismo*, Internationales Strafrecht págs. 480 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núms. 13 y ss. antes de los §§ 3-7. Una incursión individualizada en los tipos del Derecho penal alemán puede verse en *Reschke*, Schutz ausländischer Rechtsgüter págs. 127 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 5/2 ss. Enfatiza acertadamente que se trata de una cuestión interpretativa *Schultz*, v. Weber-Festschrift pág. 308. Vid., además, *Schröder*, JZ 1968, págs. 244 ss. Vid., asimismo, los numerosos ejemplos en *LK* (10.ª) (*Tröndle*) nota preliminar núms. 25 ss. antes del § 3.

[68] *Vogts*, Encyclopedia, fascículo núm. 8, 1985, págs. 382 ss.

[69] Una excepción digna de ser comentada la constituyó el § 102 en su redacción anterior acerca de las acciones constitutivas de alta traición contra Estados extranjeros; sobre ello vid. *Jescheck*, Rittler-Festschrift págs. 283 ss. No obstante, fue negada la aplicabilidad del § 170 b al deber legal de prestación de alimentos de un extranjero que vivía en Alemania frente al ofendido que vivía en el extranjero y carecía de la nacionalidad alemana (BGH 29, 85). En *Jakobs*, Allg. Teil 5/2 nota a pie núm. 10 pueden verse referencias para una mejor protección de los legitimados a la reclamación.

[70] Vid., más detalladamente, *Reschke*, Schutz ausländischer Rechtsgüter págs. 175 ss.

organizaciones supra e interestatales, en la medida en que éstas carezcan de un poder punitivo propio (vgr., § 264 VI en conexión con el § 6 núm. 8) [71].

La colaboración de los Estados europeos en el terreno de la lucha internacional contra el delito ha mejorado en los últimos años a través de la iniciativa del Consejo de Europa, aunque con frecuencia todavía se echa en falta la aplicación de nuevos tratados [72].

IV. El lugar de comisión del delito

El lugar de comisión del delito resulta decisivo para la cuestión relativa a si el poder punitivo de un Estado determinado puede ser fundamentado en el **principio de territorialidad** (vid. *supra* § 18 II 1) o si, por el contrario, deben ser buscados otros puntos de conexión.

1. La pregunta relativa a qué elemento determinaba el lugar de comisión del delito fue objeto de una larga **disputa teórica** [73]. La *teoría de la actividad* [74] partía del lugar en el que el autor había actuado o, tratándose de una omisión, debería haberlo hecho. Por el contrario, la *teoría del resultado* conectaba con el lugar donde había acaecido el resultado típico [75]. Pero se ha convertido en dominante la *teoría de la ubicuidad* [76]. Esta última considera como lugar del hecho tanto aquél donde se desarrolla la acción como también aquel otro en el que deviene el resultado. De este modo se hace una llamada a la equiparación valorativa entre una y otro para el contenido criminal del hecho y a la ausencia de lagunas en la aplicación del principio de territorialidad.

2. La base del § 9 es la **teoría de la ubicuidad** [77]. Según estipula el apartado primero de este precepto, el delito se entiende cometido tanto en cualquier lugar en el que el autor ha actuado o, en caso de omisión, debería haberlo hecho, como en aquel otro donde sobrevenga el resultado típico o, según la representación del autor, debió acontecer éste.

---

[71] El art. 194 del Tratado de la Euratom (BGBl. 1957 II pág. 1014), el art. 27 del Estatuto del Tribunal del Mercado Común Europeo (BGBl. 1957 II pág. 1166) y el art. 28 del Estatuto del Tribunal de la Comunidad Atómica Europea (BGBl. 1957 II pág. 1194) contienen disposiciones penales propias de las Comunidades Europeas. Sobre todo ello vid. *Johannes*, Europarecht 1968, págs. 63 ss., sobre la aplicación del Derecho nacional especialmente en págs. 110 ss.; *el mismo*, ZStW 83 (1971) págs. 555 ss.; *Pabsch*, Schutz der überstaatlichen Hoheitsgewalt págs. 111 ss.; *Jescheck*, Lo stato attuale págs. 339 ss.; *el mismo*, Maurach-Festschrift págs. 592 ss.; *Oehler*, Jescheck-Festschrift Tomo II págs. 1399 ss.; *Tiedemann*, Jescheck-Festschrift Tomo II págs. 1411 ss.; *el mismo*, NJW 1990, pág. 2226; *el mismo*, NJW 1993, pág. 23; *van den Wijngaert*, Rev dr pén crim 61 (1981) págs. 511 ss. Con carácter general en torno al Derecho penal europeo *infra* § 18 VII.

[72] Profundizando en la cuestión *Vogler*, ZStW 79 (1967) págs. 371 ss.; *el mismo*, ZStW 80 (1968) págs. 480 ss.; *el mismo*, Jura 1992, pág. 586, así como *Jescheck*, En hommage à Jean Constant págs. 119 ss. Una colección de los textos de los tratados del Consejo de Europa, así como de los Estados signatarios y sus reservas, puede encontrarse en *Müller-Rappard/Bassiouni*, (Edrs.), European Inter-State Co-operation in Criminal Matters, 1991.

[73] Vid. *Bergmann*, Der Begehungsort págs. 26 ss.; *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 206 ss.

[74] Así, por ejemplo, *Frank*, § 3 comentario IV 3; *Gerland*, Reichsstrafrecht págs. 95 ss.

[75] En este sentido *v. Liszt*, Lehrbuch 10.ª Ed. pág. 116; *Jiménez de Asúa*, Tratado Tomo II pág. 826.

[76] Así, *Binding*, Handbuch Tomo I pág. 416; *Hegler*, Prinzipien págs. 47 ss.; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 159; *Feller*, Jurisdiction págs. 20 ss.

[77] Esta teoría fue aplicada por la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo Imperial (RG 11, 20 [22]; 67, 130 [138]; 74, 56 [59]) y sirvió de base al Tribunal Permanente Internacional en la sentencia que resolvió el caso "Lotus" (vid. *supra* § 18 II 4 nota a pie núm. 44). En cambio, para el *tiempo* de comisión del delito según el § 8 rige la teoría de la actividad (vid. *supra* § 15 IV 2 b).

a) Por lo que se refiere a la **acción** como punto de conexión, en los delitos de pura actividad el lugar de comisión se determina exclusivamente a través de la acción típica (BGH 20, 45 [52]); a tales efectos es suficiente con que tan sólo una parte de ésta haya sido cometida en territorio nacional (RG 39, 258 [263]). También en los delitos de resultado basta con que la *acción* típica sea llevada a cabo dentro del país aunque aquél acaezca fuera del mismo (BGH NJW 1975, pág. 1610).

De acuerdo con el § 9 II 1 los actos preparatorios pueden ser tenidos en cuenta para fundamentar el lugar del hecho cuando gozan de autonomía en su incriminación (BGH 34, 106) o cuando suponen la contribución al hecho por parte de un coautor (BGH 39, 88 [90]). En los *delitos de omisión propia* el lugar del delito es aquel en el que el autor debería haber actuado (schweiz. BGE 97 [1971] IV 205 [210]). Para *delitos de varios actos* basta cualquiera de ellos. Por el contrario, en los casos de *hechos posteriores copenados* son sólo éstos y no el hecho previo el que se encuentra sometido al poder punitivo nacional [78]. En el encubrimiento material (§ 257), en el personal (§ 258) y en la receptación (§ 259) depende de la acción típica y no del hecho previo (RG 43, 84 [85]). Los *delitos de peligro abstracto* son infracciones de pura actividad por lo que lo decisivo es el lugar de la acción, aún cuando el peligro que el legislador se propone evitar mediante el precepto penal se desarrolle en otro lugar [79]. Discutido es el caso de los *delitos de tránsito o paso* en los que tan sólo una parte de la cadena causal se lleva a cabo dentro del país, mientras que la acción y el resultado se desenvuelven en el extranjero (por ejemplo, el envío a través de Alemania de un paquete con bombones envenenados desde Suiza hasta Dinamarca, lugar este último donde la víctima muere envenenada). Esta clase de delitos tiene que ser abarcada por el poder punitivo nacional en la medida en que el hecho ha afectado al bien jurídico protegido dentro de las fronteras del país, así que por motivos de prevención general no puede renunciarse a su enjuiciamiento en Alemania [80]. Los delitos de contrabando realizados en los trenes que atraviesan las fronteras están sometidos al poder punitivo alemán hasta donde alcanza la competencia de los funcionarios públicos nacionales en los controles aduaneros, incluso aunque tales infracciones sean cometidas en el extranjero (OLG Oldenburg MDR 1974, pág. 329).

b) El **resultado** típico como punto de conexión tiene trascendencia sobre todo en los casos en los que la acción y el resultado acaecen por separado *(delitos cometidos a distancia)* [81].

También tiene que ser considerado como resultado típico aquel con el que se consigue la *terminación* del delito (vgr., el ocasionamiento del perjuicio patrimonial en la estafa), mientras que por motivos político-criminales el momento de la consumación se anticipa al residir en éste un punto nuclear del contenido de injusto del hecho (RG 57, 144 [146]; OLG Stuttgart, Die Justiz 1974, pág. 131) (vid. *infra* § 49 III 3) [82]. También deben ser incluidas aquellas consecuencias del hecho que discurren en el espacio temporal

---

[78] Vid. *Schnorr v. Carolsfeld*, Heinitz-Festschrift págs. 770 ss.

[79] En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid., por ejemplo, *Schönke/Schröder/Eser*, § 9 núm. 6; *LK* (10.ª) (*Tröndle*) § 9 núm. 4; de otra opinión, *Oehler*, Internationales Strafrecht pág. 214; *Martin*, Die Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen pág. 121.

[80] Vid. *Bergmann*, Begehungsort págs. 49 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 11 núm. 16; *SK (Samson)* § 9 núm. 9; *Oehler*, Internationales Strafrecht pág. 218; *LK* (10.ª) (*Tröndle*) § 9 núms. 5 y 12; *Schönke/Schröder/Eser*, § 9 núm. 6.

[81] Para estos casos, aunque dentro de unos márgenes estrechos, el § 153 c II StPO abre la posibilidad de prescindir de la persecución penal.

[82] En contra se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Lackner*, § 9 núm. 2; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 11 núm. 16; *Schönke/Schröder/Eser*, § 9 núm. 6. Acerca de la terminación del delito vid. *Jescheck*, Welzel-Festschrift págs. 685 ss.

existente entre la consumación y la terminación, como sucede por ejemplo con la continuación del resultado en el *delito permanente*. Incluso una *condición objetiva de punibilidad* constituye un resultado típico en el sentido del § 9 I cuando aquélla ha sido causada mediante la acción típica y codetermina el injusto del hecho; así sucede con una infracción cometida bajo los efectos de una intoxicación etílica donde el estado de embriaguez plena ha sido adquirido en el extranjero (§ 323 a) [83]. En los *delitos de peligro concreto* el resultado viene determinado por el advenimiento mismo del riesgo concreto (BayObLG NJW 1957, pág. 1327). El castigo en territorio nacional de los *delitos de peligro abstracto* por el ocasionamiento de este tipo de riesgo no se opone al Derecho internacional, incluso cuando el hecho está permitido en el lugar donde se perpetra la acción [84]. En los *delitos de omisión impropia* el resultado viene determinado por el acaecimiento de la lesión o de la puesta en peligro que el autor debería haber impedido sobre la base de su deber de garante. (OLG Köln NJW 1968, pág. 954). La *tentativa* se entiende cometida en territorio nacional aunque el autor haya actuado en el extranjero, siempre que el resultado hubiera de producirse dentro del país (BGH 4, 333 [335]) y viceversa (RG 30, 98; 41, 35 [47]; 49, 437 [439]; RG HRR 1939 núm. 397).

Ejemplos: Los autores querían introducir café de contrabando en terreno federal procedente de Luxemburgo, aunque abandonaron los sacos en los que lo llevaban al ser descubiertos. El resultado, esto es, la disminución de los recursos aduaneros, debió suceder en territorio nacional (BGH 4, 333 [335]). El establecimiento y funcionamiento de emisoras piratas que funcionan en alta mar y cuyas señales son recibidas en Alemania, caen dentro del poder punitivo alemán de acuerdo con el § 9 I ya que según el art. 2 de la Ley para la prevención de emisiones radiofónicas (etc.) (BGBl. 1969 II pág. 1939) el resultado está constituido por la recepción y, en su caso, perturbación del funcionamiento de las emisiones que tienen lugar en Alemania [85]. El disparo mortal de un guardián del muro sobre la frontera de la República Federal fundamenta el poder punitivo de ésta (BGH 40, 48 [51]).

3. La regulación del lugar de comisión del delito contenida en el § 9 II y relativa a la **participación** se adecua al sentido de la aplicación de la teoría de la ubicuidad, puesto que el hecho principal puede ser entendido como el "resultado" de la acción del partícipe. De acuerdo con ello, la inducción y la complicidad son cometidas tanto en aquel lugar en el que el inductor influye sobre el autor (RG 25, 424 [426 ss.]) o donde el cómplice le apoya (BGH 4, 333 [335]), como allí donde se perpetra el hecho principal, por lo que aquí resultan nuevamente de aplicación las posibilidades que en relación con el lugar del hecho principal están previstas en el § 9 I (lugar de la acción, de la omisión, del acaecimiento del resultado o donde estuviera previsto que éste sucediera) (BGH 20, 89 [90]) [86]. Refiriéndose la participación a un hecho punible según el Derecho alemán pero impune según la normativa extranjera del lugar de comisión, el conjunto del suceso es enjuiciado a pesar de todo según el Derecho nacional debido al carácter punible de la participación. Esta regulación contenida en el § 9 II viene a asumir la actual teoría y práctica

---

[83] Igualmente, *LK* (10.ª) (*Tröndle*) § 9 núm. 6; *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 215 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 9 núm. 7; vid. igualmente en relación con el concurso de delitos las RG 16, 188 (190); 43, 84 ss. En contra, *Kohlrausch/Lange*, System, nota preliminar VI A.

[84] Así, *Martin*, Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen pág. 151.

[85] Vid. *Oehler*, Piratensender págs. 15 ss. El Tribunal Supremo de los Países Bajos adoptó una tesis diversa en su sentencia de 24.1.1984 (Ned Jurisprudentie 1984, pág. 538) en el caso de la emisora pirata "Compañía Naviera Panlieve S.A." que enarbolaba pabellón panameño.

[86] Vid. *Bergmann*, Der Begehungsort págs. 43 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 9 núm. 5; *LK* (10.ª) (*Tröndle*) § 9 núm. 8; *Schröder*, ZStW 61 (1942) pág. 129. Críticos con la extensión del poder punitivo en este punto se muestran *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 267 ss. y *Jung*, JZ 1979, págs. 325 ss.

jurisprudencial (RG 9, 10 [13]; RG JW 1936, pág. 2655; BGH 4, 333 [335]) [87]. De todas formas, el hecho principal debe dirigirse contra un bien jurídico que esté protegido por la correspondiente disposición penal del Derecho alemán, incluso aunque el mismo sea extranjero (vid. *supra* § 18 III 8), de modo que, por ejemplo, la complicidad prestada en Alemania a una infracción de las disposiciones aduaneras cometida en el extranjero no resulta punible (RG 14, 124 [128 ss.]). También debe enjuiciarse como un delito sometido al Derecho alemán la *tentativa* de participación (§ 30) en la que la ejecución del hecho principal se proyecta en el extranjero (RG 37, 45 [47]).

4. Los supuestos de **colaboración** al delito se han de resolver también de acuerdo con la teoría de la ubicuidad que sirve de base al § 9. Y así, para la **coautoría** basta con que uno de los intervinientes haya realizado su aportación al hecho desde territorio nacional (RG 57, 144 [145 ss.]), lo que por cierto debe ser suficiente para fundamentar aquélla (BGH JR 1993, 291: basta con que el del acuerdo haya tenido lugar dentro del país) [88]. En la *autoría mediata* el lugar de comisión del delito es tanto aquel en el que el hombre de atrás actúa sobre su instrumento como allí donde éste actúa, así como, finalmente, el sitio donde acaece o debía acaecer el resultado (RG 10, 420 [422 ss.]; 13, 337 [339]; 39, 258 [263]; 67, 130 [138]) [89].

V. El dolo en Derecho penal internacional

La regulación del ámbito de vigencia del Derecho penal nacional no pertenece a los elementos del tipo legal, sino que corresponde a la **delimitación de la competencia penal estatal** sobre las acciones con trascendencia internacional. Según esto las disposiciones del Derecho penal internacional no son condiciones objetivas de punibilidad vinculadas al tipo, por lo que el autor no necesita haber abarcado con su dolo la aplicabilidad de un Ordenamiento penal determinado (BGH 27, 30 [34]) [90]. Si aquél se equivoca acerca del contenido de injusto del hecho es protegido a través de la entrada en juego del error de prohibición.

VI. Conceptos extrapenales del Derecho penal internacional

1. El concepto de **territorio nacional** se determina conforme a la concepción internacional y jurídico-estatal.

---

[87] Vid. *Bergmann*, Der Begehungsort págs. 45 ss.; *Jescheck*, IRuD 1956, pág. 94; *Schröder*, ZStW 61 (1942) págs. 95 ss. Una crítica a esta solución puede verse en *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 269 ss. y *Jung*, JZ 1979, págs. 325 ss.

[88] Vid. *Dreher/Tröndle*, § 9 núm. 2; *Lackner*, § 9 núm. 2; *LK* (10.ª) (*Tröndle*) § 9 núm. 15; *Schönke/Schröder/Eser*, § 9 núm. 4. Por el contrario, *Oehler*, Internationales Strafrecht pág. 270, estima injustamente que el coautor que actúa exclusivamente en el extranjero no está sometido al poder punitivo alemán.

[89] Vid. *Bergmann*, Der Begehungsort págs. 73 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 9 núm. 4.

[90] Así *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 60 antes del § 3; *Lackner*, § 9 núm. 1; *Nowakowski*, JBl 1972, pág. 21 nota a pie núm. 16; *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núm. 91 antes de los §§ 3-7. Diferenciando según los supuestos *Oehler*, Internationales Strafrecht pág. 552; *Jakobs*, Allg. Teil 5/12 ss. Por el contrario, exige el dolo con carácter general *Germann*, SchwZStr 69 (1954) pág. 243.

En la situación jurídica anterior a la integración de la RDA (art. 1 EV) el territorio nacional estaba constituido sólo por la superficie perteneciente al Estado sobre la que éste ejerce su poder soberano (BGH 30, 1; 32, 293 [297]). Tras la firma en el año 1970 de los Acuerdos del este con la Unión Soviética y Polonia (vid. la 4.ª Ed. de esta obra pág. 163), así como con la sanción en el año 1972 del Tratado básico con la desaparecida RDA (vid. ibídem pág. 171), este concepto *funcional* limitado al ejercicio material del poder punitivo se convirtió en dominante debido a que tenía que conseguirse una aplicación adecuada de las reglas del Derecho penal internacional. Desde la integración de la RDA a la República Federal de Alemania este concepto vuelve a configurarse sin limitaciones. No obstante, el anterior concepto funcional de territorio nacional sigue siendo todavía relevante para el tratamiento de los hechos anteriores cometidos en la RDA (vid. *supra* § 15 IV 8).

Al territorio nacional pertenecen también las aguas interiores (internal waters), el mar territorial (territorial sea) [91], el espacio aéreo existente sobre el terreno estatal hasta el límite del espacio sideral (al respecto vid. *infra* § 18 VI 2 nota a pie núm. 97) y la tierra subterránea que hay debajo de dicho terreno. Los edificios residenciales y de servicios de las delegaciones diplomáticas extranjeras gozan en realidad de privilegios frente al poder punitivo del país anfitrión, pero pertenecen al territorio nacional (RG 57, 368 [369 ss.]) [92]. Para aguas y puentes fronterizos el límite del territorio nacional discurre por el medio de aquéllos (RG 9, 370 [374 y 378]). Lo mismo rige para los lagos interiores (RG 57, 368 [369 ss.]; OLG Köln, NJW 1982, pág. 2740). El zócalo continental no es territorio nacional, aunque sobre la base de la Convention on the Continental Shelf de 29.4.1958 el Estado territorial ejerce allí ciertos derechos soberanos con la finalidad de investigar y explotar sus recursos naturales. Por ello, según el § 9 de la Ley de 24.7.1964 (BGBl. I pág. 497) rige el Derecho penal alemán para los delitos que atenten contra el § 7 de este cuerpo legal [93]. Vid., asimismo, el § 5 núm. 11 (sobre el mismo vid. *supra* § 18 III 3) [94].

Los antiguos territorios alemanes de la zona del este son **territorio extranjero** de acuerdo con el Derecho estatal e internacional. Su cesión fue llevada a cabo con a través del tratado suscrito con la Unión Soviética el 12.8.1970 (BGBl. 1972 II pág. 353) y con Polonia el 7.12.1970 (BGBl. 1972 II pág. 361) (vid. la 4.ª ed. de esta obra pág. 163). Esta situación jurídica ha en-

---

[91] El ejercicio del poder estatal en el mar territorial (sobre su concepto vid. *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 293 ss.) está sometido a ciertas limitaciones que pertenecen sobre todo al derecho de paso pacífico de los barcos de otros Estados; vid. el art. 1 dei Convenio sobre el Mar Territorial y de la Zona Limítrofe de 29.4.1958, Recueil des Traités 516 (1964) núm. 7477. Sobre ello vid. *F. Münch*, WVR Tomo II págs. 388 ss. La extensión del mar territorial es una de las grandes cuestiones objeto de discusión en el Derecho del mar. La Convención sobre el Derecho dei Mar de 10.12.1982 sitúa a aquélla en doce millas marítimas (art. 3). A partir dei 26.3.1985 la República Federal de Alemania ha adelantado sus aguas territoriales en la Bahía alemana hasta la isla de Helgoland delimitando así una especie de "caja", aunque sin asumir con carácter general una ampliación de sus aguas territoriales limitadas a las tres millas marinas (Proclamación de 12.11.1984 BGBl. I pág. 1366). Sobre todo ello vid. en detalle *Gündling*, Ergänzbares Lexikon des Rechts 4/640; *Kokott/Gündling*, ZaöRV 54 (1985) págs. 675 ss.

[92] En relación con esta cuestión vid. *Vogler*, ZStW 92 (1980) págs. 1040 ss.

[93] Vid., para más detalles, *Frowein*, ZaöRV 25 (1965) págs. 1 ss.; *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 305 ss.; *Rozakis*, Continental Shelf, Encyclopedia Tomo I pág. 783; *Klages*, Meeresumweltschutz und Strafrecht págs. 36 ss. Acerca de los puestos aduaneros y los espacios incluidos y excluidos en ellos *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núm. 31 a antes de los §§ 3-7.

[94] En relación con las plataformas petrolíferas y otras instalaciones artificiales sobre el mar *Münch*, Artificial Islands, Encyclopedia Tomo I pág. 268.

contrado su confirmación definitiva a través del art. 1 del Tratado sobre la delimitación definitiva de Alemania de 12.9.1990 (BGBl. II pág. 1318) ("Tratado dos más cuatro").

2. Todas los ámbitos que no son territorio nacional lo son **extranjero** en el sentido del Derecho penal internacional. De este modo, el territorio extranjero no sólo está constituido por las zonas soberanas de los otros Estados sino también por aquellos espacios que no están sometidos a ningún poder punitivo como el alta mar [95], la Antártida [96], el Polo Norte y el espacio sideral [97].

3. El concepto de **"ámbito de vigencia espacial de esta Ley"** que es utilizado a menudo por el StGB [98], comprendía al territorio federal y a Berlín Oeste con anterioridad a la integración de la RDA (art. 1 EV). En la actualidad ya se corresponde con el concepto de territorio nacional (vid. *supra* § 18 IV 1).

4. La **nacionalidad alemana** se determina de acuerdo con la Ley sobre la Ciudadanía del Imperio y del Estado de 22.7.1913 (RGBl. pág. 583), así como por el art. 116 I GG. Extranjero en el sentido del Derecho penal internacional es toda persona que carece de la nacionalidad alemana y, por tanto, también los apátridas (§ 1 de la Ley de Extranjería de 28.4.1965, BGBl. I pág. 353). De conformidad con los Tratados suscritos en el año 1970 con Polonia y la Unión Soviética, también son extranjeros los habitantes de origen alemán de los territorios cedidos del este en tanto que éstos no poseyeran ya jurídicamente la nacionalidad alemana a la fecha de 8.5.1945. No obstante, pueden adquirirla según estipula el art. 116 I GG a través de su acogida por la República Federal (vid. también la BGH 11, 63).

Sobre la condición de alemán en el sentido del hasta ahora concepto funcional de territorio nacional que todavía posee relevancia para el tratamiento de los hechos anteriores cometidos en la RDA vid. la 4.ª ed. de esta obra pág. 172.

VII. Excurso: Derecho penal europeo

Bieber, Die Abkommen von Schengen über den Abbau der Grenzkontrollen, NJW 1994, pág. 294; *Commission of the European Communities* (Ed.), The Legal Protection of the Financial Interests of the Community, 1993; *Dannecker,* Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft, en: *Eser/Huber* (Edrs.) Strafrechtsentwicklung in Europa, Tomo 4/3, 1995, pág. 1965; *Dannecker/Fischer-Fritsch,* Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, 1989; *Grasso,* Comunità europee e diritto penale, 1989; *Jescheck,* Die Strafgewalt übernationaler Gemeinschaften, ZStW 65 (1953) pág. 496; *el mismo,* European Criminal Law in Development, Festschrift für Robert Rie, 1975, pág. 25; *el mismo,* Möglichkeiten und Probleme eines

---

[95] Acerca del principio de libertad marítima vid. el art. 2 núm. 1 del Convenio sobre Alta Mar de 29.4.1958 (BGBl. 1972 II pág. 1091).

[96] Vid. el Tratado sobre la Antártida de 1.12.1959 (Recueil des Traités 402 [1961] núm. 5778 pág. 73); con detenimiento, además, *Wolfrum/Klemm,* Antarctica, Encyclopedia Tomo I pág. 173.

[97] El espacio sideral es una zona carente de soberanía donde no existe posibilidad de apropiación; vid. el art. II del Tratado de 27.1.1967 (BGBl. 1969 II pág. 1969). Según el art. VIII del Tratado, para las aeronaves espaciales rige el Derecho del Estado al que pertenezca el pabellón; fuera de la aeronave la tripulación está sometida al principio activo de personalidad. El límite del espacio sideral está situado por encima de los 80 km sobre la superficie de la tierra, vid. *A. Meyer,* Karanikas-Festschrift pág. 222; *Dausses,* NJW 1973, pág. 176.

[98] Vid. la recopilación realizada en *Schönke/Schröder/Eser,* nota preliminar núm. 32 §§ 3-7. Profundizando en ello *Langrock,* Der besondere Anwendungsbereich págs. 39 ss. Críticamente, *Schroeder,* GA 1968, págs. 353 ss.; *Schroth,* NJW 1981, págs. 500 ss.

europäischen Strafrechts, Festschrift für Jhong-Won Kim, 1991, pág. 947; *Johannes,* Zur Angleichung des Straf-und Strafprozeßrechts in der EWG, ZStW 83 (1971) pág. 540; *Kühl,* Der Einfluß der MRK usw., ZStW 100 (1988) págs. 406, 601; *Mezzetti,* La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea, 1994; *Müller-Rappard/Bassiouni* (Edrs.), European Inter-State Cooperation in Criminal Matters, 2.ª Ed. Tomos I, II, 1991; *Schutte,* The European Marker of 1993: a test for a regional model of supranational criminal justice or of interregional cooperation, en: *Eser/Lagodny* (Edrs.), Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law, 1992, pág. 387; *Sieber,* Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, ZStW 103 (1991) pág. 957; *Tiedemann,* Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1411; *el mismo,* Der Schutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft, NJW 1990, pág. 2226; *el mismo,* Anmerkung zu EuGH vom 21.9.1989, EuZW 1990, pág. 100; *el mismo,* Anmerkung zu EuGH vom 27.10.1992, NJW 1993, pág. 49; *el mismo,* Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht, NJW 1993, pág. 23; *el mismo,* Reform des EG-Sanktionswesens, Festschrift für G. Pfeiffer, 1988, pág. 114; *Vogel,* Die Kompetenz der EG zur Einführung supranationaler Sanktionen, en: *Dannecker* (Ed.), Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EGBereich, 1993, pág. 170; *Vogler,* Zur Tätigkeit des Europarats auf dem Gebiet des Strafrechts, ZStW 79 (1967) pág. 371; *el mismo,* Die strafrechtlichen Konventionen des Europarats, Jura 1992, pág. 586; *Weigend,* Strafrecht durch internationale Vereinbarungen usw., ZStW 105 (1993) S. 774.

1. No existe un Derecho penal europeo en sentido estricto sino tan sólo **aportaciones**[99] al mismo que, no obstante, tienen una gran importancia tras la entrada en vigor del mercado único interior el 1.1.1993 y el establecimiento de la **Unión Europea (UE)** sobre la base del Tratado en la que se constituye la misma (Tratado de Maastricht) de 7.2.1992 (BGBl. II pág. 1253). Los comienzos de un Derecho penal europeo descansan, de un lado, en la actividad del Consejo de Europa en Estrasburgo y, de otro, en los esfuerzos de las Comunidades Europeas (que de acuerdo con el art. A II del Tratado de Maastricht son la base de la UE) para proteger sus intereses, sobre todo de naturaleza financiera, frente a actitudes lesivas de los mismos. El Consejo de Europa, creado en el año 1949, tiene el carácter de una alianza de Derecho internacional entre Estados soberanos. Por este motivo no puede dictar normas jurídicas que posean una eficacia inmediata sobre los Estados miembros, sino tan sólo preparar tratados que requieren la ratificación de aquéllos. Por el contrario, la UE es una integración de Estados que han cedido determinados derechos soberanos a la Comunidad (art. 23 I GG). De ahí que el Consejo Europeo y la Comisión de la UE (como continuación de la actividad de los órganos correspondientes de la CE) pueden crear un Derecho comunitario propio en materia de competencias transferidas a la Comunidad, que también incluya la protección de bienes jurídicos e intereses financieros de la UE. El Derecho penal europeo es, pues, una **materia singular** que contiene tanto Derecho convencional internacional como también Derecho comunitario europeo y, además, Derecho nacional referido a Europa y principios penales comunes a los Estados europeos.

2. En el ámbito del **Consejo de Europa**[100] las aportaciones a un Derecho penal europeo vienen determinadas por la Convención Europea para la protección de los Derechos de la Persona y las Libertades Fundamentales de 4.11.1950 con sus protocolos adicionales, así como los tratados elaborados en el marco del Consejo acerca de la cooperación recíproca de los Estados en la Administración de Justicia penal.

[99] Sobre ello *Jescheck*, Rie-Festschrift págs. 25 ss.; *Grasso*, Comunità europee pág. 22.

[100] Sobre la actividad del Consejo de Europa en el ámbito del Derecho penal *Vogler*, ZStW 79 (1967) pág. 371; *el mismo*, Jura 1992, pág. 586.

a) Para el Derecho penal material es importante sobre todo el art. 3 de la **Convención Europea sobre los Derechos de la Persona** que prohibe la tortura así como las penas inhumanas y degradantes. Además, en el Protocolo Adicional núm. 6 de 28.4.1983 (BGBl. 1988 II pág. 662) se declara lo siguiente: "Queda abolida la pena de muerte". Digno de mención es también el art. 7 que determina con carácter internacional el principio de legalidad. Es importante para la protección efectiva de los derechos de la persona que la Convención haya creado una Comisión y un Tribunal sobre aquéllos, pudiendo conocer la primera de demandas promovidas individualmente (art. 25). Además, ambos órganos han dictado un considerable número de resoluciones relacionadas con el Derecho penal y el Derecho procesal penal de los Estados miembros, y en no pocas ocasiones han comprobado la vulneración de las garantías jurídicas contenidas en la MRK [101].

b) En el marco del Consejo de Europa han sido creados **dieciocho convenios y protocolos** que afectan al Derecho penal y al Derecho procesal penal [102]. De todos modos en su mayoría han sido ratificados sólo por una pequeña parte de los Estados miembros. De ellos, los más importantes son el Convenio Europeo sobre Extradición de 13.12.1957 (BGBl. 1964 II pág. 1371) y el Convenio Europeo de Cooperación Jurídica en Procesos Penales de 20.4.1959 (BGBl. 1964 II pág. 1386) que rigen para casi todos los Estados miembros. Deben mencionarse también la Convención Europea para el Castigo de las Infracciones en materia de Circulación Vial de 1964, la Convención Europea para la Validez Internacional de Sentencias Penales de 1970, la Convención Europea para el Traspaso de Procesos Penales de 1972 y la Convención Europea sobre el Traslado de Personas Condenadas de 1983 (BGBl. 1991 II pág. 1006). Sólo la última de las convenciones mencionadas ha sido ratificada por la República Federal de Alemania. Su vigencia hace posible el traslado de una persona condenada a una pena de prisión a otro país signatario al que el condenado pertenece, para llevar a cabo en este último la ejecución de aquélla y sin necesidad de seguir un procedimiento formal de extradición. Un Protocolo adicional importante para la cooperación europea —especialmente en relación con la doble punibilidad en Derecho penal internacional— del año 1978 (BGBl. 1987 II pág. 59), prevé que los Estados intervinientes se informen recíprocamente a través de consultas sobre su Derecho material y procesal así como sobre su organización judicial en materia de Administración de Justicia penal y el Derecho relativo a la ejecución de penas.

3. La **producción jurídica de la UE** en el terreno penal y administrativo-sancionador está destinado a la protección de bienes jurídicos e intereses financieros de la UE, a través de su trasvase al Derecho nacional penal, contravencional o administrativo de los Estados miembros, o mediante la creación de un Derecho administrativo-sancionador propio de la UE [103]. Por el contrario, la UE **no** posee un **poder punitivo** propio, al igual que tampoco lo tuvieron las Comunidades Europeas. Así pues, no puede dictar ni verdaderas disposiciones penales ni tampoco crear órganos que impongan penas criminales [104].

[101] En profundidad al respecto *Kühl*, ZStW 100 (1988) págs. 406 ss., 601 ss.

[102] Contenidos en la colección *Müller-Rappard/Bassiouni*, European Inter-State Cooperation in Criminal Matters (1991).

[103] Sobre la ello *Jescheck*, Kim-Festschrift págs. 958 ss.; *Sieber*, ZStW 103 (1991) pág. 957; *Tiedemann*, NJW 1993, pág. 23; *Weigend*, ZStW 105 (1993) págs. 778 ss.; *Dannecker*, Strafrecht der EG págs. 1998 ss.

[104] Acerca de la anterior situación jurídica que en este punto ha permanecido invariable, *Johannes*, ZStW 83 (1971) págs. 539 ss.; *Dannecker*, Strafrecht der EG pág. 1990.

a) Los Estados miembros de la UE pueden, en primer lugar, proteger inmediatamente tanto bienes jurídicos propios como pertenecientes a la UE **a través de su propio Derecho nacional ya sea penal o cualquier otro Derecho sancionador**[104a]. Ejemplos de ello en Derecho alemán son las disposiciones penales contra el fraude de subvenciones (§ 264 VI) que también comprende el supuesto en el que se trata de una subvención perteneciente al Derecho de la UE, así como los §§ 67, 69 a) de la Ley sobre el Vino en su redacción de 27.8.1982 (BGBl. I pág. 1196), que también se introducen en la protección penal con las disposiciones de la UE mencionadas en los Anexos I y II de esta Ley. Especialmente importantes son, además, los §§ 56 ss. de la Ley sobre Alimentos y Objetos de Consumo, modificada por la Ley de 25.11.1994 (BGBl. I pág. 3538), que en este ámbito sitúan a las infracciones contra el Derecho de la UE bajo amenaza penal o administrativa cuando, de acuerdo con el § 60 de esta Ley, un reglamento se remite a tales disposiciones penales o administrativas.

b) Los órganos de la UE pueden, por medio de **reglamentos y directivas**, obligar a los Estados miembros a prohibir y sancionar a través de su Derecho nacional aquellas acciones que atenten contra la ordenación del mercado de la Comunidad, a cuyos efectos entran en consideración penas, sanciones pecuniarias impuestas por el Derecho contravencional, así como también sanciones administrativas (multas coercitivas) (por ejemplo, los arts. 13 y 14 de la Directiva núm. 592/89 de 13.11.1989 relativa a operaciones comerciales abusivas). De acuerdo con el principio de fidelidad comunitaria (art. 5 EGV), los Estados miembros están obligados a decretar e imponer sanciones eficaces y proporcionadas para infracciones contrarias a los intereses de la UE (EuGH NJW 1990, pág. 2245) [105]. También deben organizar su Derecho nacional penal, contravencional y administrativo, de tal modo que persigan las infracciones del Derecho comunitario sin consideración a si el autor es nacional o extranjero y con independencia del lugar de comisión del hecho. De ahí que como en Alemania las sanciones pecuniarias están previstas de acuerdo con el régimen jurídico establecido por la OWiG, el principio de territorialidad vigente para las mismas (§ 5 OWiG) tiene que ser ampliado.

c) Además, las normas jurídicas de la UE pueden **remitirse** a los tipos penales nacionales extendiéndose así de modo inmediato la protección a los bienes jurídicos afectados por la remisión. Este tipo de remisiones al Derecho penal de los Estados miembros se contienen, por ejemplo, en el art. 27 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea del año 1957 (perjurio cometido por un testigo o perito) y el art. 194 II del Tratado constitutivo de la Comunidad Atómica Europea de 1957 (infracción de disposiciones relativas a secretos).

d) Si bien la UE no posee un poder punitivo criminal propio, sí dispone en cambio, aunque dentro de estrechos márgenes, de un **poder sancionador pecuniario** propio. Éste se contiene en diversas disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero de 1951 [106]. En el Tratado fundacional de la Comunidad Económica Europea (EWG) de 1957 esta atribución fue restringida de forma mucho más estrecha, lo que evidencia que los Estados miembros no son especialmente proclives a traspasar competencias sancionadoras a las autoridades europeas. Una autorización para la imposición de sanciones pecuniarias se contiene

---

[104a] Sobre la legislación correspondiente de distintos Estados miembros *Mezzetti*, La tutela págs. 19 ss.

[105] Al respecto *Tiedemann*, NJW 1990, pág. 2226; mostrándose crítico sobre la cuestión *Schutte*, The European Market págs. 395 ss.

[106] En relación con este tema *Jescheck*, ZStW 65 (1953) pág. 502. Extensamente sobre la competencia sancionadora de carácter pecuniario de la Comunidad Europea *Dannecker*, Strafrecht der EG págs. 2047 ss.

sólo en el art. 87 en conexión con los arts. 85 y 86, todos ellos del Tratado CEE (infracciones contra la prohibición de cárteles). Sobre la base de esta disposición se ha promulgado el Reglamento núm. 17 del Consejo de la CEE en cuyo art. 15 atribuye a la Comisión la competencia para imponer a los Estados, empresas e, incluso, a los particulares, sanciones pecuniarias para determinadas violaciones de la libre competencia. Tales decisiones no son, tal y como expresamente subraya el art. 15 IV del Reglamento núm. 17, de naturaleza jurídico-penal. Ha habido repetidas condenas por parte de la Comisión como, por ejemplo, la recaída sobre el cártel "Chinin" de ámbito internacional a través de una decisión del año 1969 [107] que ha sido confirmada por el Tribunal Europeo de Justicia [108]. Además, un poder sancionador propio de la CE en materia agraria y de pesca ha sido fundamentado, por lo demás de forma seguramente ilegal, sobre los arts. 40 III, 43 II y 172 EGV [109]. En este ámbito han sido aplicadas, asimismo, sanciones administrativas frente a beneficiarios de ayudas financieras que han suministrado datos falsos para su obtención (por ejemplo, disminución de las ayudas, obligación de devolverlas con recargo, exclusión de las mismas) [110]. Como de todo ello puede deducirse que la UE reforzará en un futuro la imposición de sanciones propias, se plantea la labor de desarrollar las reglas comunes de la Parte General (principio de legalidad [111], de culpabilidad, error, causas de justificación y de exculpación, autoría y participación, responsabilidad de las empresas) procedentes de los Ordenamientos penales de los Estados miembros, sobre las que puedan apoyarse los órganos de la UE en el ejercicio de su actividad sancionadora [112].

e) Un poder punitivo criminal o administrativo-sancionador más amplio de la UE que, en sí mismo, sería deseable político-criminalmente, únicamente podría ser creado a través de una **ampliación del Tratado de la CE**. Medidas declarativas o ejecutivas que tan sólo poseen una naturaleza jurídico-administrativa tales como obligaciones pecuniarias de devolución, exigibilidad de intereses y recargos, ya pertenecen a la competencia de la UE. Por el contrario, la introducción de sanciones represivas que vayan más lejos, requiere la legitimación democrática a través de la ratificación de un tratado complementario por parte de los Estados miembros [113]. La nueva regulación debería limitarse a la protección de los bienes jurídicos de la UE, respetando el principio de determinación, culpabilidad y el de proporcionalidad entre el hecho y la reacción para las sanciones.

f) **Tampoco el Tratado de Maastricht** contiene una ampliación de las competencias en la imposición de sanciones represivas. Como "asuntos de interés común" son mencionados en el art. K1 los siguientes: la lucha contra comportamientos fraudulentos a escala internacional (núm. 5), la cooperación judicial en asuntos penales (núm. 7), la cooperación en materia aduanera (núm.

---

[107] Decisión de la Comisión de fecha 16.7.1969, Boletín Oficial de la Comunidad Europea 1969 L 192/5.

[108] EuGH, EuR 1971, pág. 41.

[109] EuGH NJW 1993, pág. 47 con comentario de *Tiedemann*, así como *Tiedemann*, Pfeiffer-Festschrift págs. 114 ss. En contra, con razón, *Sieber*, ZStW 103 (1991) pág. 972; *Vogel*, Die Kompetenz der EG págs. 180 ss.

[110] Vid. *Heine*, Community Penalties usw, en: Commission of the European Communities, The Legal Protection pág. 21; *Grasso*, A New Approach to Community Administrative Penalties, ibídem pág. 31.

[111] Sobre la prohibición de la analogía *Dannecker/Fischer-Fritsch*, Das EG-Kartellrecht págs. 345 ss.

[112] Al respecto *Tiedemann*, Jescheck-Festschrift Tomo II págs. 1411 ss.

[113] Así, *Oehler*, Jescheck-Festschrift Tomo II págs. 1407 ss.; *Sieber*, ZStW 103 (1991) págs. 969 ss.; *Vogel*, Die Kompetenz der EG pág. 184.

8), la cooperación policial en la prevención del terrorismo, del tráfico ilegal de drogas y otras formas graves de delincuencia internacional...en conexión con la organización, a nivel de la Unión, de un sistema de intercambio de informaciones en el marco de una Oficina Europea de Policía (Europol) (núm. 9) [114]. Para ello, de acuerdo con el art. K3 I, los Estados miembros deberán llevar a cabo «una cooperación entre sus instituciones administrativas competentes». Según el art. K3 II b el Consejo puede adoptar medidas conjuntas en la medida en que los objetivos de la Unión puedan alcanzarse más fácilmente por medio de una acción común. En relación con el marco de la colaboración jurídica y oficial, estas disposiciones del Tratado de Maastricht no van más allá. El propio art. 209a introducido en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea por el Tratado de Maastricht, afirma sencillamente que los Estados miembros, para luchar contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad, adoptarán las mismas medidas que las que ellos mismos determinen para la protección de los intereses financieros que les son propios [115]. De este modo, la UE no recibe un poder sancionador propio.

§ 19 El ámbito de vigencia personal

Ahrens, Immunität von Abgeordneten, 1970; *Beling*, Die strafrechtliche Behandlung der Exterritorialität, 1896; *Bloy*, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs-und Strafaufhebungsgründe, 1976; *Bockelmann*, Die Unverfolgbarkeit der Abgeordneten nach deutschem Immunitätsrecht, 1951; *Dahm*, Völkerrechtliche Grenzen der inländischen Gerichtsbarkeit, Festschrift für A. Nikisch, 1958, pág. 153; *Graul*, Immunitätsschutz für Regierungsmitglieder? NJW 1991, pág. 1717; *Heydlauf*, Die Praxis des Bundestages in Immunitätsangelegenheiten, Diss. Freiburg 1974; *Jakobs*, Anmerkung zu OLG Düsseldorf, NStZ 1987, pág. 87; *Jekewitz*, Freiheitsentzug und Abgeordnetenmandat, GA 1981, pág. 433; *Hilde Kaufmann*, Strafanspruch, Strafklagrecht, 1968; *Oehler*, Anmerkung zu BGH 28, 96, JR 1980, pág. 126; *el mismo*, Souveränität der Staaten und kriminalpolitische Tendenzen, en: *Bundeskriminalamt* (Ed.), Internationale Verbrechensbekämpfung, 1985, pág. 117; *Ranft*, Staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit und Immunität der parlamentarischen Abgeordneten, ZRP 1981, pág. 271; *Rinck*, Die Indemnität der Abgeordneten im Bundesstaat des Bonner Grundgesetzes, JZ 1961, pág. 248; *Rüping*, Die völkerrechtliche Immunität im Strafverfahren, Festschrift für Th. Kleinknecht, 1985, pág. 397; *Rumpf*, Das Recht der Truppenstationierung in der Bundesrepublik, 1969; *Schmoller*, Anmerkung zu österr. OGH, JBl 1989, pág. 245; *Schwenk*, Die strafprozessualen Bestimmungen des NATO-Truppenstatus usw., NJW 1963, pág. 1425; *Verosta*, Exterritorialität, WVR, Tomo I, pág. 499; *Vogler*, Immunität, Exterritorialität und Asylrecht im internationalen Strafrecht, ZStW 92 (1980) pág. 1021; *Wengler*, Völkerrecht, Tomo II, 1964; *Witzsch*, Deutsche Strafgerichsbarkeit über die Mitglieder der US-Straeitskräfte, 1970.

I. El concepto de ámbito de vigencia personal del Derecho penal alemán

Las disposiciones sobre el ámbito de vigencia *internacional* del Derecho penal alemán regulan la cuestión relativa a si también cae bajo la órbita del poder punitivo germano un hecho cuyo autor es extranjero, cuando es cometido fuera del país o cuando muestra cualquier otro tipo de conexión internacional. Por el contrario, en el ámbito de vigencia *personal* se trata de que determinadas **categorías de personas** pueden quedar **sustraídas del poder punitivo alemán**

---

[114] En torno al significado del Acuerdo de Schengen de 14.6.1985 (BAnz. NÚM. 217 s de 23.11.1990) para la cooperación fronteriza policial, *Bieber*, NJW 1994, pág. 294.

[115] Sobre esto vid. *de Moor*, Maastricht: The Third Pillar usw., en: Commission of the European Communities, The Legal Protection págs. 262 ss.

de forma permanente o temporal de acuerdo con el Derecho constitucional e internacional, a pesar de que los hechos a enjuiciar considerados en sí mismos estén sometidos a dicho poder punitivo. Estos casos están configurados en Derecho alemán como causas personales de exclusión de la pena (vid. *infra* § 52 II 1). En el tema del ámbito de vigencia personal hay que distinguir si la exclusión de la soberanía alemana se refiere al poder punitivo o a la jurisdicción penal. En el primer supuesto se trata de un problema del Derecho material y en el segundo de una cuestión de Derecho procesal penal.

II. Inviolabilidad e inmunidad según el Derecho constitucional

1. El emperador alemán y los príncipes de la confederación estaban sustraídos hasta el año 1918, en parte por el Derecho constitucional y en parte también por el Derecho consuetudinario, al poder punitivo alemán [1]. La proposición "princeps legibus solutus est" (Dig. 1, 3, 31) no alcanzaba, sin embargo, al núcleo de la cuestión puesto que también el monarca debía obediencia a las leyes pero no estaba sometido a la *coacción penal*. Por el contrario, el **Presidente federal** está sujeto al poder punitivo alemán y sólo disfruta de la misma inmunidad que los diputados del Parlamento Federal (art. 60 IV en conexión con el art. 46 II-IV GG).

2. En relación con los *diputados* es necesario distinguir entre **inviolabilidad** e **inmunidad**. Según el § 36 a los miembros del Parlamento Federal (*Bundestag*), de la Asamblea Federal (*Bundesversammlung*) (art. 54 GG) o de los órganos legislativos de los *Länder* (parlamentos regionales y asambleas ciudadanas de ciudades libres), fuera de sus propias cámaras, en ningún momento les puede ser exigida responsabilidad a causa de los votos y expresiones manifestadas en los órganos colegiados mencionados o en sus comisiones *(inviolabilidad)*. De este modo se expresa la exclusión permanente de su responsabilidad penal [2]. Las afirmaciones realizadas en los grupos parlamentarios y sus comités de trabajo se equiparan a estos efectos en tanto que se encuentren relacionadas con la actividad parlamentaria de los diputados [3]; no sucede lo mismo, sin embargo, en relación con las opiniones manifestadas durante los mítines electorales (LG Koblenz NJW 1961, pág. 125) y en las conferencias de prensa (österr. OGH JBl 1989, págs. 245 ss. con comentario de *Schmoller*). Para diputados que simultáneamente ostentan la condición de ministros, la solución depende de si se han pronunciado como miembros del Gobierno o como representantes del partido político [4]. La exclusión de responsabilidad no rige en cambio para injurias difamatorias (§§ 90 III, 103, 187, 187 a II, 189); en esta medida, pues, los diputados pueden ser perseguidos penalmente. La razón interna del privilegio radica en la protección del discurso parlamentario y en la libertad de voto; por ello, el diputado no puede renunciar a su inviolabilidad [5]. La inviolabilidad constituye, en tanto que resulte aplicable el Derecho penal, una *causa*

---

[1] Con más detalle *Binding*, Handbuch págs. 667 ss.

[2] La cuestión referente a otro tipo de responsabilidad (civil o disciplinaria) se determina conforme al art. 46 I GG y las constituciones de los *Länder*.

[3] Así, coincidiendo con el art. 37 de la Constitución de Baden-Württemberg *Maunz/Dürig*, art. 46 núm. 16 y *LK* (10.ª) (*Tröndle*) § 36 núm. 9; de otra opinión, *Schönke/Schröder/Eser*, § 36 núm. 4.

[4] *Maunz/Dürig*, art. 46 núm. 8 en conexión con el art. 43 núm. 25. Para *Graul*, NJW 1991, pág. 1791, los miembros del Gobierno también se expresan por regla general como diputados, lo que quizá resulta adecuado a una democracia parlamentaria.

[5] *Rinck*, JZ 1961, pág. 251.

personal de exclusión de la pena (vid. *infra* § 52 II 1) [6]. Ello trae por consecuencia la punibilidad de quien colabora al hecho sin poseer la condición de diputado.

Por el contrario, la *inmunidad* de los diputados federales (art. 46 II-IV GG) es un *impedimento procesal* (en relación con el procedimiento vid. núms. 191-192 a RiStBV) [7]. Para los parlamentarios de los *Länder* rigen disposiciones similares, aunque en parte también diversas, de acuerdo con el Derecho territorial correspondiente; estas últimas normas vinculan también, según dispone el § 152 a StPO, a los órganos de la Federación a los de los restantes *Länder* (por ejemplo, art. 38 de la Constitución de Baden-Württemberg) [8]. La inmunidad de los diputados es un privilegio *parlamentario*; de ahí que la posibilidad de persecución en contra de aquéllos renazca con la terminación de su mandato.

3. Según el § 37 los **informes auténticos** (ya sean de tipo público o privado) relativos a las sesiones del Parlamento Federal o de un órgano legislativo de un *Land* o de sus comisiones, están igualmente libres de responsabilidad penal [9]. La naturaleza jurídica de esta clase de inviolabilidad es discutida. De acuerdo con un sector de opinión debe tratarse de una *causa de justificación* [10]. Sin embargo, no existe ningún motivo para clasificar la dispensa de los informes parlamentarios por encima de la inmunidad misma de los diputados. Lo correcto es, pues, aceptar que estamos ante una *causa de exclusión de la pena* que desde luego no es personal, esto es, no se limita a los ponentes sino que despliega efectos objetivos (no existe participación punible) [11].

III. Privilegios de Derecho internacional

1. Se encuentran sustraídas a la **jurisdicción alemana** aquellas personas que gozan del privilegio de la **extraterritorialidad**.

a) Según lo previsto en el art. 18 GVG aquéllas son, en primer lugar, los miembros de las **misiones diplomáticas** afincadas en territorio de la República Federal de Alemania, los miembros de su familia, así como los no nacionales que integran su servicio doméstico a tenor de lo

---

[6] En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Maunz/Dürig*, art. 46 núm. 22; *Schönke/Schröder/Eser*, § 36 núm. 1; *Hilde Kaufmann*, Strafanspruch pág. 156. Igualmente, StaatsGH Bremen MDR 1968, pág. 24. En cambio, *Jakobs*, Allg. Teil 10/15 ve en la inviolabilidad una "condición referida a roles sociales que excluyen el injusto o la tipicidad penal", lo que conduce a la impunidad del partícipe que, por ejemplo, actúa como "escritor fantasma" del diputado.

[7] Esta postura constituye doctrina dominante; vid. *Bockelmann*, Die Unverfolgbarkeit pág. 28; *Schönke/Schröder/Eser*, § 36 núm. 2; *SK (Samson)* § 36 núm. 5; asumen una visión diferenciadora *Hilde Kaufmann*, Strafanspruch págs. 156 ss.; *Bloy*, Dogmatische Bedeutung págs. 81 ss. Vid., además, *Heydlauf*, Die Praxis des bundestages in Immunitätsangelegenheiten, 1974; *Ranft*, ZRP 1981, págs. 271 ss.; *Jekewitz*, GA 1981, págs. 433 ss.

[8] Sobre ello *Dreher/Tröndle*, § 36 núm. 2 con referencias adicionales.

[9] Se derivan asimismo otras consecuencias adicionales según el art. 42 III GG y de las constituciones regionales.

[10] Así, OLG Braunschweig NJW 1953, pág. 516 (517); *Dreher/Tröndle*, § 37 núm. 1; *Jakobs*, Allg. Teil 16/30; *Maunz/Dürig*, art. 42 núm. 36; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Bes. Teil I § 26 núm. 3; *Kohlrausch/Lange*, § 12 comentario III; *Roxin*, Allg. Teil I § 23 núm. 14; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 315; *SK (Samson)* § 37 núm. 3.

[11] Así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 74; *Lackner*, § 37 núm. 1; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 37 núm. 1.

dispuesto en el Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18.4.1961 (BGBl. 1964 II pág. 957). Lo mismo rige de acuerdo con el § 19 GVG para los miembros de las **representaciones consulares**, incluidos los cónsules honorarios, de conformidad con el Convenio de Viena sobre relaciones consulares de 24.4.1963 (BGBl. 1969 II pág. 1585) [12]. Los miembros de las misiones diplomáticas y las personas asimiladas a ellos disfrutan, por mandato de los arts. 31 ss. de la Convención citada en primer lugar, de una exención completa de la jurisdicción penal del país anfitrión; por el contrario, según estipula el art. 43 del Convenio de 1963, los miembros de las representaciones consulares sólo lo están por las acciones cometidas en el cumplimiento de sus misiones consulares (BayObLG NJW 1974, pág. 431).

b) El § 20 GVG dispone que el privilegio rige también para **otras personas** que se encuentren sustraídas a la jurisdicción alemana, de acuerdo con las reglas generales del Derecho internacional, los convenios internacionales que Alemania suscriba o cualesquiera otras normas aplicables [13]. A esta categoría pertenecen los jefes de Estado extranjeros (en sus visitas están también incluidos los familiares que les acompañan y su séquito), diplomáticos en tránsito que están acreditados en otros Estados, representantes de países extranjeros en conferencias políticas internacionales, representantes de los Estados en organizaciones internacionales, funcionarios de alto rango de las mismas, miembros de los contingentes militares extranjeros (con autorización del Gobierno para la estancia temporal en territorio nacional), las tripulaciones de barcos de guerra y aviones militares extranjeros en la medida en que se encuentren a bordo de los mismos o en tierra en recintos cerrados, así como embajadores acreditados especialmente (BGH 32, 275 [287 ss.]; OLG Düsseldorf NStZ 1987, pág. 87 con comentario de *Jakobs*).

c) También las **tropas extranjeras** asentadas en Alemania están básicamente sustraídas a la jurisdicción penal alemana. En realidad, a tenor de lo dispuesto en el art. VIII del Estatuto de las Tropas de la OTAN de 19.6.1951 (BGBl. 1961 II págs. 1183, 1190), la jurisdicción se encuentra repartida entre el país que las envía y el que las recibe, y le correspondería a la República Federal la preferencia en el ejercicio de tal jurisdicción conforme al art. VII apartado 3b de dicho texto. No obstante lo anterior, en virtud del art. 19 del Acuerdo Adicional del Estatuto de las Tropas de la OTAN de 3.8.1959 (BGBl. 1961 II págs. 1183, 1218), la República Federal ha renunciado con carácter *general* a este privilegio a petición de los países remitentes (vid. también *supra* § 18 I 3) [14]. Un soldado que ya no pertenezca a las tropas mencionadas, puede ser perseguido penalmente por las autoridades alemanas por un hecho cometido durante el tiempo de su estancia como militar de tales contingentes, siempre que regrese como persona particular (BGH 28, 96 con comentario de *Oehler*, JR 1980, pág. 126).

---

[12] Vid. al respecto la Circular del Ministro Federal de Interior de 14.3.1975 sobre "Diplomáticos y otras personas aforadas", reproducida por *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, § 18 GVG núms. 11 ss.; además, *Vogler*, ZStW 92 (1980) págs. 1029 ss.

[13] Acerca de este tema vid. *Verosta*, WVR Tomo I págs. 499 ss.; *Löwe/Rosemberg (Schäfer)* § 18 GVG núm. 5; en relación con "cualesquiera otras normas aplicables" vid. *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, § 20 GVG núm. 4.

[14] Más detalladamente *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, § 18 GVG núm. 8; *Rumpf*, Truppenstationierung págs. 17 ss.; *Schwenk*, NJW 1963, págs. 1425 ss.; *Witzsch*, Deutsche Strafgerichtsbarkeit über die Mitglieder der US-Streitkräfte, 1970. Acerca de la regulación insatisfactoria de los familiares que acompañan a los soldados americanos vid. *Oehler*, Internationale Verbrechensbekämpfung pág. 120.

2. La prerrogativa de extraterritorialidad de la que gozan las personas referidas ha sido interpretada por algunos autores como una excepción jurídico-material en el sentido de una causa personal de exclusión de la pena [15]. Pero es preferible la **tesis jurídico-procesal** [16] puesto que sólo ella se corresponde con el tenor literal de los §§ 18-20 GVG y explica más satisfactoriamente el renacimiento del poder punitivo por parte del Estado destinatario a través de la renuncia a la preferencia en la jurisdicción por parte del Estado remitente. La *duración de la exención* es distinta en cada una de las categorías de personas que disfrutan del privilegio de la extraterritorialidad. En algunas subsiste sólo en tanto que también lo haga el estatuto que sirve de fundamento para el privilegio, mientras que en otras perdura hasta que el Estado legitimado renuncia a la exclusión. Para las acciones cometidas en el ejercicio de actividades oficiales la inmunidad permanece incluso con posterioridad a la terminación del estatuto que sirve de base al privilegio (art. 39 de la Convención de Viena sobre Derecho Diplomático y art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho Consular), lo que sin embargo no sucede en caso de perpetración de delitos comunes (OLG Düsseldorf NStZ 1987, pág. 87).

§ 20 El ámbito de vigencia interalemán

v. Bar, Das internationale Privat und Strafrecht, 1869; *Böckenförde*, Die Rechtsauffassung im kommunistischen Staat, 1967; *Eser*, Deutsche Einheit: Übergangsprobleme im Strafrecht, ZStW 103 (1991) pág. 851; *Kohler*, Internationales Strafrecht, 1917; *Krey*, Zum innerdeutschen Strafanwendungsrecht, Diss. Bochum 1969; *Mattil*, Zur Problematik des internationalen Strafrechts, GA 1958, pág. 142; *Müller*, Erfahrungen und Gedanken zum deutschen Strafrecht aus der Sicht der neuen Bundesländer, ZStW 103 (1991) pág. 883; *Nowakowski*, Anwendung des inländischen Strafrechts und außerstrafrechtliche Rechtssätze, JZ 1971, pág. 635; *Oehler*, Internationales Strafrecht, 2.ª ed., 1983; *Rittler*, Zur Abgrenzung der Geltungsgebiete des gemeindeutschen und partikulär-österreichischen Strafrechts, ZStW 62 (1944) pág. 65; *Rumpf*, Die deutsche Staatsangehörigkeit nach dem Grundvertrag, ZRP 1974, pág. 201; *Schneider*, Die Regelungen über das materielle Strafrecht im Einigungsvertrag, MDR 1990, pág. 1049; *Schröder*, Der Geltungsbereich der Teilstrafrechte im Deutschen Reich, DR 1942, pág. 115; *v. Weber*, Das interlokale Strafrecht, DStr 1940, pág. 182; *el mismo*, Interlokales Strafrecht, Festschrift für E. Kohlrausch, 1944, pág. 120.

I. Concepto, vigencia y puntos de conexión del Derecho penal interlocal

1. Mientras que el Derecho penal internacional delimita la extensión del poder punitivo del propio Estado en relación con los demás países, el **Derecho penal interlocal** regula la cuestión de la Ley penal aplicable cuando en diferentes territorios del mismo Estado en los que es ejercido el mismo poder punitivo, rigen leyes penales diversas que concurren al enjuiciamiento del hecho. Este es el caso en el que, por ejemplo, en el lugar del delito rige una Ley penal distin-

---

[15] Así, *v. Hippel*, Tomo II pág. 82; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 137; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 11 núm. 43; *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núm. 42, antes de los §§ 3-7; *Welzel*, Lehrbuch pág. 59; *AK (Lemke)* nota preliminar núm. 39 antes del § 3; *Bloy*, Die dogmatische Bedeutung págs. 50 ss. con referencias adicionales.

[16] En este sentido se pronuncia la jurisprudencia: RG 52, 167; BGH 14, 137 (139); 21, 29; 28, 96 (98); 32, 275 (276); 33, 97. Vid., además, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 70; *Beling*, Exterritorialität pág. 117; *Binding*, Handbuch pág. 686; *Dahm*, Nikisch-Festschrift pág. 168; *Jakobs*, Allg. Teil 10/13; *LK* (10.ª) (*Tröndle*) nota preliminar núm. 74 antes del § 3; *Löwe/Rosenberg (Schäfer)* § 18 GVG núm. 6; *Rüping*, Kleinknecht-Festschrift pág. 406; *Wengler*, Völkerrecht Tomo II pág. 955.

ta al lugar del domicilio del autor o al sitio donde se encuentra emplazado el tribunal competente para su enjuiciamiento. A diferencia, pues, del Derecho penal internacional, el Derecho penal interlocal es un verdadero *Derecho de colisión:* determina la Ley particular vigente (perteneciente al Derecho federal o al territorial) cuando el procedimiento penal muestra puntos de conexión en relación con varios ordenamientos dentro del mismo territorio soberano [1].

2. El Derecho penal interlocal no se encuentra regulado legalmente sino que rige como **Derecho consuetudinario** en virtud de su uso por los tribunales durante más de cien años [2] y de su reconocimiento generalizado por la literatura [3]. Anteriormente surgieron asimismo dudas acerca de una cuestión práctica de la mayor importancia, como era el hecho de si los principios del Derecho penal interlocal serían también aplicables por parte de los tribunales de la República Federal a los hechos que fueron cometidos en la zona de la RDA o si, por el contrario, lo serían el Derecho penal internacional ante la ausencia de un poder punitivo común a las dos Alemanias. Tras la integración de la desaparecida RDA a la República Federal son aplicables los principios del Derecho penal interlocal a la vista de las reservas jurídico-penales formuladas por ambas partes (vid. *infra* § 20 III).

3. El punto de conexión decisivo del Derecho penal interlocal es el **principio del lugar de comisión del hecho** (RG 74, 219 [220]; 75, 104 [107]; BGH 7, 53 [55]; BGH NJW 1960, pág. 305), con lo que el lugar del delito se determina de acuerdo con las reglas del § 9 (vid. *supra* § 18 IV) y aplicando la normativa más rigurosa para el caso de que concurran varios sitios en los que se perpetró la infracción. Este principio señala que una acción es enjuiciada según el Derecho penal vigente en el lugar de su comisión, pudiendo ser incluso un Derecho extraño para el tribunal competente. Rigiendo en aquél un Derecho distinto al lugar del domicilio del autor es aplicable este último en la medida en que resulte más riguroso, puesto que en este caso no parece infundado hacer responder al delincuente de acuerdo con el Derecho de su lugar de procedencia **(principio del domicilio)**. Además, ello sólo rige cuando el domicilio del autor aparece ligado al Derecho territorial tal y como admite el art. 2 núm. 1 EGStGB [4].

Ejemplos: En el año 1949 una mujer había cometido varios abortos en Thüringen y fue enjuiciada por ello en el año 1952 en Dortmund. Aquí resultó aplicable la Ley territorial vigente en Thüringen de 18.12.1947 en la que la pena de presidio sólo podía ser impuesta cuando concurría la profesionalidad (BGH NJW 1952, pág. 1146). A un homicidio cometido en la RDA se le aplicó asimismo el Derecho del lugar por ser más severo (BGH GA 1961, pág. 24). Quien poseyendo domicilio en Baviera e infringiendo el Derecho allí vigente vende cerveza de fabricación bávara en Hessen, será castigado de acuerdo con el Derecho bávaro si éste abarca al hecho cometido en Hessen.

---

[1] *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núm. 47 antes de los §§ 3-7; disiente de modo parcial *Jakobs*, Allg. Teil 5/27.

[2] La primera sentencia sobre esta materia fue la del Tribunal Supremo prusiano GA 1868, pág. 141. Vid., además, RG 74, 219 (220); BGH 7, 54 (55); BGH NJW 1960, pág. 305.

[3] Vid. *Kohler*, Internationales Strafrecht pág. 223; *v. Weber*, DStr 1940, pág. 182; *Schröder*, DR 1942, pág. 1115; *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 81 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 11 núm. 48; *Kohlrausch/Lange*, nota preliminar III antes de los §§ 3-7; *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núm. 51 antes de los §§ 3-7; *SK (Samson)* § 3 núms. 15 ss.

[4] Así, *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núm. 54 antes de los §§ 3-7; *Kohlrausch/Lange*, nota preliminar III B 3 antes del § 3. No obstante, la doctrina mayoritaria se muestra contraria a la aplicación del Derecho vigente en el domicilio del autor; vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 81 ss.; *Blei*, Allg. Teil pág. 49; *Wessels*, Allg. Teil núm. 76; *Jakobs*, Allg. Teil 5/27; *LK* (10.ª) (*Tröndle*) nota preliminar 91 antes del § 3; *SK (Samson)* § 3 núm. 17.

Los principios del lugar de comisión del hecho y del domicilio son completados con el **principio de la lex fori**. El Derecho vigente en el partido judicial donde tiene su sede el tribunal competente es aplicado a delitos en los que, de acuerdo con el Derecho penal internacional de los §§ 5 y 6, sea aplicable el Derecho propio sin consideración al del lugar de perpetración de la infracción, así como cuando este último contradice principios indispensables de la lex fori (limitación a través del *ordre public*).

Ejemplos: Un anterior habitante de la República Federal fue castigado a causa de un hecho cometido en Berlín-Este en virtud del § 100 d II en su redacción anterior (traición a la patria), a pesar de que en el lugar del hecho la seguridad del Estado de la República Federal no estaba protegida en ese momento (BGH 10, 163). Un asesinato cometido en la RDA fue enjuiciado en la República Federal de acuerdo con la redacción del § 211 vigente en la primera de ellas (incorrectamente OGH 2, 337 [339]); no obstante, la pena de muerte entonces imperante en el lugar del delito fue sustituida por la de presidio perpetuo que regía para el asesinato en la RFA, porque la derogación de la pena de muerte por el art. 102 GG pertenece al *ordre public* de la República Federal (BGH GA 1961, pág. 25).

Pero en los casos en los que se recurre al "ordre public" en el fondo ya se han franqueado los límites del Derecho penal interlocal, porque este último parte de la aceptación de que en los distintos ámbitos se ejerce el mismo poder punitivo, de que se quieren proteger recíprocamente y de que poseen las mismas concepciones jurídicas básicas [5].

II. El desarrollo del Derecho penal interlocal y su aplicación en la República Federal antes de la integración de la RDA

1. La historia del Derecho penal interlocal [6] comenzó cuando tras la ampliación de Prusia en 1866 estuvieron vigentes de modo simultáneo distintos ordenamientos penales, a pesar de que el Estado constituía una sola unidad. Por el contrario, hasta el año 1918 en la Federación del Norte y en el Imperio Alemán ya fue aplicado el Derecho penal internacional a las relaciones entre los distintos Estados federales, puesto que entre las partes integrantes había subsistido un fuerte nacionalismo [7]. Lo mismo sucedió, incluso, en la República de Weimar a pesar de que ésta estaba fuertemente impregnada por la tendencia hacia la unidad del Estado [8]. Con la incorporación de Austria en 1938 al Imperio Alemán y la subsistencia, a pesar de ello, del StGB austríaco, se emplearon nuevamente los principios del Derecho penal interlocal dado que se trataba de un "Derecho imperial con delimitación local" [9].

2. Asimismo, en la actualidad el Derecho penal interlocal debe ser decisivo en la República Federal cuando se trate de **Derecho federal parcial** que, de acuerdo con el art. 125 GG, sigue rigiendo como Derecho federal en zonas de la República, ya que aquí se observa por parte de los *Länder* el poder punitivo unitario de la Federación (BGH 4, 396 [399]).

Ejemplo: Las disposiciones de la Ley del impuesto sobre la cerveza, que en Baviera están configuradas de un modo distinto al resto del territorio federal, deben ser aplicadas a un hecho cometido en dicho *Land*

---

[5] Vid. *Mattil*, GA 1958, págs. 148 ss.

[6] Para más detalles vid. *v. Weber*, Kohlrausch-Festschrift págs. 120 ss.; *D. Schultz*, JR 1968, págs. 42 ss.

[7] Vid. *v. Bar*, Internat. Privat-u. Strafrecht págs. 70 ss.; RG 1, 219 (222); 32, 57 (59). Vid. también la RG 50, 20 (22) relativa al ámbito de protección del Derecho regional.

[8] *v. Hippel*, Tomo II pág. 73; *Frank*, § 5 anotación V 2.

[9] Vid. *Rittler*, ZStW 62 (1944) pág. 65 nota a pie núm. 1.

aún cuando aquél no resulte punible según la normativa vigente en el lugar donde tenga su sede el tribunal correspondiente (BGH 11, 365 [366]).

Pero también sucede lo mismo para el **Derecho territorial puro**, pues éste descansa sobre la autorización del legislador federal contenida en el art. 74 núm. 1 GG y en los arts. 2, 3, y 4 II-V EGStGB (vid. *supra* § 13 I 2) [10].

III. Las relaciones entre el Derecho penal de la República Federal y el Derecho penal todavía vigente de la desaparecida RDA

1. De acuerdo con el art. 315 I EGStGB en conexión con el § 2 III, para el **tratamiento** penal de los **hechos cometidos anteriormente en la RDA**, esto es, los delitos perpetrados **con anterioridad a la entrada en vigor de la integración** el 3.10.1990, resulta aplicable la Ley más favorable cuya averiguación discurre entre el Derecho penal de la RDA vigente en el momento de la comisión del hecho y el Derecho penal de la República Federal que en virtud del art. 8 EV entra en vigor en el territorio del este con la efectividad de la integración (vid. *supra* § 15 IV 8). Acerca de la situación jurídica anterior a la celebración del Tratado de Unificación vid. la 4.ª ed. de esta obra págs. 170 ss.

2. Para los hechos cometidos en el territorio de la antigua RDA **tras su adhesión** rige con carácter general el Derecho penal de la República Federal que en aquel ámbito geográfico entró en vigor el 3.10.1990. No obstante, **algunas disposiciones del Derecho penal de la RDA** han permanecido allí vigentes como **Derecho federal particular** (art. 9 II EV en conexión con el Anexo II, Cap. III C, Sección I núms. 1, 2, 4, 5 y Sección II) [11]. De otra parte, ciertas disposiciones del Derecho penal de la República Federal no son aplicables al territorio adherido (art. 8 EV en conexión con el Anexo I, Cap. III C, Sección I núms. 1, 2 y Sección III núm. 1) [12]. De este modo, en la Alemania unida existen dos territorios jurídicos diferenciados con un Derecho Federal particular en los que se dan especialidades muy delimitadas; uno abarca el territorio adherido y el otro los anteriores *Länder* y Berlín Oeste. Para la aplicación del Derecho Federal particular rigen los **principios del Derecho penal interlocal** de acuerdo con el Derecho consuetudinario vigente hasta el momento [13].

3. Según tales principios, ante la diversidad del Derecho aplicable en el lugar del delito y el partido judicial hay que aplicar por regla general el **Derecho del lugar de comisión de la in-**

---

[10] Así, *Kohlrausch/Lange*, nota preliminar IIIa antes del § 3; *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núm. 48 antes de los §§ 3-7; en contra *LK* (10.ª) (*Tröndle*) nota preliminar núm. 91 antes del § 3; *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 91.

[11] Tales disposiciones sólo afectan a la exclusión de la prescripción para los delitos contra la paz, la Humanidad, los derechos de la persona y los delitos de guerra (§ 84 StGB-DDR) (vid. *supra* § 3 V 3). El resto de las reservas han sido eliminadas por la posterior legislación federal. En lugar de las actuales conminaciones penales para los tipos penales de la RDA que siguen estando vigentes rigen las penas de prisión y multa de acuerdo con los §§ 38 ss. StGB (art. 315c EGStGB).

[12] No son aplicables el § 144 que regula la estafa en la emigración (§ 144) y el secuestro llevado a cabo de conformidad con el secuestrado (§ 236) [Actualmente, el primer precepto mencionado se encuentra ya derogado y el segundo únicamente tipifica el tráfico de niños (N del T)].

[13] Así, *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 33 antes del § 3; *Lackner*, § 3 núm. 7; *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núm. 74 antes de los §§ 3-7; *Schneider*, MDR 1990, pág. 1049; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 11 núm. 3; *Günther*, ZStW 103 (1991) pág. 866; *Müller*, ZStW 103 (1991) págs. 900 ss.

fracción [14]. En las disposiciones relativas a la custodia de seguridad (§ 66) que no fueron hechas extensivas a los nuevos *Länder* de la Federación, el art. 1a EGStGB contiene una regulación especial que determina la aplicación de tales normas cuando el hecho desencadenante fue cometido en el territorio de la antigua República Federal (núm. 1) o si el autor tiene su residencia efectiva en este último ámbito geográfico (núm. 2). Si, de acuerdo con las normas del Derecho penal internacional, un hecho cometido en el territorio de la desaparecida RDA se encuentra incriminado en la República Federal Alemana con independencia del Derecho vigente en el lugar de comisión del delito —estos son los supuestos de los §§ 5 y 6—, el hecho sigue siendo igualmente punible según las normas vigentes en la República Federal (art. 315 IV EGStGB), puesto que ello también sucedería si el autor hubiera cometido el delito en el extranjero en lugar de en la RDA (BGH 37, 305; 39, 260).

[14] Al respecto vid. *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 35 antes del § 3; *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núm. 55 antes de los §§ 3-7; *Günther*, ZStW 103 (1991) pág. 865; *Lackner*, § 3 núm. 7.

Segunda Parte: El delito

Capítulo 1: Fundamentos generales

§ 21 Sentido, método y estructura de la teoría general del delito

Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935; *el mismo,* Logische Überlegungen zur Verbrechensdefinition, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 343; *el mismo,* Sinn und Tragweite juristischer Systematik, Studium Generale 1957, pág. 173; *Fletcher,* Rethinking Criminal Law, 1978; *el mismo,* Criminal Theory as an International Discipline, en: *Eser/Fletcher* (Ed.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Tomo II, 1988, págs. 1595 ss.; *J.. Hall,* Perennial Problems of Criminal Law, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 9; *Hassemer,* Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsreform, en: *Arthur Kaufmann* (Ed.), Rechtstheorie, 1971 pág. 27; *Honig,* Strafrechtliche Allgemeinbegriffe als Mittler kriminalpolitischer Ziele, Festschrift für K. Larenz, 1973, pág. 245; *Hruschka,* Das Strafrecht neu durchdenken! GA 1981, pág. 237; *el mismo,* Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein? JZ 1985, pág. 1; *Hünerfeld,* Zum Stand der deutschen Verbrechenslehre usw., ZStW 93 (1981) pág. 979; *Jescheck,* Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht, ZStW 98 (1986) pág. 1; Küper, Grundsatzfragen der Differenzierung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987, pág. 81; *Küpper,* Grenzen der normativen Strafrechtsdogmatik, 1990; *Loos,* Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis, en: *Immenga* (Ed.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, 1980, pág. 261; *Naucke,* Grundlinien einer rechtsstaatlich-praktischen allgemeinen Straftatlehre, 1979; *Marinucci,* Fatto e scriminanti, en: *Marinucci/Dolcini* (Edrs.), Diritto penale in trasformazione, 1985, pág. 177; *Radbruch,* Der Geist des englischen Rechts, 4.ª Ed. 1958; *el mismo,* Zur Systematik der Verbrechenslehre, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 158; *Riz,* Zum derzeitigen Stand der Verbrechenslehre in Italien usw., ZStW 93 (1981) pág. 1005; *Rödig,* Zur Problematik des Verbrechensaufbaus, Festschrift für R. Lange 1976, pág. 39; *Roxin,* Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª Ed. 1973; *Schild,* Die Merkmale der Straftat und ihres Begriffs, 1979; *Schmidhäuser,* Zur Systematik der Verbrechenslehre, Gedächtnisschrift für G. Radbruch, 1968, págs. 268 ss.; *Schünemann,* Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, en: *el mismo,* (Ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pág. 1; *Schwinge/Zimmerl,* Wesensschau und Konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht, 1937; *Vassalli,* Il fatto negli elementi del reato, Studi in memoria di G. Delitala, Tomo III, 1984, pág. 1642; *Viehweg,* Topik und Jurisprudenz, 5.ª Ed. 1974; *Welzel,* Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre, JuS 1966, pág. 421; *el mismo,* Zur Dogmatik im Strafrecht, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 3; *Zimmerl,* Aufbau des Strafrechtssystems, 1930.

I. El sentido de la teoría general del delito

1. La teoría del delito se ocupa de **presupuestos jurídicos generales de la punibilidad** de una acción. Con ello se alude no sólo a los delitos en el sentido del § 12 I sino a *todas* las acciones punibles (vid. *supra* § 7 I 1). Cuando se habla de los presupuestos de la punibilidad la mirada se dirige en primer lugar a la Parte Especial, donde están regulados los tipos penales con-

cretos como el asesinato, el robo, la puesta en peligro del tráfico vial, el incendio o la traición al Estado. Sin embargo, la teoría del delito no se ocupa de los elementos de los tipos delictivos concretos sino de aquellos aspectos del concepto del delito que son *comunes a todos los hechos punibles*. Se trata de las categorías de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad que, a su vez, se desglosan en numerosos subconceptos como los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, requisitos objetivos y subjetivos de las causas de justificación, así como los elementos positivos y negativos de la culpabilidad. La teoría general del delito se ocupa sobre todo de la cuestión de bajo qué condiciones puede ser *imputado* un hecho al autor en el nivel delictivo correspondiente.

2. La teoría del delito, conformada como un intento de comprender la **acción punible como un todo** mediante la elaboración teórica de los elementos generales, requiere de una *justificación* puesto que podría ser más conveniente pasar a ocuparse inmediatamente de los distintos tipos de delito y de los elementos que los integran. Sin embargo, los presupuestos de la punibilidad no se agotan en los elementos de los tipos penales concretos. Los factores esenciales del concepto de delito no están contenidos en las infracciones descritas en la Parte Especial sino que se encuentran *antepuestos* a ellas.

Ejemplo: En el conocido caso "Mignonette" un tribunal inglés tuvo que enjuiciar el supuesto de dos marineros náufragos que, tras largas privaciones, mataron en su necesidad a un compañero de infortunio moribundo de cuyo cuerpo se alimentaron hasta su rescate. La pena de muerte, que posteriormente fue conmutada a título de gracia por una de prisión de seis meses, se basó en el rechazo de la situación de necesidad por parte del tribunal. Ello se debió, probablemente, a la creencia de que el reconocimiento de la situación de necesidad habría justificado, y no sólo disculpado –de acuerdo con el § 35 del StGB alemán–, la acción de los marineros (The Queen v. Dudley and Stephens, Queens Bench Division 14 [1884-84] págs. 273 ss., en especial, págs. 286 ss.) [1].

Sin el desglosamiento del concepto de delito en tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, así como en las diferenciaciones adicionales ligadas a estos elementos tal y como sucede con la distinción entre estado de necesidad justificante y exculpante [2], la solución del caso expuesto sería insegura y dependiente de consideraciones sentimentales. Los elementos generales del hecho punible que son tratados por la teoría del delito, posibilitan por el contrario una *jurisprudencia racional, objetivamente fundada e igualitaria*, contribuyendo así esencialmente a garantizar la *seguridad jurídica* [3]. Tampoco puede desconocerse el *peligro* de una Dogmática penal formulada de

---

[1] Vid. *Radbruch*, Der Geist des englischen Rechts págs. 69 ss.; vid., además, *Welzel*, JuS 1966, pág. 421.

[2] Vid. los grupos de casos del estado de necesidad expuestos en *Hruschka*, Strafrecht págs. 68 ss. y 277 ss.; además, *Küper*, JuS 1987, págs. 81 ss.

[3] Este reconocimiento constituye la base común de la Ciencia penal europea continental y de su área de influencia; vid. *Engisch*, Studium Generale 1957, págs. 173 ss.; *Schmidhäuser*, Radbruch-Gedächtnisschrift págs. 268 ss.; *Welzel*, Lehrbuch pág. 1; *el mismo*, Maurach-Festschrift pág. 5; *Triffterer*, Allg. Teil pág. 54; *Stratenwerth*, Schweiz. Strafrecht Allg. Teil I págs. 111 ss.; *Schild*, Merkmale págs. 104 ss.; *Fiandaca/Musco*, Diritto penale págs. 138 ss.; *Merle/Vitu*, Traité núms. 358, 404, 546; *Mir Puig*, Derecho penal págs. 121 ss.; *Hennau/Verhaegen*, Droit pénal général núms. 155, 201, 283; *Hazewinkel-Suringa/Remmelink*, Inleiding págs. 124 ss.; *Fragoso*, Lições págs. 143 ss. Acerca de la exposición sobre el "tripartismo" en Italia *Vassalli*, Delitala-Gedächtnisschrift Tomo III págs. 1647 ss. Últimamente también en Derecho penal norteamericano se está construyendo una Dogmática de la Parte General; vid. los "Principles" y "Doctrines" en *J. Hall*, General Principles págs. 27 ss. y 360 ss.; *el mismo*, Lange-Festschrift págs. 23 ss. así como las "General Provisions" en el Penal Law des Staates New York vom 1.9.1967 y en el Model Penal Code de 4.5.1962 (traducido por *Honig*). En una relación estrecha con la doctrina alemana se encuentra además *Fletcher*,

un modo demasiado abstracto; este riesgo consiste en que el juez se abandone a la automatización de los conceptos teóricos pasando por alto así las especialidades del caso concreto [4]. La solución de la *cuestión de hecho* ha de ser siempre decisiva, mientras que las exigencias de la sistemática deben ser tenidas en cuenta a través de un desarrollo adicional en aquellos supuestos en los que la resolución del caso no se adapta al sistema. Es necesario "abordar de tal modo las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del Derecho penal, que su modulación legal, su claridad y previsibilidad, su funcionamiento coherente y sus repercusiones detalladas" [5], se manifiesten en cualquier configuración imaginable del caso. Las nuevas cuestiones que vayan surgiendo (por ejemplo, la antijuricidad pero impunidad de la interrupción del embarazo no sujeta a las indicaciones legales que, de acuerdo con la BVerfGE 88, 203 [273], deben ser "atípicas") deben ser clasificadas en el sistema o resueltas a través del complemento de éste.

Ejemplos de la aplicación formalista de las proposiciones teóricas los ofrece la jurisprudencia relativa a la imprudencia, el error de prohibición, el delito de omisión impropia y la distinción entre autoría y participación, debido a que en estos casos la concreción de los conceptos generales todavía ha avanzado poco.

A la Dogmática penal le es inherente una notable estabilidad que se ha visto reforzada por el influjo persistente de la jurisprudencia [6]. En el sistema de la teoría general del delito los cambios se producen lentamente. No obstante, éstos han tenido lugar justo desde la finalización de los trabajos sobre el Proyecto de 1962 y han hecho variar también a la jurisprudencia (vid. *infra* § 22 V y VI).

II. El método de la teoría general del delito

1. La teoría general del delito debe deducirse de la *Ley* o, al menos, ser compatible con ella. Con anterioridad, los elementos integrantes de la estructura del delito fueron inferidos tan sólo fragmentariamente de la Parte General del RStGB de 1871 (vid. la 2.ª ed. de esta obra págs. 150 ss.). Por el contrario, en la redacción de la Parte General introducida en el año 1975 se puede reconocer mucho más claramente el armazón del concepto de delito sobre el que se basa [7]. Y así, de los elementos "hecho" (vgr., §§ 16 I y II, 17, 18, 19, y 20), "hecho antijurídico" (§§ 11 núm. 5, 26 y 27) y "delito" (§§ 22 y 44) en conexión con las descripciones delictivas de la Parte Especial, se deduce que el objeto de la regulación penal es el hecho concreto y no la forma de vida parasitaria o asocial del autor (cfr. también la redacción anterior del § 181 a con la actual-

---

Rethinking Criminal Law págs. 393 ss. („the study of issues that cut across all offenses"); en torno a la discusión con la teoría del delito continental europea, *el mismo*, Criminal Theory págs. 1597 ss., en especial, págs. 1613 ss. Sobre ello vid. *Hruschka*, GA 1981, págs. 244 ss. En el mismo sentido sobre el Derecho penal inglés *Glanville Williams*, Criminal Law p. V („all [crimes] are governed by certain general principles ... described on the Continent as the general part of the law").

[4] Vid. el ejemplo de la "muñeca articulada" y la advertencia ante la posible creación de una "filosofía de las rúbricas de los capítulos" en *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 102. No obstante, la renuncia a la formulación de conceptos generales conduciría a una abdicación de la Ciencia penal; vid. *Schwinge/Zimmerl*, Wesensschau págs. 28 ss.

[5] Así, *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem pág. 10. Llendo más allá en las exigencias al sistema del delito *Hruschka*, JZ 1984 págs. 1 ss.

[6] Vid. *Hassemer*, Rechtstheorie pág. 32.

[7] Vid. *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 141. Sobre las consecuencias que se derivan de la elección de los elementos básicos de la estructura del delito vid. *Zimmerl*, Aufbau des Strafrechtssystems págs. 4 ss.

mente vigente). De ello se deriva que la teoría del delito está fundamentada sobre la **acción** y no sobre la personalidad del autor (vid. *supra* § 7 III 2). Tal y como indica el § 13 también la **omisión** debe estar incluida en el concepto de acción. La definición de "hecho antijurídico" del § 11 núm. 5 trae por consecuencia, además, que actúa antijurídicamente quien realiza el tipo de una Ley penal. De otro lado, las disposiciones sobre legítima defensa (§ 32) y del estado de necesidad justificante (§ 34) evidencian que la antijuricidad de la acción típica puede estar excluida por causas de justificación. La **antijuricidad** debe configurarse según ello como un segundo elemento básico del concepto de delito. De los preceptos relativos al error de prohibición invencible (§ 17, primer inciso) y de la inculpabilidad tanto del menor (§ 19) como de quien padece alteraciones psíquicas (§ 20), así como de la declaración legal de que la culpabilidad es el "fundamento" de la determinación de la pena (§ 46 I 1), se infiere la exigencia de la **culpabilidad** como elemento legal del concepto de delito (vid. también *supra* § 4 I). Finalmente, del principio de legalidad (§ 1), de la definición de hecho antijurídico (§ 11 núm. 5), de la disposición sobre el error de prohibición del § 16 I 1 y de la definición conceptual de la tentativa (§ 22), resulta que los elementos de todas las formas delictivas deben estar determinadas en el correspondiente **tipo legal**.

2. El concepto de delito debe, además, coincidir con la *finalidad* y los *medios del Derecho penal*[8]. La finalidad del Derecho penal es la protección de la convivencia de las personas en la comunidad frente a transgresiones jurídicas de notable gravedad (vid. *supra* § 1 I 1). El medio del Derecho penal es, principalmente, la pena. Ésta consiste en la amenaza e imposición de un mal merecido conforme a la gravedad del injusto y de la culpabilidad, con la finalidad de preservar el Ordenamiento jurídico a través de una sanción entendida como una reprensión ético-social (vid. *supra* § 8 I 2b). De ello se deduce, por una parte, que quien actúa con arreglo a Derecho no puede ser castigado. La **antijuricidad** debe también, pues, ser un elemento del concepto de delito que opera bajo el punto de vista del fin del Derecho penal. En la antijuricidad reside el juicio de desvalor del Ordenamiento jurídico sobre el *hecho*. De la circunstancia de que el autor debe también "merecer" individualmente la pena se infiere, además, la exigencia de la **culpabilidad**. En el reproche culpabilístico reside el juicio de desvalor que el Ordenamiento jurídico realiza sobre el *autor*. Antijuricidad y culpabilidad son, por tanto, los dos elementos *materiales* fundamentales que integran el concepto de delito. A ello se añade asimismo un elemento de carácter *formal*: el injusto merecedor de pena debe estar determinado en un Estado de Derecho (vid. *supra* § 15 III 3). De la incardinación del Derecho penal en el Estado de Derecho se deduce el requisito de la **tipicidad** del injusto merecedor de pena. Finalmente, el Derecho penal no sólo debe limitar la libertad sino también crearla (vid. *supra* § 1 I 2). Por ello, las ideas y los planes de una persona, así como su carácter y su forma de vida, no pueden ser objeto de sanción penal; únicamente sus hechos pueden serlo (vid. *supra* § 7 III 2). De ello se concluye que el injusto y la culpabilidad sólo pueden ir referidos a **acciones humanas** y, desde luego, también a las omisiones (§ 13)[9].

---

[8] Acerca de la sistemática teleológica de la teoría del delito ya *Radbruch*, Frank-Festschrift Tomo I págs. 158 ss. Sobre la unidad sistemática entre Política criminal y teoría del delito, en especial, *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem pág. 11. Sobre ello vid. también *Honig*, Larenz-Festschrift págs. 245 ss.

[9] El anterior y estricto rechazo de la doctrina francesa a la teoría alemana del delito comienza a retroceder con un interés real; vid. *Merle/Vitu*, Traité I núm. 357 nota a pie núm. 1. La antigua división bipartita del concepto de delito en un "élément matériel" y "élément moral", que también se encuentra en la parte de la doctrina italiana que se apoya en *Carrara* (vid. *Riz*, ZStW 93 [1981] págs. 1006 ss; por el contrario, a

3. Finalmente, el concepto de delito debe ser compatible con las condiciones de la persecución penal en un *procedimiento* formalizado [10]. Para ello, tal concepto debe ser tan **claro** y **sencillo** que pueda ser tratado de un modo igualitario y seguro en el proceder rutinario de la policía, la fiscalía y los tribunales que operan con un período limitado de tiempo y con escaso personal. Además, los elementos del concepto de delito deben ser **comprobables** en el proceso penal y **acreditables** a través de los medios probatorios admisibles. Por ello, los ingredientes subjetivos únicamente pueden ser aplicados si se encuentran tan estrechamente vinculados a factores objetivos como para que puedan ser indagados con fiabilidad. Esta es la razón por la que los elementos normativos deben poseer un núcleo esencial de carácter descriptivo. Por último, el concepto de delito debe también ser aplicable sin más en el **procedimiento abreviado** (§§ 407 ss. StPO) que ha sido empleado por los tribunales en más de la mitad de los casos que resolvieron.

III. La formación del concepto de delito

1. Los elementos del concepto general de delito no permanecen desconectados entre sí (**ordenación tópica**) [11], sino que mantienen una relación interna conformada según las leyes lógicas de la anteposición y la subordinación, así como por las de la regla general y la excepción (**ordenación sistemática**). No obstante, debido a que continuamente surgen cuestiones nuevas y los viejos problemas, con el tiempo, adquieren contornos distintos, la misión dirigida a la formación del sistema no finaliza nunca [12].

Ejemplos: Las condiciones objetivas de la punibilidad no pueden permanecer fuera del concepto de delito porque de lo contrario no podrían ser situadas en ningún lugar (necesidad de *integración*). La antijuricidad no puede ser concebida como una categoría puramente externa puesto que se ha demostrado la existencia de elementos subjetivos que forman parte de la misma (necesidad de *coherencia*). La imprudencia no puede ser calificada como una simple forma de culpabilidad ya que se ha reconocido que su núcleo objetivo consiste en la infracción "del cuidado exigible en el tráfico" (necesidad de *diferenciación*).

2. La integración de los elementos de la acción punible en un sistema da lugar a la definición clásica de delito (que en Alemania ha permanecido incontestada en su esencia [13]) como **ac-**

---

favor del sistema tripartito *Marinucci*, Diritto penale in trasformazione págs. 177 ss.), se remonta a *Descartes* y por ello ha sido mantenida quizás hasta el presente. De la distinción entre causas de justificación y de exculpación de los arts. 122-1 a 122-7 del Code pénal de 1994, se deriva una partición moderna de los elementos fundamentales del concepto de delito como la reconocida en Alemania (sobre ello *Pradel*, Le nouveau Code pénal pág. 65). En relación con la teoría del delito francesa vid. también *Hünerfeld*, ZStW 93 (1981) págs. 993 ss. Sobre todo ello vid., además, *Jescheck*, ZStW 98 (1986) págs. 5 ss.

[10] Por ello *Naucke*, Grundlinien págs. 39 ss. esboza un concepto de delito que posibilita la prueba del hecho punible. Al respecto vid. también *Loos*, Grenzen págs. 261 ss.

[11] Sobre el procedimiento tópico como estilo de pensamiento previo al sistemático, *Viehweg*, Topik und Jurisprudenz págs. 31 ss. En torno a la necesidad de la formación del sistema *Roxin*, Allg. Teil I § 7 núm. 2.

[12] La aspiración de *Hruschka*, JZ 1984, pág. 3, de que la sistemática penal debería emular la rigurosidad lógica de la geometría euclídea, podría ser alcanzada a lo sumo en el aspecto formal de los conceptos básicos. En el mismo sentido del texto, *Schünemann*, Einführung págs. 3 ss.

[13] Una organización bipartita del delito concebida de modo diverso al de la doctrina francesa y en parte al de la italiana ha sido propuesta por *Rödig*, Lange-Festschrift págs. 56 ss.

ción típica, antijurídica y culpable, que goza también del refrendo jurisprudencial (RG 61, 242 [247]; 66, 397 [398]; BGH 1, 131 [132]) [14]. Esta defmición no significa una descomposición del hecho que siempre debe ser comprendido como un todo, sino únicamente su examen bajo aspectos distintos. Con la concepción del delito como una acción típica, antijurídica y culpable, se logran alcanzar los **conceptos básicos** cuya delimitación es cada vez más concreta por medio de los sucesivos pronunciamientos jurídicos.

Ejemplos: Así, la ubicación del dolo en el tipo provoca que también el error de tipo deba ser discutido en ese lugar. Del mismo modo, el objeto de la antijuricidad viene configurado por los elementos objetivos y subjetivos de las causas de justificación. En cambio, la conciencia de la antijuricidad forma parte de la culpabilidad por lo que también el error de prohibición debe ser un problema de ésta. Por su parte, los movimientos reflejos se desgajan del concepto de acción en la medida en que éstos no son dominables por la voluntad; de ahí que desde un principio no sean tenidos en consideración a los efectos de la imputación jurídico-penal.

En la estructura de la teoría del delito debe ser básicamente preservada la **"homogeneidad en la perspectiva valorativa"** [15], de modo que el sistema aparezca libre de contradicciones. Pero la pureza de la sistemática no requiere llevar hasta sus últimas consecuencias cada una de las afirmaciones. Más bien debe reconocerse la existencia de *excepciones* cuando éstas puedan fundamentarse de modo convincente para no forzar la lógica interna del sistema.

Ejemplos: De este modo, con anterioridad a la introducción del § 56 en su redacción anterior, la desproporción en el castigo de los delitos cualificados por el resultado no era compatible con la exigencia de culpabilidad, como tampoco resulta serlo todavía hoy el tratamiento puramente objetivo que la praxis da a la imprudencia en los delitos contra la seguridad vial. Por el contrario, la exclusión del estado de necesidad exculpante de personas que pertenecen a determinados colectivos profesionales (§ 35 I 2) no constituye una contradicción sino una excepción fundamentada en las más elevadas exigencias de obediencia a la norma.

§ 22 Las etapas del desarrollo de la moderna teoría del delito

A primera vista, la imagen de la actual Dogmática penal alemana aparece desconcertante debido a su polimorfismo. No obstante, esta visión se alivia si se sigue a grandes rasgos el desarrollo de la teoría del delito durante más de cien años. Una mirada retrospectiva a la historia de la Dogmática muestra que, en esencia, hay que distinguir **tres etapas en el desarrollo** de la moderna teoría del delito: el concepto clásico de delito, el neoclásico y el elaborado por el finalismo [1]. Cada uno de estos sistemas se explica por sus raíces espirituales y por su relación con

---

[14] Se trata, además, de relaciones "esenciales" en el sentido de una definición real, vid. *Engisch*, Welzel-Festschrift pág. 354. A menudo, en el extranjero todavía se encuentran conceptos bipartitos de delito que sólo distinguen entre un elemento objetivo y otro subjetivo, vid. *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 330 ss.; vid., asimismo, las notas a pie núms. 3 y 9.

[15] Con más detalle sobre el tema *Engisch*, Einheit der Rechtsordnung págs. 26 ss. Promoviendo una relación exacta entre la vinculación material y la valoración normativa en los conceptos básicos del sistema penal, *Küpper*, Grenzen págs. 196 ss.

[1] Sobre ello *Gallas*, ZStW 67 (1955) págs. 2 ss.; *Haft*, Allg. Teil págs. 19 ss.; *Marxen*, ARSP, fascículo suplementario núm. 18, 1983, págs. 61 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 7 núms. 11 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 161 ss.; *Schünemann*, Einführung págs. 18 ss.; *Welzel*, JuS 1966, págs. 421 ss. Acerca del significado de la figura de Gallas para la síntesis entre el finalismo y una Dogmática determinada normativamente vid. *Jescheck*, Wilhelm Gallas págs. 13 ss.

la época precedente, buscando mejorar y superar esta última a través de la reforma del edificio teórico. Como ninguna de estas teorías desplazó completamente a las otras, todavía hoy conviven ideas procedentes de estas tres concepciones. Por este motivo, la claridad sólo se alcanza cuando las corrientes doctrinales contemporáneas son clasificadas por sus vínculos histórico-dogmáticos.

I. Las etapas previas a la moderna teoría del delito

Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974; *Baratta,* Über Iherings Bedeutung für die Strafrechtswissenschaft, en: *Wieacker/Wollschläger* (Edrs.), Iherings Erbe, 1970, pág. 17; *Berner,* Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1857; *Cattaneo,* Illuminismo e legislazione penale, 1993; *Dornseifer,* Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merkels, 1979; *Gallas,* Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955) pág. 1; *Hall,* Die Lehre vom corpus delicti, 1933; *v. Ihering,* Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1867; *Jescheck,* Wilhelm Gallas in seiner Bedeutung für die Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, en: *Küper* (Ed.), In memoriam Wilhelm Gallas (1903-1989), 1991, pág. 7; *Armin Kaufmann,* Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; *Luden,* Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, Tomo II: Über den Tatbestand des Verbrechens, 1840; *Marxen,* Die rechtsphilosophische Begründung der Straftatlehre im Nationalsozialismus, ARSP, Beiheft núm. 18, 1983, pág. 55; *A. Merkel,* Kriminalistische Abhandlungen, Tomo I, 1867; *el mismo,* Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889; *Radbruch,* Drei Strafrechtslehrbücher des 19. Jahrhunderts, Festschrift für E. Rosenfeld, 1949, pág. 7; *Schaffstein,* Die europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus, 1954; *Schünemann,* Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, en: *el mismo,* (Ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 1; *Schweikert,* Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957; *Stübel,* Über den Tatbestand der Verbrechen, 1805; *Welzel,* Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre, JuS 1966, pág. 421; *Erik Wolf,* Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4.ª Ed. 1963.

La teoría del delito del Derecho común ya conocía los conceptos básicos de la Dogmática penal, especialmente en lo que se refiere a la distinción entre imputación objetiva y subjetiva (imputatio facti e imputatio iuris). Aquélla se apoyó sobre las aportaciones de los grandes juristas de la época del Humanismo (*Tiberius Decianus,* Tractatus criminalis, 1950; *Petrus Theodoricus,* Collegium criminale, 1618) [2] y la Ilustración (*Samuel Pufendorf,* Elementorum Jurisprudentiae Universalis libri duo, 1660; *Christian Wolff,* Philosphia Practica Universalis, 1738; *K. F. Hommel,* Philosophische Gedanken über das Kriminalrecht, 1784) [3]. El moderno concepto cuatripartito de delito configurado como una acción típica, antijurídica y culpable, se ha gestado sobre esta base desde hace más de cien años a lo largo de varias etapas en las que se han ido produciendo las **aportaciones de diferentes dogmáticos** [4].

Ya en la primera mitad del siglo XIX *Stübel,* que era profesor en Wittenberg, distinguió entre el injusto y la imputación del hecho [5]. La obra de *Luden,* profesor en Heidelberg, se encuentra impregnada por el

---

[2] En relación con estos autores vid. *Schaffstein,* Die europäische Strafrechtswissenschaft págs. 38 ss., 59 ss.

[3] Acerca del pensamiento penal de Pufendorf vid. *Erik Wolf,* Große Rechtsdenker págs. 345 ss. y *Eb. Schmidt,* Einführung págs. 169 ss.; sobre Hommel vid. *Cattaneo,* Illuminismo págs. 77 ss.

[4] Sobre ello vid. *Welzel,* JuS 1966, pág. 421; *Radbruch,* Rosenfeld-Festschrift págs. 13 ss.; *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs.161 ss.; *Haft,* Allg. Teil págs.17 ss.; *Schünemann,* Einführung págs. 18 ss.; *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez,* Derecho penal págs. 331 ss.

[5] *Stübel,* Über den Tatbestand der Verbrechen, §§ 1 y 2.

concepto tripartito de delito (acción, antijuricidad y culpabilidad) [6], que luego asumirían y desarrollarían *v. Liszt* y *Beling*. Sin embargo, de acuerdo con la doctrina dominante de la época, los conceptos de antijuricidad y culpabilidad permanecían indiferenciados puesto que se fundían en el concepto superior de imputación procedente de la teoría de *Pufendorf*, y su única misión fue, simplemente, comprender al delito como una obra humana y deslindarlo del mero azar [7].

Fue *Rudolf v. Ihering* el primero que ya en el año 1867 desarrolló para el Derecho civil el concepto de *antijuricidad objetiva* al demostrar que la culpabilidad no jugaba papel alguno en ciertas infracciones de las que se derivan consecuencias jurídicas [8]. Pero fueron *Franz v. Liszt* [9] y *Beling* [10] quienes dotaron de utilidad al concepto de la antijuricidad objetiva para el Derecho penal y lo asumieron en la construcción del delito renunciando a la vieja teoría de la imputación. En realidad, *Binding* no se dio cuenta del significado sistemático de este paso [11] pero por medio de su *teoría de las normas* [12] separó el concepto de antijuricidad del Derecho penal y le otorgó un significado autónomo: la acción punible no infringe en realidad la Ley penal que tan sólo impone la sanción, sino que lesiona el mandato y la prohibición del Ordenamiento jurídico (las normas) que conceptualmente preceden a la primera; es por ello que toda la teoría del injusto debe ser comprendida autónomamente a partir del contenido de esas normas. Los comienzos de un *concepto de culpabilidad* singular se remontan a *A. Merkel* que, aunque en realidad se apoyó sobre la nueva teoría de la imputación [13], unificó por primera vez el dolo y la imprudencia bajo el concepto superior de la determinación volitiva contraria a deber [14]. Ha sido *Berner* quien condujo al *concepto de acción* a ocupar su lugar como una noción básica en la construcción del delito y frente "al mismo, todo lo demás que se afirma sobre el delito" son únicamente "predicados" [15]. Sólo en último lugar fue concebido teóricamente el elemento de la *tipicidad* de la acción punible. De acuerdo con *Beling* el tipo es la síntesis de los elementos de los que se deriva qué delito es tratado *típicamente*: "La tipicidad o adecuación al tipo como cualidad de la acción se convierte así en un elemento conceptual del delito" [16]. De este modo, el tipo alcanzó una posición dominante en la estructura del delito como punto de referencia para el juicio de antijuricidad y culpabilidad, llegándose a configurar como el soporte más importante de la función de garantía de la Ley penal. Y así, a principios de este siglo *Beling* formulaba el *concepto de delito completamente desarrollado* en los siguientes términos: "El delito es la acción típica, antijurídica y culpable sometida a una conminación penal adecuada y sujeta a las condiciones de ésta" [17].

---

[6] *Luden*, Abhandlungen Tomo II, pág. 110. Al respecto vid. *Hall*, Corpus delicti págs. 150 ss.

[7] Característica es en esta materia es la exposición de *A. Merkel*, Lehrbuch págs. 65 ss.

[8] *v. Ihering*, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht págs. 4 ss.; acerca de ello vid. *Baratta*, Iherings Bedeutung págs. 18 ss.

[9] *v. Liszt*, Lehrbuch, 2.ª Ed. pág. 94.

[10] *Beling*, Grundzüge, 2.ª Ed. pág. 29.

[11] Vid. *Binding*, Normen Tomo I pág. 244: "Lo que se denomina injusto objetivo es puro azar".

[12] Vid. *Binding*, Normen Tomo I págs. 4-7, 82, 96, 152 ss.; al respecto *Armin Kaufmann*, Normentheorie págs. 3 ss., 36 ss.

[13] *A. Merkel*, Abhandlungen Tomo I pág. 44.

[14] *A. Merkel*, Lehrbuch págs. 66 ss.; sobre ello vid. *Achenbach*, Schuldlehre págs. 44 ss., así como *Dornseifer*, Rechtheorie págs. 92 ss.

[15] *Berner*, Lehrbuch pág. 108.

[16] *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen págs. 23 ss.; en torno a ello vid. *Schweikert*, Wandlungen der Tatbestandslehre págs. 14 ss. Acerca de la teoría del "corpus delicti" como etapa previa de la teoría del tipo, *Hall*, Corpus delicti págs. 10 ss.

[17] *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen pág. 7.

II. El concepto clásico de delito

Burgstaller, Zur Täterschaftsregelung im neuen StGB, ÖRiZ 1975, pág. 13; *v. Buri,* Über Causalität und deren Verantwortung, 1873; *Claß,* Grenzen des Tatbestandes, Strafr. Abh. Heft 323, 1933; *Delitala,* Il fatto nella teoria generale del reato, 1930; *Jescheck,* Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre, ZStW 73 (1961) pág. 179; *el mismo,* Friedrich Nowakowski als Strafrechtsdogmatiker und Kriminalpolitiker, ZStW 103 (1991) pág. 999; *Jiménez de Asúa,* La teoría jurídica del delito, 1931; *Kienapfel,* Zur gegenwärtigen Situation der Strafrechtsdogmatik in Österreich, JZ 1972, pág. 569; *M. E. Mayer,* Die schuldhafte Handlung und ihre Arten, 1901; *Moos,* Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert, 1968; *el mismo,* Die finale Handlungslehre, Strafr. Probleme 2, 1974, pág. 5; *Nowakowski,* Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, pág. 19; *Platzgummer,* Die "Allgemeinen Bestimmungen" des Strafgesetzentwurfes usw., JBl 1971, pág. 236; *Radbruch,* Über den Schuldbegriff, ZStW 24 (1904) pág. 333; *Arturo Rocco,* Il problema e il metodo de la scienza del diritto penale (1910), en: Opere Giuridiche, Tomo III, 1933, pág. 263; *H. Steininger,* Die moderne Strafrechtsdogmatik usw., ÖJZ 1981, pág. 365; *Welzel,* Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935.

I. El concepto clásico del positivismo, que desde el cambio de siglo fue defendido por la doctrina dominante en Alemania, se caracterizó por poseer una **estructura sencilla y clara**, así como por tener **ventajas didácticas**. La base de este sistema fue el *concepto de acción* que para *Beling* y *v. Liszt* todavía era concebido de modo completamente naturalístico como movimiento corporal (acción en sentido estricto) y modificación del mundo exterior, ambas unidas por el vínculo de la causalidad que, según la *teoría de la equivalencia* [18], parecía excluir toda distinción material en el ocasionamiento del tipo. La debilidad de esta concepción adherida a lo externo se hizo evidente con la omisión, pues en Derecho penal también debe ser incluida en el concepto de acción al igual que el hacer positivo, y ello a pesar de que evidentemente no constituye un movimiento corporal sino precisamente lo contrario a éste. En este punto ha sido *v. Liszt* el primero que ha concebido la esencia de la omisión, no como una modalidad de movimiento corporal, sino espiritualmente en el sentido social del acontecimiento, a saber, como una acción determinada que el Ordenamiento espera [19]. Con ello, sin embargo, ya habían sido abandonados los fundamentos naturalísticos del concepto de acción.

Afirmada la existencia de una acción, el paso siguiente que debía ser verificado es si también concurrían sus predicados de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Para ello se distinguió rigurosamente entre los **aspectos objetivos** y **subjetivos** del delito. El lado objetivo encontraba su expresión en los elementos de la *tipicidad* y la *antijuricidad* mientras que el subjetivo lo hacía en el de la *culpabilidad*. De acuerdo con ello la tipicidad fue comprendida como una descripción puramente externa del hecho de la acción sin predicado valorativo alguno (por ejemplo, la muerte de una persona en la que el examen de la antijuricidad puede mostrar que ésta constituye una acción de guerra y resulta así justificada) [20]. La valoración jurídica de este suceso debía tener lugar en el campo de la antijuricidad y siempre desde un puntos de vista puramente objetivos. La relación entre la tipicidad y la antijuricidad se situaba en que la primera venía a ser un "indicio" de la existencia de la antijuricidad [21].

---

[18] Su fundador fue *v. Buri,* Über Causalität págs. 2 ss.

[19] *v. Liszt,* Lehrbuch, 4.ª ed. pág. 141.

[20] *Beling,* Die Lehre vom Verbrechen págs. 178 ss.

[21] Acerca del significado del tipo como "indicio de la antijuricidad" vid. *Claß,* Grenzen des Tatbestandes págs. 39 ss.

Por el contrario, el *concepto de culpabilidad* de la estructura clásica del delito reunía a todos los procesos espirituales y morales que ocurrían en el interior del autor en la comisión del hecho. Asimismo, la imputabilidad fue concebida como "presupuesto de la culpabilidad", el dolo y la imprudencia entendidas como "formas o clases de culpabilidad" y el estado de necesidad clasificado como "causa de exclusión de la culpabilidad" [22]. La conciencia de la antijuricidad fue considerada por algunos como un elemento de la culpabilidad [23] y decididamente rechazada por otros como tal [24]. Faltaba sin embargo un concepto de culpabilidad determinado internamente, por lo que no quedó claro cómo debían ser esamblados los distintos factores individuales para constituir una unidad de sentido. Provisionalmente se recogieron de forma enumerativa bajo el epígrafe de "lo subjetivo" *(concepto psicológico de culpabilidad)* [25].

2. El concepto clásico de delito procedía del estilo de pensamiento del **positivismo científico** [26]. Bajo el mismo se comprende una visión rigurosamente limitada al Derecho y su interpretación que buscaba aprehender todos los problemas del Derecho con argumentos sistemático-conceptuales, dejando fuera de la Dogmática jurídica las valoraciones filosóficas, los conocimientos psicológicos y los datos sociológicos. De este modo se originó una imagen *formal* y exterior de las cualidades del comportamiento humano que tenían que ser incorporadas en la estructura del concepto de delito. Se distinguió, pues, entre la acción entendida de modo naturalístico, el tipo comprendido de forma objetivo-descriptiva, la esfera de la antijuricidad conformada con un perfil objetivo-normativo y una culpabilidad de naturaleza subjetivo-descriptiva. En íntima conexión con el carácter objetivo-formal de este concepto de delito se encontraba la *idea del Estado de Derecho* que, expresada a través de sus aspiraciones a la seguridad y previsibilidad jurídica, debía llevarse a la práctica por medio de la vinculación del juez a un sistema conceptual sencillo y verificable (*pensamiento de la Magna Carta*). Constituyó el contrapeso a las propuestas preventivo-especiales de la Escuela Moderna que, al igual que la teoría clásica del Derecho penal, fue encabezada por *Franz v. Liszt*. Así pues, el sistema clásico del Derecho penal fue un producto caracterizado por su particular bipolaridad: de un lado, a través del objetivismo y del formalismo de los presupuestos de la pena, debía garantizar las mayores cotas de seguridad jurídica y, por otro, mediante un sistema sancionador orientado al delincuente, alcanzar la máxima funcionalidad [27].

---

[22] Vid. *v. Liszt*, Lehrbuch, 1.ª Ed. págs. 105 ss.; *Radbruch*, ZStW 24 (1904) págs. 344 ss.; vid., además, *M.E. Mayer*, Die schuldhafte Handlung pág. 139.

[23] Así, *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen págs. 180 ss.

[24] En este sentido, *v. Liszt*, Lehrbuch, 1.ª Ed. pág. 109.

[25] Acerca de las teorías de *Löffler, Radbruch, Kohlrausch* y otros vid. *Achenbach*, Schuldlehre págs. 62 ss.

[26] Más detalladamente sobre ello *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie págs. 22 ss. En Italia fue significativo para el positivismo científico la aportación de *Arturo Rocco*, Opere Giuridiche pág. 263, especialmente en págs. 295 ss., que impregnó la Dogmática de aquel país hasta los años treinta y en el que también se reconocen influencias alemanas.

[27] El concepto clásico de delito fue anteriormente dominante en Austria por medio de *Kadeèka* y *Rittler*; vid. sobre ello *Jescheck*, ZStW 73 (1961) págs. 186 ss. y sobre la historia de la Dogmática *Moos*, Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert, 1968. En Suiza fue defendido por *Hafter*, Allg. Teil págs. 69 ss., y pág. 96. Entretanto, ha tenido lugar una reorientación de la doctrina austríaca; vid. *Nowakowski*, JBl 1972, pág. 22; *el mismo*, WK, nota preliminar núm. 13 al § 2; nota preliminar núms. 1 ss. a los §§ 3-5; *Triffterer*, Allg. Teil págs. 90 ss.; *Moos*, Strafrechtl. Probleme págs. 28 ss.; *Platzgummer*, JBl 1971, pág. 238; *Kienapfel*, JZ 1972, págs. 569 ss.; *Burgstaller*, ÖRiZ 1975, pág. 15; *H. Steininger*, ÖJZ 1981, pág. 367. Sobre el cambio hacia la teoría del injusto personal a través de Nowakowski vid. *Jescheck*,

III. El concepto neoclásico de delito

Baratta, Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs, ARSP 1959, pág. 505; *el mismo,* Positivismo giuridico e scienza del diritto penale, 1966; *el mismo,* Über Iherings Bedeutung für die Strafrechtswissenschaft, en: *Wieacker/Wollschläger* (Edrs.), Iherings Erbe, 1970, pág. 17; *Delitala,* Il fatto nella teoria generale del reato, 1930; *Graf zu Dohna,* Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, 1905; *H. A. Fischer,* Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911; *Frank,* Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907; *Gallas,* Die Krise des Strafrechts und ihre Überwindung im Staatsgedanken, ZStW 53 (1934) pág. 11; *Goldschmidt,* Der Notstand, ein Schuldproblem, Österr. Zeitschrift f. Strafrecht 4 (1913) págs. 129, 224; *el mismo,* Normativer Schuldbegriff, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 428; *Grünhut,* Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht, 1926; *el mismo,* Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 1; *Hegler,* Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915) págs. 19 y 184; *el mismo,* Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 251; *Henkel,* Der Notstand nach gegenwärtigem und zukünftigem Recht, 1932; *Ihering,* Der Zweck im Recht, Tomo I, 3.ª Ed. 1893; *G. Jellinek,* Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 2.ª Ed. 1908; *Jescheck,* Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik usw., ZStW 98 (1986) pág. 1; *Kern,* Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64 (1952) pág. 255; *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.ª Ed. 1991; *Marcetus,* Der Gedanke der Zumutbarkeit, 1928; *Marxen,* Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, 1975; *M. E. Mayer,* Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903; *Mezger,* Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924) pág. 207; *el mismo,* Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, Festschrift für L. Traeger, 1926, pág. 187; *Mittasch,* Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik, 1939; *Radbruch,* Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904; *el mismo,* Zur Systematik der Verbrechenslehre, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 158; *el mismo,* Rechtsphilosophie, 3.ª Ed. 1932; *Sauer,* Zur Grundlegung des Rechts, ZStW 36 (1915) pág. 449; *Schaffstein,* Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht, 1935; *Schmidhäuser,* Zur Systematik der Verbrechenslehre, Gedächtnisschrift für G. Radbruch, 1968, pág. 268; *Schumacher,* Um das Wesen der Strafrechtsschuld, 1927; *Schwinge,* Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930; *Seuffert,* Die Reform des StGB, 1902; *Sieverts,* Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, 1934; *Spendel,* Gegen den "Verteidigungswillen" als Notwehrerfordernis, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 245; *Streng,* Der Beitrag der Kriminologie zur Entstehung und Rechtfertigung staatlichen Unrechts im "Dritten Reich", MSchrKrim 1993, pág. 141; *Thierfelder,* Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft unserer Tage, 1934; *Tjong,* Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus bei Gustav Radbruch, 1967; *Welzel,* Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935; *E. Wolf,* Strafrechtliche Schuldlehre, 1928; *el mismo,* Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbruchs Rechtsphilosopliie? ARSP 1959, pág. 481; *Zimmerl,* Zur Lehre vom Tatbestand, Strafr. Abh. Heft 238, 1928.

1. La estructura del concepto de delito configurada de acuerdo con el sistema de *v. Liszt* y *Beling* fue pronto sometida a un profundo proceso de transformación. La siguiente etapa de desarrollo puede denominarse como la del concepto "neoclásico" de delito, porque no se trató tanto de un alejamiento esencial del anterior sistema cuanto de una reforma inmanente del mismo que, eso sí, fue de gran alcance. En lugar de la lógica formal de un pensamiento jurídico limitado a sí mismo jugó a partir de entonces la aspiración de estructurar el concepto de delito según

---

ZStW 103 (1991) págs. 1003 ss. Actualmente defienden en Suiza un concepto personal del injusto *Stratenwerth, Germann, Noll, Trechsel, Hauser* y *Rehberg,* mientras que *Schultz,* Einführung I pág. 145 se ha mantenido sobre una concepción rigurosamente objetiva de aquél. En España el cambio sobrevino con el discurso académico en Madrid de *Jiménez de Asúa* "La teoría jurídica del delito", 1931; lo mismo sucedió en Italia casi al mismo tiempo con la obra de *Delitala* "Il fatto nella teoria generale del reato", 1930.

los fines que persigue el Derecho penal y los juicios de valor que le sirven de base (**teoría teleológica del delito**) [28]. La forma de pensamiento de aquella época estuvo determinada esencialmente por la **teoría neokantiana del conocimiento** *(Stammler, Rickert, Lask)* que, junto con los métodos científico-naturales de la observación y la descripción, había sentado un método científico-espiritual genuino en los procesos del entendimiento y la valoración [29]. Ello trajo consigo el impulso tendente a divisar la esencia del Derecho penal en el alineamiento de sus *fines, valores* e *ideas*, cuyo contenido quiso también dejar ampliamente abierto a causa de la característica renuncia del neokantismo a una determinación vinculada a criterios valorativos materiales, motivo por el cual se hizo asimismo propenso a una ideología autoritaria [30]. Con la teoría neoclásica del delito la Ciencia penal alemana alcanzó el punto álgido de su capacidad contributiva y de vigencia internacional, proyectándose así hacia lugares como Italia, España, Polonia, Portugal, Grecia y Latinoamérica.

2. La nueva Dogmática introdujo poco a poco a todos los elementos del concepto clásico de delito en un **proceso de transformación** [31].

a) La reelaboración se inició con el *concepto de acción* que por sus elementos naturalísticos podía adaptarse en una menor medida a un sistema penal valorativo.

Ejemplos: La insuficiencia de este concepto de acción se evidenció especialmente en la injuria. Aquí se trata del sentido de una exteriorización que expresa un menosprecio y del menoscabo a la pretensión de consideración del interesado, pero no de manifestaciones que intervienen fisiológica o físicamente. Asimismo, no pudo quedar la menor duda de que en la omisión no existía movimiento corporal alguno, fracasando también en los delitos de omisión impropia cometidos por imprudencia inconsciente el intento de rescatar la aprehensión de la realidad de la inactividad mediante la aceptación de una "inmovilización de los nervios motores" *(Beling)*.

Se buscó solucionar de distintas maneras las dificultades de la teoría de la acción. De un lado, se debilitó la noción de acción a través de la introducción del *concepto de comportamiento* que fue entendido como materialización en el mundo exterior de la eficacia de la conducta humana. De acuerdo con ello la acción debía ser "comportamiento de la voluntad" [32], "realización de la voluntad" [33], "comportamiento arbitrario" [34] o, sencillamente, "comportamiento

---

[28] Así, especialmente, *Grünhut*, Begriffsbildung págs. 15 ss.; *el mismo*, Frank-Festgabe Tomo I págs. 19 ss.; *E. Wolf*, Schuldlehre pág. 80; *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung págs. 33 ss.; *Schaffstein*, Zur Problematik págs. 14 ss.; *Mittasch*, Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens págs. 236 ss.

[29] Con mayor detenimiento en torno a estas relaciones *E. Wolf*, Schuldlehre págs. 73 ss.; *Larenz*, Methodenlehre págs. 92 ss.; *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie págs. 41 ss.; *Baratta*, Positivismo págs. 97 ss.

[30] Y así, *Mittasch*, Wertbeziehendes Denken pág. 25, atribuyó el valor más alto a la "idea del Estado", mientras que *Radbruch*, Rechtsphilosophie págs. 9 ss. defendió todavía entonces una teoría valorativa de carácter relativo. Sobre esta cuestión vid. *Tjong*, Relativismus pág. 55. Característica es la conclusión extraída por *Thierfelder*, Normativ und Wert pág. 121, para quien el valor fundamental y material del Derecho sería el pueblo concebido "como una comunidad con una especial base biológica". Por el contrario, *Gallas*, ZStW 53 (1934) pág. 22, nota a pie núm. 34, sostuvo que "el respeto al Derecho no es imaginable sin una autolimitación del Estado".

[31] Acerca de la participación de Radbruch vid. *Schmidhäuser*, Radbruch-Gedächtnisschrift págs. 271 ss.

[32] *v. Hippel*, Tomo II pág. 130.

[33] *M. E. Mayer*, Lehrbuch pág. 109.

[34] *Rittler*, Tomo I pág. 5.

humano" [35] que provoca un efecto en el mundo exterior *(concepto causal de acción)*. Por otro lado, se aceptó que en realidad podía prescindirse del concepto de acción en la estructura del delito dando comienzo inmediatamente a ésta con la tipicidad [36]. La transición a una etapa de desarrollo posterior vino ya constituida por la formulación ocasional del *concepto social de acción* realizada por *Eb. Schmidt*: desde este punto de vista la acción fue comprendida como "un fenómeno social cuyo efecto va dirigido a la realidad social" [37].

b) Un mayor alcance tuvieron los cambios en el ámbito de la *tipicidad*. La concepción descriptiva y carente de valoración del tipo se vio estremecida por el descubrimiento de elementos *normativos* que sólo a través del contenido valorativo que les atribuye el juez gozan de un sentido con capacidad de ser aplicado (vgr., "ultraje" del § 168; "documento" § 267; "móviles abyectos" del § 211 II; "ejecución forzosa" del § 288) [38]. Asimismo, a través del descubrimiento de elementos *subjetivos* del tipo, se hizo inviable la idea de un tipo puramente objetivo determinado sólo por factores del mundo exterior [39].

Ejemplo: Si un estudiante en un seminario jurídico se lleva un libro para usarlo por la noche y devolverlo al día siguiente, falta la intención de apropiación y, de este modo, el propio tipo de hurto (§ 242). La aceptación de un concepto de hurto puramente objetivo abstraído de la intención de apropiación carece de sentido ya que el injusto típico de aquél lo comete sólo quien quiere menoscabar de modo permanente la propiedad ajena y no quien sólo se propone una desposesión temporal. Por este motivo el ánimo de apropiación pertenece al tipo del hurto y no sólo a la culpabilidad.

c) Al igual que la concepción del tipo también la teoría de la *antijuricidad* sufrió una transformación profunda. Si hasta este momento y por la influencia de *Binding* la antijuricidad era entendida como quebrantamiento formal de una norma jurídica, ahora se dedujo de la finalidad específica de las disposiciones penales que el injusto *material* debe ser comprendido como *dañosidad social* [40]. El punto de vista material abrió la posibilidad de graduar el injusto según la gravedad de la infracción del interés [41]. Si en la realidad no concurre lesión alguna de aquél, el hecho tampoco puede ser antijurídico. De este modo, con ayuda de la teoría material de la antijuricidad, se logran desarrollar nuevas causas de justificación que van más allá de aquellos casos que poseen un reconocimiento legal; así ocurre, por ejemplo, con el estado de necesidad supralegal basado en la consideración de la utilidad social que existe cuando en una situación sin salida se

---

[35] *Mezger*, Moderne Wege pág. 12.

[36] Así, *Radbruch*, Frank-Festgabe Tomo I pág. 162. La imposibilidad de un supraconcepto comprensivo de la acción y la omisión ya fue tempranamente afirmado por *Radbruch*, Der Handlungsbegriff pág. 143.

[37] Así, *Liszt/Schmidt*, pág. 153 en su nota a pie.

[38] *M. E. Mayer*, Lehrbuch págs. 182 ss.; *Mezger*, Traeger-Festschrift págs. 216 ss.; *Grünhut*, Begriffsbildung págs. 5 ss.; *Hegler*, Frank-Festgabe Tomo I págs. 274 ss.

[39] *H. A. Fischer*, Die Rechtswidrigkeit pág. 138; *Hegler*, ZStW 36 (1915) págs. 31 ss.; *el mismo*, Frank-Festgabe Tomo I págs. 251 ss.; *Sauer*, ZStW 36 (1915) pág. 467; *el mismo*, Grundlagen pág. 344; *Mezger*, GS 89 (1924) pág. 207; *el mismo*, Traeger-Festschrift págs. 195 ss. Resumidamente sobre ello *Sieverts*, Beiträge, 1934.

[40] *Gra zu Dohna*, Rechtswidrigkeit pág. 27; *Hegler*, ZStW 36 (1915) págs. 27 ss.; *M. E. Mayer*, Rechtsnormen pág. 88; *Mezger*, Traeger-Festschrift págs. 198 ss.; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 176; *Zimmerl*, Zur Lehre vom Tatbestand págs. 70 ss. Acerca de las raíces del punto de vista *ético-social* en *Ihering*, Der Zweck im Recht (vid., por ejemplo, Tomo I, 3.ª Ed. págs. 490 ss.) y *G. Jellinek*, Die sozialethische Bedeutung (págs. 106 ss.); vgl. *Baratta*, Iherings Bedeutung págs. 19 ss.

[41] *Kern*, ZStW 64 (1952) págs. 276 ss., con cuyo trabajo sobre los "Grados de la antijuricidad" („Grade der Rechtswidrigkeit") contactan muchas investigaciones posteriores.

salvaguarda un bien jurídico de mayor valor a costa de uno de menor entidad (RG 61, 242 [254]). Bastante significativo fue, además, el cambio en la concepción de la *relación* entre el tipo y la antijuricidad que quedó abierta tras el reconocimiento de elementos normativos del tipo y la comprensión material del injusto. Ahora el tipo ya no aparecía como la descripción de un suceso externo carente de valoración, sino como un ingenioso recurso del legislador para recoger en el tipo delictivo los elementos característicos del contenido de injusto de un hecho. Con ello, el tipo se convirtió en tipo de *injusto* en el sentido de síntesis de los momentos típicos de la antijuricidad de la correspondiente figura de delito [42]. Como consecuencia de su nueva función, esto es, la tipificación del injusto merecedor de pena, el tipo ya no posee el mismo rango que la antijuricidad como sucedía en el sistema clásico, sino que ahora tan sólo cumple el cometido *formal* de describir los límites del comportamiento punible, por lo que los elementos *materiales* del delito vienen a ser sólo la antijuricidad y la culpabilidad.

d) La concepción teleológica del delito también supuso cambios en la *teoría de la culpabilidad*. En este punto, el descubrimiento fundamental es de agradecer a *Frank*. Este autor divisó la culpabilidad en la formación de la voluntad contraria a deber que le puede ser reprochable al autor: "Un comportamiento prohibido es imputable a la culpabilidad de alguien cuando puede serle reprochable haber optado por él" *(concepto normativo de culpabilidad)* [43]. A partir de este momento las cuestiones que la noción psicológica de la culpabilidad había dejado abiertas resultaban fáciles de contestar: A pesar de la existencia de un hecho doloso decae el reproche culpabilístico en casos de inimputabilidad, dado que al enfermo mental no le puede ser exigible una formación de su voluntad que se corresponda con el Derecho. De igual forma, pese a la concurrencia de imputabilidad y dolo hay que negar dicho reproche en el supuesto de estado de necesidad (por ejemplo, en el caso "Mignonte", vid. *supra* § 21 I 2), porque el Ordenamiento jurídico no promueve el heroísmo en caso de peligro para la vida que no puede ser evitado de otra forma [44]. En la imprudencia el reproche culpabilístico no se dirige contra lo negativo de la "ausencia de representación del resultado", sino frente a la desatención mostrada por el autor en el cumplimiento de su deber de cuidado" [45].

3. El sistema valorativo de la teoría neoclásica del delito, caracterizado por la disolución del concepto de acción, la nueva orientación de la función del tipo y la reorganización de la antijuricidad y la culpabilidad, es defendido todavía hoy en Alemania por algunos pocos autores [46] pero

---

[42] *Sauer,* Grundlagen pág. 307 y págs. 339 ss.; *Mezger,* Lehrbuch págs. 182 ss.; *Zimmerl,* Zur Lehre vom Tatbestand pág. 64.

[43] *Frank,* Aufbau des Schuldbegriffs pág. 11. Al desarrollo de la teoría normativa de la culpabilidad dedicó especialmente su obra *Goldschmidt,* Österr. Z. f. Strafr. 4 (1913) págs. 129 ss., 224 ss.; *el mismo,* Frank-Festgabe Tomo I págs. 431 ss. Vid., además, *Schumacher,* Strafrechtsschuld págs. 1 ss. Acerca de la individualización extrema del juicio de culpabilidad en *Freudenthal* y *Goldschmidt* vid. *Achenbach,* Schuldlehre págs. 143 ss.

[44] *Goldschmidt* (vid. *supra* nota a pie núm. 43) págs. 162 ss.; *Henkel,* Der Notstand págs. 16 ss.; *Marcetus,* Zumutbarkeit pág. 68.

[45] *Seuffert,* Die Reform des StGB pág. 45.

[46] Por ejemplo, *Kohlrausch/Lange,* Syst. Notas preliminares II-IV; *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 175, 387 ss.; *Spendel,* Bockelmann-Festschrift pág. 252. Una posición especial mantiene *H. Mayer,* Lehrbuch pág. 103 y Grundriß pág. 60 con su teoría de la unión dialéctica del injusto y la culpabilidad que conecta con *Hegel* y *Binding* y ha influido sobre *Schmidhäuser.* Las obras que anteriormente defendían un concepto neoclásico de delito se han convertido entretanto a la estructura finalista; vid. *Blei* Allg. Teil pág. 61; *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núm. 9 antes del § 13; *Preisendanz,* nota preliminar B V 3; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núms. 52 ss antes del § 13.

domina en el extranjero en una parte de la doctrina penal [47]. Los **puntos débiles de este sistema**, tal y como surgieron en los años veinte, residieron políticamente en el acento de la neutralidad frente a los valores fundamentales del Derecho penal, perjudicando así tanto a la posición de la Ciencia en la creciente discusión con la ideología del Estado totalitario como a los problemas sociales del período industrial; del mismo modo, ha favorecido el desmoronamiento de la Dogmática y la Política criminal [48]. Por el contrario, las objeciones *teóricas* pasan a un plano accesorio. Éstas se referían a diversas contradicciones y lagunas que exigieron con posterioridad transformaciones e integraciones. Y así, el concepto de acción que había sido degradado a una fórmula sin contenido necesitó de una nueva concepción para poder devolverle su posición como concepto básico del sistema. Por su parte, la visión del dolo como forma de culpabilidad se hizo insostenible tras el descubrimiento de elementos subjetivos del injusto y la victoria del concepto normativo de culpabilidad. Requirió un método convincente para el tratamiento del error sobre la antijuricidad después de que *Frank* hubiera deducido el contenido culpabilístico del error de prohibición vencible del concepto normativo de culpabilidad [49]. Finalmente, tras ser reconocido el perfil culpabilístico del hecho imprudente, debió también ser determinado autónomamente su especial contenido de injusto. Las necesarias modificaciones en la estructura del delito las emprendió la sistemática procedente del finalismo (vid. *infra* § 22 V).

IV. La doctrina del Derecho penal en la Escuela de Kiel

Dahm, Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft, ZStW 57 (1938) pág. 225; *el mismo*, Der Tätertyp im Strafrecht, Festschrift für H. Siber, Tomo I, 1941, pág. 183.; *Dahm/Schaffstein*, Liberales oder autoritäres Strafrecht? 1933; *Eckert*, Was war die Kieler Schule? en: Säcker (Ed.), Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, 1992, pág. 37; *Marxen*, Die rechtsphilosophische Begründung der Straftatlehre im Nationalsozialismus, ARSP, número complementario núm. 18, 1983, pág. 55; *Mezger*, Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht, Zeitsch. Akad. f. deutsches Recht 1937, pág. 417; *Schaffstein*, Nationalsozialistisches Strafrecht, ZStW 53 (1934) pág. 603; *el mismo*, Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems, ZStW 57 (1938) pág. 295; *Schwinge/Zimmerl*, Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht, 1937.

---

[47] En relación con Austria vid., con anterioridad, *Nowakowski*, Grundriß págs. 39 ss. (de modo diverso, sin embargo, desde JBl 1972, pág. 22, donde introduce el cambio hacia una teoría del injusto personalista; en la actualidad vid. *el mismo*, WK nota preliminar núm. 9 antes del § 3); en Suiza *Schwander*, Das schweiz. StGB págs. 66 ss. y *Schultz*, Einführung I págs. 139 ss.; en Italia, *Bettol/Pettoello Mantovani*, Diritto penale págs. 323 ss., 501 ss.; en España, *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 456 ss.; en los Países Bajos *Pompe*, Handboek págs. 39 ss.; en Bélgica, *Dupont/Verstraeten*, Handboek págs. 183 ss. Por el contrario, la doctrina francesa defiende como antes la distinción entre "élément matériel" (imputación objetiva) y "élément moral" (imputación subjetiva) que se remonta a *Rossi* y *Ortolan*; vid. *Merle/Vitu*, Traité I núms. 450 ss., 546 ss.; *Stefani/ Levasseur/Bouloc*, Droit pénal général núms. 170 ss., 211 ss. Al respecto, *Jescheck*, ZStW 98 (1986) págs. 7 ss. Al igual que en la doctrina francesa, en Bélgica *Tulkens/van de Kerchove*, Introduction págs. 218 ss., 236 ss.

[48] Sobre la cuestión del relativismo en Radbruch vid. *E. Wolf*, ARSP 1959, págs. 397ss. y *Baratta*, ibídem págs. 507 ss. así como *Tjong*, Relativismus págs. 53 ss. Acerca de las corrientes políticas en la Ciencia penal que sirvieron de preparativo para el año 1933 *Marxen*, Kampf págs. 76 ss.; en el ámbito de la Criminología *Streng*, MSchrKrim 1993, 141 págs. ss.

[49] *Frank*, Aufbau des Schuldbegriffs pág. 21. Vid. además, *Achenbach*, Schuldlehre págs. 171 ss.

Fundamentalmente por motivos políticos, la **Escuela de Kiel**[50] surgió en los años treinta como pionera del nacional-socialismo en la doctrina penal y como polo opuesto a la postura esencialmente liberal de la época de Weimar. La perspectiva unificadora que quiso superar la "idea divisora" del sistema neokantiano[51], la lucha contra la ampliación de las causas de exculpación como "debilitamiento estructural del Derecho penal", la teoría del tipo de autor que posibilitó la manipulación de la Parte Especial por planteamientos políticos y que supuso una agravación cada vez mayor de la dureza de las sanciones, han desaparecido sin más con el sistema político del que surgieron.

V. El concepto de delito del finalismo

Achenbach, Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, en: *Schünemann* (Ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pág. 135; *P.-A. Albrecht,* Unsicherheitszonen des Schuldstrafrechts, GA 1983, pág. 193; *Bassenge,* Ethik der Strafe, 1934; *Bock,* Ideen und Chimären im Strafrecht, ZStW 103 (1991) pág. 636; *Burkhardt,* Das Zweckmoment im Schuldbegriff, GA 1976, pág. 321; *Cerezo Mir,* Die Auseinandersetzung um die finale Handlungslehre in der spanischen Strafrechtswissenschaft, ZStW 84 (1972) pág. 1033; *Córdoba Roda,* Zum Verbrechensbegriff im spanischen Strafrecht, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 629; *Dannert,* Die finale Handlungslehre Welzels im Spiegel der italienischen Strafrechtsdogmatik, 1963; *Dreher,* Besprechung von Roxin "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem", GA 1971, pág. 217; *Engisch,* Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *Exner,* Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910; *Frommel,* Welzels finale Handlungslehre usw., en: *Reifner/Sonnen* (Edrs.), Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich, 1984, pág. 86; *Gallas,* Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 155; *Germann,* Vorsatzprobleme usw., SchwZStr 77 (1961) pág. 345; *Hirsch,* Der Streit um Handlungs— und Unrechtslehre usw., ZStW 93 (1981) pág. 831 y ZStW 94 (1982) pág. 239; *el mismo,* Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, ZStW 106 (1994) pág. 746; *el mismo,* Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1989, pág. 399; *el mismo,* Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundsätzlicher Sicht, en: *Hirsch/Weigend* (Edrs.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, pág. 65; *Jakobs,* Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *el mismo,* Schuld und Prävention, 1976; *el mismo,* Das Schuldprinzip, 1993; *Jescheck,* Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik im Spiegel der ZStW, ZStW 93 (1981) pág. 3; *el mismo,* Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht, ZStW 98 (1986) pág. 1; *Armin Kaufmann,* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *el mismo,* Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 393; *Arthur Kaufmann* (Ed.), Die ontologische Begründung des Rechts, 1965; *el mismo,* Schuld und Prävention, Festschrift für R. Wassermanzt, 1985, pág. 889; *el mismo,* Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz, Jura 1986, pág. 225; *Felix Kaufmann,* Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtschuld, 1929; *Kim* Zur Fragwürdigkeit und Notwendigkeit des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1987; *Küpper,* Grenzen der normativen Strafrechtsdogmatik, 1990; *Maiwald,* Gedanken zu einem sozialen Schuldbegriff, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 149; *Moos,* Die finale Handlungslehre, Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, Tomo 2, 1974, pág. 5; *Niese,* Vorsatz, Finalität und Fahrlässigkeit, 1951; *Neumann,* Neue Entwicklungen im Bereich der

---

[50] *Dahm/Schaffstein,* Liberales oder autoritäres Strafrecht págs. 29 ss.; *Schaffstein,* ZStW 53 (1934) págs. 603 ss.; *el mismo,* ZStW 57 (1938) págs. 295 ss.; *Dahm,* ZStW 57 (1938) págs. 225 ss.; *el mismo,* Siber-Festschrift págs. 183 ss. Sobre ello *Marxen,* ARSP, número complementatio núm. 18, 1983, págs. 55 ss. así como *Eckert,* Was war die Kieler Schule? págs. 37 ss.

[51] En contra de la perspectiva unificadora *Schwinge/Zimmerl,* Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht, 1937; *Mezger,* Zeitschr. Akad. f. deutsches Recht 1937, págs. 417 ss.

Argumentationsmuster, ZStW 99 (1987) pág. 567; *Nowakowski,* Die Entwicklung der Strafrechtsiehre in Deutschland nach 1945, JBl 1954, págs. 134 y 159; *el mismo,* Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, JZ 1958, págs. 335 y 388; *Otto,* Über den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde, GA 1981, pág. 481; *Piotet,* La doctrine dite finaliste de l'infraction, SchwZStr 71 (1956) pág. 385; *Roxin,* Ein "neues Bild" des Strafrechtssystems, ZStW 83 (1971) pág. 369; *el mismo,* Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, Festschft für E. Heinitz, 1972, pág. 251; *el mismo,* Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª Ed. 1973; *el mismo,* "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Festschrift für H. Henkel, 1974, págs. 171 ss.; *el mismo,* Über den Notwehrexzeß, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág. 105; *el mismo,* Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 279; *el mismo,* Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig? SchwZStr 104 (1987) pág. 356; *Santamaria,* Prospettive del concetto finalistico di azione, 1955; *Schmidhäuser,* Was ist aus der finalen Handlugeslehre eworden? JZ 1986, pág. 109; *Schöneborn,* Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion des Schuldprinzips ZStW 92 (1980) pág. 682; *Schreiber,* Rechtliche Verantwortlichkeit und Schuld, en: *K. Thoma* (Ed.), Schuld: Zusammenhänge und Hintergründe, 1962, pág. 61; *Schünemann,* Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik, Festschrift F Schaffstein, 1975, pág. 159; *el mismo,* Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, en: *el mismo,* (Ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pág. 153; *el mismo,* Strafrechtssystem und Kriminalpolitik, Festschrift für R. Schmitt, 1992, pág. 117; *Stratenwerth,* Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das schweizerische Strafrecht, SchwZStr 81 (1965) pág. 179; *el mismo,* Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977; *el mismo,* Literaturbericht, ZStW 91 (1979) pág. 902; *Streng,* Schuld, Vergeltung, Generalprävention, ZStW 92 (1980) pág. 637; *Suárez Montes,* Weiterentwicklung der finalen Handlungslehre, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 379; *Triffterer,* Die Theorie der objektiven Zurechnung in der österreichischen Rechtsprechung, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 419; *v. Weber,* Grundriß des tschechoslowakischen Strafrechts, 1929; *el mismo,* Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935; *Welzel,* Strafrecht und Philosophie, Kölner Universitätszeitung 12 (1930) núm. 9 pág. 5; *el mismo,* Kausalität und Handlung, ZStW 51 (1931) pág. 703; *el mismo,* Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939) pág. 491; *el mismo,* Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung, SJZ 1947, pág. 409; *el mismo,* Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns, SJZ 1948, pág. 368; *el mismo,* Vom irrenden Gewissen, 1949; *el mismo,* Um die finale Handlungslehre, 1949; *el mismo,* Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre, 1953; *el mismo,* Naturrecht und Rechtspositivismus, Festschrift für H. Niedermeyer, 1953, pág. 279; *el mismo,* Wie würde sich die finalistische Lehre auf den Allgemeinen Teil eines neuen StGB auswirken? Materialien, Tomo I, 1954, pág. 45; *el mismo,* Gesetz und Gewissen, DJT-Festschrift, Tomo I, 1960, pág. 383; *el mismo,* Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4.ª Ed. 1962; *el mismo,* Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 1961; *el mismo,* Vom Bleibenden und vom Vergänglichen der Strafrechtswissenschaft, Erinnerungsgabe für M. Grünhut, 1965, pág. 173; *el mismo,* Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre, JuS 1966, pág. 421; *el mismo,* Zur Dogmatik im Strafrecht, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 3; *E. Wolf,* Krisis und Neubau der Strafrechtsreform, 1933; *Würtenberger,* Der schuldige Mensch vor dem Forum der Rechtsgemeinschaft, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 37; *Zielinski,* Handlungs-und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973.

1. El concepto de delito del finalismo, que desde comienzos de los años treinta ha sido elaborado sobre todo por *Hans Welzel* en diversas etapas, se desvía en su presupuesto metodológico del pensamiento abstracto y del relativismo valorativo característico de la época anterior. *Welzel* quiso convertir nuevamente la esencia real de la **acción humana** en el concepto central de la teoría del delito *(planteamiento ontológico)* [52]. Este autor suministró los conocimientos para proceder en lo sucesivo a una extensa corrección de las ambigüedades y contradicciones emer-

[52] Al respecto vid. *Arthur Kaufmann,* Die ontologische Begründung des Rechts, 1965; *Moos,* Strafrechtliche Probleme págs. 11 ss.; *Hirsch,* ZStW 93 (1981) págs. 836 ss.

gentes del sistema dominante y posibilitó, asimismo, que se colmaran progresivamente las lagunas existentes en aquél [53]. Con ello, en la práctica fueron extraídas consecuencias que ya había apuntado el concepto de delito existente y que en su momento no habrían sido completamente reconocidas por la vieja Dogmática. Esencialmente se pueden obtener los mismos resultados si *no se toma por base la teoría de la acción final* y se adopta la teoría del *injusto* con una orientación "personalista" tal y como mayoritariamente sucede en la actualidad. Por ello, no existe motivo alguno para una "lucha de escuelas" entre finalistas y partidarios de la antigua sistemática [54]. Puede ser completamente reconocido el significado memorable de la teoría del delito de *Welzel* sin tener que estructurar el nuevo sistema sobre la base exclusiva del concepto final de acción. Los avances dogmáticos decisivos también pueden ser fundamentados convincentemente desde una visión tradicional en la medida en que el pensamiento sistemático allí formado sea desarrollado de modo consecuente hasta el final. La diferencia reside en la fundamentación ontológica o, en su caso, normativa, de la estructura del concepto de delito.

El pensamiento finalista estuvo determinado por el cambio de la separación radical entre la realidad y el Derecho propia de los neokantianos, por la **realidad del ser social** [55]. Por ello se esforzó en elaborar las "estructuras lógico-materiales" preexistentes a toda configuración jurídica y a conformar el Derecho penal según la "naturaleza de las cosas" [56]. De este modo, la teoría de la estructura final de la acción humana se basa inmediatamente sobre los conocimientos de la nueva psicología sobre la traslación al mundo exterior de los actos psíquicos [57]. También en el conocimiento valorativo la nueva teoría invocaba a lo preexistente para la existencia humana: "el deber incondicional, el sujeto responsable, la ordenación del actuar ético-social y la concordancia de los Ordenamientos ético-sociales" [58]. El impulso hacia una verdadera **fundamentación ético-social del Derecho penal** también estuvo vinculado a la superación del neutralismo valorativo, lo que vino a expresarse en la concepción personal de la antijuricidad [59], en el postulado de la responsabilidad de la persona por sus decisiones voluntarias objetivamente correctas [60] y en el redescubrimiento de la idea de compensación como sentido ético de la pena [61].

2. Desde el principio la nueva teoría hizo del **concepto de acción comprendido de modo finalista** la base de la estructura del delito [62]. De acuerdo con aquél, el actuar humano pertenece a una categoría del ser completamente distinta a aquélla en la que se integra cualquier suceso causal en la naturaleza. Dicha actuación es "ejercicio finalístico de la actividad". Con auxilio de su conocimiento causal la persona puede dominar el suceso dentro de ciertos límites y, de este modo, dirigir su comportamiento a la completa consecución del fin. La dirección final de la ac-

---

53 Vid. *Welzel*, JuS 1966, pág. 423.

54 *Nowakowski*, JZ 1958, pág. 336; *el mismo*, JBl 1954, págs. 159 ss.

55 *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie pág. 49; *el mismo*, Kölner Universitätszeitung 1930, págs. 5 ss.; la conexión del finalismo con la imagen del mundo político de la época en la que se originó, que ha sido destacada por *Frommel*, en: Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich págs. 90 ss., no ha influido como tal en la doctrina.

56 *Welzel*, Niedermeyer-Festschrift pág. 290.

57 *Welzel*, Das neue Bild p. IX.

58 *Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit pág. 240. Vid., también ya en *Welzel*, ZStW 51 (1931) pág. 715.

59 *Welzel*, Lehrbuch págs. 58 ss.; *Hirsch*, ZStW 93 (1981) págs. 833 ss.

60 *Welzel*, SJZ 1947, págs. 409 ss.; vid., además, *el mismo*, DJT-Festschrift Tomo I pág. 387.

61 Vid. *Bassenge*, Ethik der Strafe págs. 22 ss.; *Welzel*, Lehrbuch pág. 231.

ción se ejecuta con la anticipación espiritual del objetivo, la elección de los medios de acción necesarios y la realización de la acción en el mundo real.

La teoría de la acción final ha tenido sus precursores en *v. Weber*[63], *E. Wolf*[64] y *Graf zu Dohna*[65], aunque en ellos todavía se trata de afirmaciones de las que no han sido extraídas la totalidad de las consecuencias dogmáticas para la transformación del sistema de Derecho penal.

3. En el nuevo sistema del delito la finalidad de la acción típica fue equiparada al dolo[66]. De la estructura final de la acción se deduce la consecuencia de que el dolo, junto con otros elementos subjetivos del injusto, debe pertenecer al tipo, puesto que la función de este último consiste en caracterizar la acción en *todos* sus elementos esenciales para la punibilidad.

De ello resultaron tres **modificaciones fundamentales en la estructura** de la teoría del delito[67].

a) En primer lugar, ahora la *conciencia de la antijuricidad* debió escindirse del dolo (pues aquélla es una pura realización de la voluntad), y convertirse así en el factor central de la culpabilidad; y es que el reproche por la defectuosa formación de la voluntad se dirige al autor sobre todo cuando éste ha resuelto cometer el hecho con conocimiento de su antijuricidad.

b) En correspondencia con ello, además, los casos de error debieron ser diferenciados de modo distinto a como lo hacía el esquema tradicional (error de hecho y error de Derecho)[68]. De acuerdo con la nueva teoría existe, de un lado, el *error de tipo* que excluye el dolo y, con ello, la propia punibilidad porque sin dolo no se realiza el tipo; y de otra parte, el *error de prohibición* que niega la conciencia de la antijuricidad. De ello se dedujo como problema adicional la cuestión del tratamiento del error de prohibición, para lo que *Welzel* introdujo los criterios de *vencibilidad* e *invencibilidad*[69]. Sólo en el caso de error de prohibición invencible debía decaer completamente el reproche culpabilístico, pues de lo contrario éste seguiría existiendo aunque de modo atenuado. La así denominada *teoría estricta de la culpabilidad* también debió regir para el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación (por ejemplo, para la legítima defensa putativa)[70].

c) Finalmente, trajo por consecuencia que la *participación* (inducción y complicidad) sólo pueda existir en el caso de que el hecho principal sea doloso porque la ausencia de dolo ya determina la exclusión del tipo del hecho principal[71].

Con el traslado del dolo se alcanzó al fin una subjetivización de la antijuricidad que además condujo a un cambio en el concepto material del injusto. A partir de este momento los elementos subjetivos del tipo fueron agrupados junto con el dolo bajo el concepto superior de "elementos personales del injusto", y el "desvalor de acción" confrontado al "desvalor de resultado" (vid.

---

62 *E. Wolf*, Krisis und Neubau pág. 39.

63 *v. Weber*, Tschechoslowakisches Strafrecht pág. 16; *el mismo*, Aufbau págs. 8 ss.

64 *E. Wolf*, Krisis und Neubau pág. 39.

65 *Graf zu Dohna*, Verbrechenslehre pág. 28.

66 *Hirsch*, ZStW 93 (1981) pág. 837. En esta equiparación *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 173 divisa el error fundamental del planteamiento que él mismo busca superar a través del desdoblamiento del dolo (págs. 203 ss.).

67 Vid., con mayor detenimiento, *Welzel*, Materialen Tomo I págs. 45 ss.

68 *Welzel*, Aktuelle Strafrechtsprobleme págs. 10 ss.

69 *Welzel*, SJZ 1948, pág. 368; *el mismo*, Vom irrenden Gewissen págs. 6 ss.

70 *Welzel*, Das neue Bild págs. 70 ss.

71 *Welzel*, ZStW 58 (1939), págs. 537 ss.

también *supra* § 7 I 1 a)[72]. La doble contemplación de la antijuricidad, bajo los aspectos de la voluntad de acción antijurídica y de la infracción del objeto, mostró que el injusto no se agotaba en la causalidad del resultado socialmente dañino sino que debía ser visto en una "deficiencia socialmente considerable" de la persona, concepto éste en el que están fusionadas la voluntad de acción del delincuente y el resultado delictivo.

4. También la esencia de la **imprudencia**, cuyos diversos elementos integrantes habían permanecido escondidos tras la denominación global de "forma de culpabilidad", pudo ser clarificada a partir de ahora[73]. Como infracción del cuidado exigible en el tráfico, la imprudencia es un elemento del tipo y como reprochabilidad personal por la ausencia de cuidado es un elemento de la culpabilidad (vid. *infra* § 54 I 3). Con ello fue ejecutada, simultáneamente, la separación con carácter general del dolo y la imprudencia que ya no aparecen como formas de culpabilidad sino como elementos del injusto típico.

Tampoco esta teoría era nueva. El planteamiento que sitúa la infracción del deber objetivo de cuidado junto al resultado como integrantes de la antijuricidad de la acción imprudente se encuentra ya en las monografías clásicas sobre la imprudencia[74]; no obstante, a partir de este momento se dirigió hacia el desarrollo de una nueva Dogmática de la imprudencia.

5. El concepto de delito del finalismo fue ultimado por *Armin Kaufmann*[75] a través de la fundamentación de una nueva teoría del **delito omisivo** que, desde este momento, fue entendido junto con los delitos de comisión dolosos e imprudentes como tercera forma de manifestación del hecho punible que poseía una estructura autónoma de sus elementos. La omisión (vid. *infra* §§ 58-60) es para los finalistas una forma especial del delito que ni siquiera es abarcada por el concepto final de acción, y que sólo a través de la conversión del pensamiento sistemático desarrollado para el delito de comisión puede ser entendida en todos sus aspectos.

6. En Alemania el concepto de acción final sólo se ha impuesto en una parte de la Ciencia del Derecho penal[76]. Sin embargo, las **consecuencias del finalismo** para la transformación del concepto de delito también son frecuentemente reconocidas como un acierto por quienes se encuentran fuera del círculo de los partidarios del concepto final de acción y vienen a fundamentarlo autónomamente a partir del concepto de injusto personal[77]. En el extranjero el concepto final de acción ha encontrado un rechazo mayoritario[78], pero también allí existen autores que consideran un avance la transfor-

---

72 *Welzel*, ZStW 58 (1939) págs. 523 ss.

73 *Welzel*, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte págs. 11 ss.; vid., también, *Niese*, Finalität págs. 53 ss.

74 *Exner*, Fahrlässigkeit pág. 193; *Engisch*, Untersuchungen págs. 278, 343 ss.

75 *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte págs. 92 ss., 239 ss.

76 Sobre sus partidarios vid., con más detalle, *Hirsch*, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik pág. 66 nota a pie núm. 4; además, *Küpper*, Grenzen págs. 44 ss.

77 Vid., siguiéndolo en este sentido *Gallas*, Beiträge págs. 32 ss.; *el mismo*, Bockelmann-Festschrift págs. 155 ss.; además, *Blei*, Allg. Teil págs. 112 ss. y 206; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 48 ss.; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núms 4 y 9 antes del § 13; *Haft*, Allg. Teil págs. 66 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 6/32; *Jescheck*, ZStW 93 (1981) págs. 17 ss.; *el mismo*, ZStW 98 (1986) págs. 9 ss.; *Lackner*, nota preliminar núms. 7 y 15 antes de los §§ 13, 15 núms. 36 y 49; *Roxin*, Strafrechtliche Grundlagenprobleme págs. 89 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núms. 54 ss. antes de los §§ 13 ss.; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núms. 18 y 36 antes del § 1, nota preliminar núm. 5 antes del § 32; *Wessels*, Allg. Teil núms. 92 ss., núms. 139 ss.

78 En Austria vid. la detenida crítica de *Nowakowski* JZ 1958, págs. 335 ss.y 388 ss. Sobre el eco negativo de esta teoría en Italia vid. *Dannert*, Die finale Handlungslehre págs. 2 ss.; en Portugal *Hünerfeld*,

mación de la teoría del delito operada por el finalismo [79]. Además, tampoco puede subestimarse la influencia que el finalismo ha ejercido sobre la jurisprudencia y la legislación:

Las etapas más importantes en el desarrollo de la jurisprudencia fueron la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal del BGH acerca de la teoría de la culpabilidad y el tratamiento del error de prohibición (BGH 2, 194 [196 ss.]), la sentencia de la Sala 5.ª sobre la posición del dolo en el tipo de injusto (BGH 4, 76 [78]), sobre la distinción entre error de tipo y error de prohibición (BGH 4, 347 [352]) y sobre el contenido esencial de la autoría (BGH 8, 393 [396]), la sentencia de la Sala 2.ª relativa a la exigencia del carácter doloso del hecho principal (BGH 9, 370 [375]) y la decisión del Pleno de la Sala de lo Civil sobre la determinación del injusto de la acción por la infracción del deber de cuidado en los delitos imprudentes (BGHZ 24, 21). En la reforma del Derecho penal la nueva Parte General asumió la distinción entre error de tipo y error de prohibición (§§ 16, 17), el tratamiento del error de prohibición de acuerdo con los postulados de la teoría de la culpabilidad (§ 17) y la exigencia de dolo en el hecho principal para las hipótesis de participación (§§ 26, 27).

VI. Su desarrollo más reciente

(véase la bibliografía del apartado V)

¿Cuáles serán los caminos por los que avanzará la **teoría general del delito del futuro** [80]? Hay que contar con que seguirá imponiéndose el sistema que sirvió de base al concepto finalista de delito por resultar convincente con independencia de que se sustente o no la teoría final de la acción. En esta dirección caminan casi todas las nuevas exposiciones teóricas y comentarios. La nueva configuración del concepto de delito también va prevaleciendo progresivamente en los países extranjeros ligados a la Dogmática alemana. Más allá del cambio de sistema que siguió al finalismo también deben mencionarse nuevas aportaciones dirigidas a una ampliación adicional de la teoría del delito:

1. El finalismo en sentido estricto de *Welzel* es continuado fielmente por *Hirsch* en la estructura de la teoría del delito [81]. Por el contrario, otros de sus discípulos han continuado el desarrollo de su pensamiento esencial finalista hasta *posiciones extremas inaceptables*. Y así, para

---

Strafrechtsdogmatik in Deutschland und Portugal págs. 207 ss. En Suiza *Piotet*, SchwZStr 71 (1956) págs. 409 ss. sostiene parcialmente la teoría de la acción final; *Stratenwerth*, SchwZStr 81 (1965) págs. 179 ss. y en Schweiz. Strafrecht Allg. Teil I págs. 107 ss. la defiende; *Schultz*, Einführung I págs. 119 ss. y *Graven*, L'infraction págs. 57 ss. la rechazan. En los Países Bajos *Hazewinkel-Suringa/Remmelink*, Inleiding págs. 161 ss. se prununcian en contra de ella. En España, por el contrario, la mantienen *Córdoba Roda*, Maurach-Festschrift págs. 629 ss.; *Cerezo Mir*, ZStW 84 (1972) págs. 1033 ss. y *Suárez Montes*, Welzel-Festschrift págs. 379 ss.; en Italia *Santamaria*, Prospettive, 1955. Se encuentra superada la detallada crítica de *Jiménez de Asúa*, Tomo III págs. 359 ss.

[79] Así en Austria *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 9 antes de los §§ 3 — 5; *Triffterer*, Allg. Teil págs. 90 ss.; referencias adicionales en *el mismo*, Klug-Festschrift Tomo II pág. 434 nota a pie núm. 66; en Suiza *Germann*, Verbrechen pág. 29; *el mismo*, SchwZStr 77 (1961) pág. 345; *Noll/Trechsel*, Allg. Teil I págs. 83 ss.; *Rehberg*, Strafrecht págs. 54 ss.; en España *Mir Puig*, Derecho penal págs. 126, 255; *Bacigalupo*, Manual pág. 73 con referencias adicionales; en Brasil *Fragoso*, Lições p.155.

[80] Vid. *Welzel*, Grünhut-Erinnerungsgabe págs. 173 ss.

[81] *Hirsch*, ZStW 93 (1981) pág. 831, ZStW 94 (1982) pág. 239; además, *Küpper*, Grenzen págs. 144 ss. Acerca del desarrollo de la teoría final de la acción en otros autores vid. *Schmidhäuser*, JZ 1986, págs. 111 ss.

Armin Kaufmann [82] y *Zielinski* [83] en el concepto de injusto personal sólo sería decisivo el desvalor de acción, mientras que el resultado, la verdadera infracción jurídica, únicamente entra en consideración como una condición objetiva de punibilidad. De este modo, el contenido de injusto del hecho punible doloso se reduciría notablemente. Asimismo, en los delitos imprudentes *Stratenwerth* [84] y *Jakobs* [85] quieren hacer depender la propia tipicidad de la acción de la capacidad individual del autor en el cumplimiento de la necesaria previsión y deber de cuidado. Con ello, sin embargo, desaparecería en este ámbito cualquier distinción entre el injusto y la culpabilidad.

2. *Schmidhäuser* ha desarrollado como síntesis un sistema autónomo a través del cual se intentan superar los "antagonismos existentes entre la teoría clásica y la concepción final de la acción" [86]. Se trata de una sistemática teleológica de los elementos del delito en la que la relación entre el delito y la pena se encuentra en un primer plano (pág. 140). El fin de la pena es visto sólo en la prevención general (págs. 52 ss.). Para la interpretación del Derecho penal *Schmidhäuser* se asegura una amplia libertad por medio de la distinción entre el tenor literal y la interpretación del tipo (págs. 23 ss.), llegando a renunciar a su posible sentido literal como límite admisible (pág. 112). Característico es el desdoblamiento del concepto de dolo cuyo elemento intelectual se sitúa en la culpabilidad junto con la conciencia del injusto, mientras que la voluntad entendida en sentido estricto como "intención" la acomoda en el injusto (págs. 178 ss.). La cuestión del libre albedrío permanece abierta a pesar de que necesita verdaderamente una respuesta, puesto que para la fundamentación de la culpabilidad apenas puede bastar con "comprobar la transgresión valorativa espiritual"(pág. 369).

3. También la propuesta de *Roxin* [87] parte del planteamiento sistemático básico de que los elementos del concepto de delito deben ser armonizados con los fines político-criminales (pág. 10) [88]. Y así, el tipo es contrapuesto al "leitmotiv" del mandato de determinación de la Ley (pág. 15). En las causas de justificación se trata de buscar soluciones a los conflictos de acuerdo con "un número limitado de principios de ordenación material" (pág. 26). La culpabilidad es "impregnada político-criminalmente con la teoría de los fines de la pena" (pág. 33) [89]. En especial, las causas de exclusión de la culpabilidad no sólo descansan sobre aspectos de la inexigibilidad, sino también en que en estos casos la pena no aparece justificada por razones de prevención general o especial [90]. Por ello, *Roxin* quiere completar la actual exigencia de culpabilidad con la

---

[82] *Armin Kaufmann*, Welzel-Festschrift págs. 410 ss.

[83] *Zielinski*, Handlungs-und Erfolgsunwert págs. 143, 172 ss., 208 ss. Críticamente, *Gallas*, Bockelmann-Festschrift págs. 161 ss.; *Hirsch*, Kölner Festschrift págs. 409 ss.

[84] *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 1097 ss.

[85] *Jakobs*, Studien págs. 48 ss., 55 ss.; *el mismo*, Allg. Teil 9/8 ss. Para una revisión crítica *Schünemann*, Schaffstein-Festschrift págs. 161 ss.; *Hirsch*, Kölner Festschrift pág. 410.

[86] *Schmidhäuser*, Allg. Teil p. IV; *el mismo*, Studienbuch págs. 58 ss. Vid. la recensión crítica a la 1.ª ed. del Manual que realiza *Roxin*, ZStW 83 (1971) págs. 369 ss.

[87] *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª Ed. 1973.

[88] A la crítica de *Dreher*, GA 1971, pág. 217 consistente en que fija demasiado rígidamente los puntos de referencia político-criminales, *Roxin* ha opuesto el argumento de que sólo se trata de los "fines principales" (pág. 50).

[89] La misma idea básica se encuentra ya también en *Felix Kaufmann*, Grundprobleme págs. 61 ss.

[90] *Roxin*, Henkel-Festschrift págs. 171 ss. (estado de necesidad); *el mismo*, Schaffstein-Festschrift págs. 116 ss. (exceso en la legítima defensa); *el mismo*, Heinitz-Festschrift págs. 273 ss. (desistimiento en la tentativa); *el mismo*, Bockelmann-Festschrift págs. 289 ss. (error de prohibición).

categoría de la necesidad preventivo-general de la pena, integrando ambas bajo un nuevo concepto de "responsabilidad" *(concepto funcional de culpabilidad)* [91]. Del mismo modo, la culpabilidad ya deja de ser vista como un elemento fundamentador de la pena para pasar a ser sólo el límite superior de la determinación de la pena, por debajo del cual sólo debe actuarse con puntos de vista de la prevención general o especial (igualmente, § 59 II AE) [92]. En contra de la limitación de la determinación de la pena a consideraciones de corte preventiva habla, sobre todo, el hecho de que con ello se pierde el punto de conexión con la cualidad moral de la acción humana y, simultáneamente, el elemento sustentador de la prevención general positiva [93]; también lo hace la circunstancia de que la prevención general como medida necesaria de la pena no admite en absoluto una averiguación racional.

4. Sin embargo, esta línea intermedia que acoge *Roxin* de configurar al principio de culpabilidad como límite superior en la determinación de la pena junto con el juicio de necesidad de la misma basada en criterios preventivo-generales, también ha sido sobrepasada por nuevas interpretaciones del concepto de culpabilidad. En este sentido *Jakobs* ya no entiende a la culpabilidad como una categoría autónoma sobre la que descansa la valoración individual sobre la posibilidad del autor de actuar de otro modo, sino simplemente como función de la correspondiente necesidad de pena que demanda la sociedad [94]. *Achenbach* [95] se adhiere a la renuncia a la culpabilidad sobre la fundamentación de que no se necesita la culpabilidad para poner coto a las desmesuradas exigencias preventivo-generales, pues la justicia de la sanción ya estaría asegurada suficientemente mediante el "límite inmanente de una prevención general bien entendida en el sentido de una orientación normativa" (prevención general integradora [96]). La sustitución de la culpabilidad por la prevención general resulta, no obstante, de todo punto rechazable [97] porque con ello

---

[91] *Roxin*, Henkel-Festschrift págs. 181 ss. Acerca de la traslación de este pensamiento director al sistema del Derecho penal, *Roxin*, Allg. Teil I § 7 núms. 50 ss. De acuerdo con él, *Schünemann*, Funktion pág. 169. En contra, *Lackner*, nota preliminar núm. 25 antes del § 13; *Schöneborn*, ZStW 92 (1980) pág. 688; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 117 antes del § 13; *AK (Schild)* §§ 20, 21 núm. 71; *Hirsch*, ZStW 106 (1994) págs. 755 ss.; *LK* (11.ª)*(Jescheck)* nota preliminar núms. 23 ss. antes del § 13.

[92] *Roxin*, Arthur Kaufmann-Festschrift págs. 521 ss.; *el mismo*, Allg. Teil I § 3 núms 46 ss.

[93] En contra de la retirada del principio de culpabilidad en la delimitación del marco punitivo, *Arthur Kaufmann*, Jura 1986, pág. 230; *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núm. 9a; *Hirsch*, ZStW 106 (1994) págs. 755 ss.

[94] *Jakobs*, Schuld und Prävention págs. 31 ss. ("La culpabilidad como derivado de la prevención general"); *el mismo*, Allg. Teil 17/21 (los límites de la atribución de culpabilidad tienen que "estipularse"); *el mismo*, Das Schuldprinzip pág. 25 (la culpabilidad como "déficit en la motivación de la fidelidad al Derecho"); de modo similar, *Streng*, ZStW 92 (1980) págs. 637 ss.

[95] *Achenbach*, Individuelle Zurechnung págs. 135 ss., 150; *Streng*, ZStW 92 (1980) págs. 664 ss.; *el mismo*, ZStW 101 (1989) págs. 283 ss.

[96] Fundamental al respecto *Roxin*, Bockelmann-Festschrift págs. 304 ss.

[97] Igualmente, *Otto*, GA 1981, págs. 481 ss.; *P.-A. Albrecht*, GA 1983, págs. 195 ss.; *Arthur Kaufmann*, Wassermann-Festschrift págs. 892 ss.; *el mismo*, Jura 1986, págs. 229 ss.; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 14 A 6; *Bock*, ZStW 103 (1991) págs. 647 ss., 654 ss.; *Lackner*, nota preliminar núm. 25 antes del § 13; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 30 núm. 49; *Roxin*, SchwZStr 104 (1987) pág. 365; *Burkhardt*, GA 1976, págs. 335 ss.; *Schöneborn*, ZStW 92 (1980) págs. 682 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 117 antes de los §§ 13 ss.; *Stratenwerth*, Schuldprinzip págs. 28 ss.; *el mismo*, ZStW 91 (1979) págs. 919 ss.; *Würtenberger*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 37 ss.; *Schünemann*, Funktion págs. 174 ss.; *el mismo*, R. Schmitt-Festschrift pág. 135; *Schreiber*, Rechtliche Verantwortlichkeit pág. 66; *Maiwald*, Lackner-Festschrift págs. 161 ss.; *Kim*, Schuldprinzip pág. 88; *Hirsch*, Kölner Festschrift págs.418 ss.; *el mismo*, ZStW 106 (1994) págs. 752 ss.; *Küpper*, Grenzen págs. 157 ss.; *Kühl*, Allg. Teil §10 núms 2 ss.

se renunciaría a la orientación del Derecho penal hacia la responsabilidad personal del autor por su hecho, perjudicando así la justicia individual. La desaparición del principio de culpabilidad conduce a una estrategia intimidatoria sin distinción de ningún tipo, tal y como evidencia la aplicación de la "strict liability" en Derecho penal anglo-americano [98] o en Francia la de los "délits purement matériels" en los delitos imprudentes [99]. La culpabilidad y la prevención general se encuentran en niveles distintos. En la primera se trata de la cuestión de si, y en qué grado, el hecho puede ser personalmente reprochado al autor, mientras que en la segunda se trata de si, y en qué medida, resulta necesaria una sanción contra el autor por el hecho culpable para preservar la fidelidad al Derecho por parte de la colectividad, lo que únicamente puede alcanzarse a través de una pena "merecida" [100].

5. De lo que sobre todo se carece en la Dogmática actual es de la elaboración diferenciada de los elementos del moderno concepto de delito en aquellos puntos en los que por el momento todavía se trabaja con discutibles cláusulas generales, a saber, en los delitos de peligro concreto, en la delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente, en los criterios para determinar la vencibilidad del error de prohibición, en las reglas de la infracción del deber de cuidado y de la imputación personal en el marco de la imprudencia, en los deberes de garante y la cláusula de equiparación en el ámbito de los delitos de omisión impropia, así como en la delimitación entre autoría y participación. Mucho de lo que aquí se verá con detalle será objeto de una refutación posterior. No existe ninguna teoría del delito que pueda ser más que un proyecto transitorio o efímero. A pesar de ello puede decirse que la sistemática moderna procedente del finalismo ha alcanzado un alto grado en su fuerza de convicción. Es menor el peligro de que se trastorne por nuevas ideas sistemáticas procedentes del exterior, a que ella misma se destruya por la falta de contacto con la praxis.

§ 23 El concepto penal de acción y las cuestiones relacionadas con ella

Androulakis, Menschliches Verhalten als zentraler Bezugspunkt rechtlicher und insbesondere strafrechtlicher Normierung, Festschrift für J. Zepos, Tomo I, 1973 (impresión especial); *Baumann,* Hat oder hatte der Handlungsbegriff eine Funktion? Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 181; *Behrendt,* Die Unterlassung im Strafrecht, 1979; *el mismo,* Das Prinzip der Vermeidbarkeit im Strafrecht, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 303; *Bloy,* Finaler und sozialer Handlungsbegriff, ZStW 90 (1978) pág. 609; *Brammsen,* Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes usw., JZ 1989, pág. 71; *v. Bubnoff,* Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966; *Busch,* Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, 1949; *Engisch,* Der finale Handlungsbegriff, Festschrift für E. Kohlrausch, 1944, pág. 141; *el mismo,* Besprechung von A. Kaufmann, "Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte", JZ 1962, pág. 189; *el mismo,* Vom Weltbild des Juristen, 2.ª Ed. 1965; *el mismo,* Tun und Unterlassen, Festschrift für W Gallas, 1973, pág. 163; *el mismo,* Logische Überlegungen zur Verbrechensdefinition, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 343; *Franzheim,* Sind falsche Reflexe der Kraftfahrer strafbar? NJW 1965, pág. 2000; *Gehlen,* Der Mensch, 13.ª Ed. 1986;

---

[98] *LaFave/Scott,* Substantive Criminal Law I págs. 340 ss., 348 ss.

[99] *Jescheck,* ZStW 98 (1986) pág. 15. El art. 121-3 del Código penal de 1994 limita ahora las "infractions matérielles" a las faltas (al respecto, *Pradel,* Le nouveau Code pénal núms 48 ss.).

[100] Al final de su defensa del concepto funcional de culpabilidad *Neumann,* ZStW 99 (1987) pág. 592, se hace a *sí mismo* la decisiva objeción de que la idoneidad en el fin de la pena es una función de su adecuación a la culpabilidad, pero no a la inversa.

Glöckner, Cogitationis poenam nemo patitur, 1989; *Gössel*, Wertungsprobleme des Begriffs der finalen Handlung usw., 1966; *Hall*, Fahrlässigkeit im Vorsatz, 1959; *Henkel*, Der Mensch im Recht, Studium Generale 1960, pág. 229; *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *el mismo*, Das Wollen beim Vorsatzdelikt usw., JZ 1988, págs. 573, 635; *Hirsch*, Der Streit um Handlungs— und Unrechtslehre usw., ZStW 93 (1981) pág. 831, ZStW 94 (1982) pág. 239; *Hruschka*, Strukturen der Zurechnung, 1976; *Jakobs*, Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 307; *el mismo*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992; *Jescheck*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 139; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959.; *el mismo*, Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 393; *el mismo*, Die Funktion des Handlungsbegriffs im Strafrecht, en: Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982, pág. 21; *Arthur Kaufmann*, Schuld und Strafe, 1966; *el mismo*, Die ontologische Struktur der Handlung, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 79; *el mismo*, Die finale Handlungslehre und die Fahrlässigkeit, JuS 1967, pág. 145; *Kindhäuser*, Intentionale Handlung, 1980; *el mismo*, Kausalanalyse und Handlungszuschreibung, GA 1982, pág. 477; *Klug*, Der Handlungsbegriff des Finalismus als methodologisches Problem, Festschrift für C. A. Emge, 1960, pág. 33; *Krümpelmann*, Motivation und Handlung im Affekt, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 327; *Küpper*, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990; *Maihofer*, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, 1953; *el mismo*, Der soziale Handlungsbegriff, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 156; *Maiwald*, Abschied vom strafrechtlichen Handlungsbegriff? ZStW 86 (1974) pág. 626; *el mismo*, Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte, JuS 1981, pág. 473; *Marinucci*, Il reato come "azione", 1971; *H. Mayer*, Vorbemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff, Festschrift für H. v. Weber, 1963, pág. 137; *Michaelowa*, Der Begriff der strafrechtswidrigen Handlung, 1968; *Moos*, Die finale Handlungslehre, Strafrechtliche Probleme 2 (1974) pág. 5; *Niese*, Finalität, Vorsatz und Fahrlässkeit, 1951; *Noll*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, Kriminologische Schriftenreihe, Tomo núm. 54, 1971, pág. 21; *Nowakowski*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, pág. 19; *Otter*, Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechensaufbau? 1973; *Radbruch*, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904; *Roxin*, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW 74 (1962) pág. 515; *el mismo*, Rechtsidee und Rechtsstoff usw., Gedächtnisschrift für G. Radbruch, 1968, pág. 260; *Schewe*, Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz, 1972; *Schmidhäuser*, Willkürlichkeit und Finalität als Unrechtsmerkmale im Strafrechtssystem, ZStW 66 (1954) pág. 27; *el mismo*, Was ist aus der finalen Handlungslehre geworden? JZ 1986, pág. 109; *el mismo*, Begehung, Handlung und Unterlassung im Strafrecht, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 131; *Eb. Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, 1939; *el mismo*, Soziale Handlungslehre, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 338; *R. Schmitt*, Ordnungswidrigkeitenrecht, 1970; *Spiegel*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Kraftfahrers für Fehlreaktionen, DAR 1968, pág. 283; *Stratenwerth*, Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das schweizerische Strafrecht, SchwZStr 81 (1965) pág. 179; *el mismo*, Unbewußte Finalität? Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 289; *Struensee*, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ 1987, pág. 53; *v. Weber*, Bemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 328; *Weidemann*, Die finale Handlungslehre und das fahrlässige Delikt, GA 1984 pág. 408; *Welzel*, Ein unausrottbares Mißverständnis? Zur Interpretation der finalen Handlungslehre, NJW 1968, pág. 425; *el mismo*, Zur Dogmatik im Strafrecht, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 3; *Ernst Wolf*, Die Lehre von der Handlung, AcP 170 (1970) p.. 181; *E. A. Wolf*, Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen, 1964; *el mismo*, Das Problem der Handlung im Strafrecht, Gedächtnisschrift für G. Radbruch, 1968, pág. 291; *Wolter*, Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit usw., 140 Jahre GA, 1993, pág. 269.

I. Necesidad, función y requisitos del concepto de acción

1. La doctrina penal se esfuerza desde hace tiempo en responder a la pregunta de qué ha de entenderse por **acción** (como punto de partida de todas las discusiones posteriores sobre los elementos del delito). En realidad muchos autores consideran este esfuerzo infructuoso porque si se pudiera encontrar una definición de este tipo sería tan genérica que carecería de valor sistemá-

tico alguno [1]. No obstante, el concepto de acción como punto de referencia para los predicados de la tipicidad, antijuricidad y de la culpabilidad, aparece como algo irrenunciable aún cuando la "suerte de la Dogmática penal" se juega solamente en esos niveles posteriores de la investigación de un comportamiento [2]. Además, el legislador utiliza en las disposiciones sobre Derecho penal internacional (§§ 3-7) un concepto de "hecho" independiente del tipo, de modo que en este nivel previo a la tipicidad debe ser comprobada la existencia de un "hecho" que permita la entrada en consideración del poder punitivo alemán (vid. *supra* § 18 I 1). Pero prescindiendo de este argumento *sistemático* existe también un interés *teórico* en la caracterización positiva de un comportamiento humano con trascendencia jurídico-penal, puesto que de ello se deriva el límite exterior de la imputación de un hecho como "obra del ser humano" [3]. Finalmente, el concepto de acción posee también un significado *práctico* ya que con una formulación adecuada asegura que todo lo que *carece* de importancia para el enjuiciamiento penal quede excluido desde el principio [4].

2. Al concepto de acción le deben bastar distintos *requisitos* para poder cumplir adecuadamente con su función en la estructura de conjunto de la teoría del delito [5]. Ante todo, debe ser aplicable a todas las formas del actuar humano que pueden tener relevancia para el Derecho penal —tanto al comportamiento doloso como al imprudente, así como al activo y al omisivo— *(función de clasificación).* El concepto de acción debe, además, poseer el suficiente contenido material como para que los conceptos jurídico-penales del sistema (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), puedan ser conectados con el primero como especificaciones anexas *(función definitoria).* Por último, debe excluir aquellos comportamientos que bajo ningún punto de vista aparezcan como punibles *(función delimitadora),* sin necesidad de tener que anticipar los elementos específicos del delito.

---

[1] Esta tesis, ya defendida anteriormente (vid. supra § 22 III 2 a), vuelve a recobrar hoy fuerza situándose en un primer plano a la vista de la improductividad del concepto de acción; vgl. *Gallas,* Beiträge págs. 30 ss.; v. *Bubnoff,* Handlungsbegriff págs. 149 ss.; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil págs. 41 ss.; *Klug,* Engel-Festschrift págs. 33 ss.; *Brammsen,* JZ 1989, pág. 76; *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 177 ss.; *Noll,* Der strafrechtliche Handlungsbegriff pág. 11; *Otto,* Grundkurs pág. 63; *Lackner,* nota preliminar núm. 7 antes del § 13; *Fiandaca/Musco,* Diritto penale págs. 94 ss.; *Marinucci,* Il reato págs. 203 ss.; *Otter,* Handlungsbegriff pág. 199; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 37 antes del § 13; *Eser/Burkhardt,* Strafrecht I núm. 3 A núm. 74. Con la fórmula de *Jakobs,* Allg. Teil 6/32: "evitabilidad de una diferencia en el resultado", se abandona un concepto de acción previo al tipo. El concepto de acción que ha continuado desarrollando *Jakobs,* Handfungsbegriff pág. 44, va más allá de una transcripción general del concepto de delito. En los manuales extranjeros rara vez se discute el concepto de acción; el concocido Tratado francés de *Merle/Vitu,* Traité I antes del núm. 454 exige sólo "un comporrement humain". Una excepción constituyen las extensas exposiciones del concepto de acción que realiza *Jiménez de Asúa,* Tomo III págs. 328 ss.; *Glanville Williams,* Criminal Law págs. l ss.; *LaFave/Scott,* Substantive Criminal Law I págs. 272 ss.; *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez,* Derecho penal págs. 361 ss.; *Bettiol/Pettoello Mantovani,* Diritto penale págs. 273 ss.; *Hazewinkel-Suringa/Remmelink,* Inleiding pág. 146; *Trifferer,* Allg. Teil págs. 106 ss.

[2] Así, *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 37 antes del § 13.

[3] En este sentido, *Roxin,* Radbruch-Gedächtnisschrift pág. 262; *Noll,* Handlungsbegriff págs. 28 ss.; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 18 antes del § 1.

[4] Destacan el significado del concepto de acción *Androulakis,* Zepos-Festschrift pág. 13; *Bloy,* ZStW 90 (1978) pág. 632; *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núms. 3 ss. antes del § 13; *Hirsch,* ZStW 93 (1981) págs. 843 ss.; *Arthur Kaufmann,* H. Mayer-Festschrift pág. 81; *Armin Kaufmann,* Handlungsbegriff pág. 32; *Maiwald,* ZStW 86 (1974) pág. 642; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 16 núm. 1; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 142; *Wessels,* Allg. Teil núm. 86; *Welzel* Lehrbuch págs. 31 ss.; *Baumann,* Armin-Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 186 ss.; *Wolter,* 140 Jahre GA pág. 283.

[5] Para más detalles vid. *Maihofer,* Handlungsbegriff págs. 6 ss.

Ejemplo: El movimiento involuntario de un noctámbulo por el que destroza un jarrón ajeno de gran valor no puede dar lugar bajo ninguna circunstancia a la fundamentación de su punibilidad; de ahí que tampoco pueda ser una acción en sentido jurídico-penal. Por otra parte, sería ir demasiado lejos el negar la condición de acción en *todo* tipo de infracción jurídica que se lleva a cabo de un modo inconsciente, ya que de este modo la problemática del comportamiento imprudente (que es una cuestión de la tipicidad y la culpabilidad) se sitúa en un nivel demasiado "bajo" y, con ello, se sobrecargaría el concepto de acción.

II. Estructura y crítica del concepto causal de acción

1. De acuerdo con el concepto suministrado por la Ciencia penal alemana y extranjera, la acción es *un comportamiento humano dominado por la voluntad (voluntario)* que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior, por lo que dicha consecuencia puede consistir o bien en un simple movimiento corporal (delitos de actividad) o bien en uno que vaya acompañado de un resultado en el mundo exterior (delitos de resultado) **(concepto causal de acción)** (vid. *supra* § 22 III 2 a)[6]. Este concepto de acción se denomina "causal" porque la voluntad únicamente es concebida en su función determinante del resultado, pero no como fuerza directora del curso del acontecimiento.

Ejemplo: En un disparo mortal únicamente se comprueba bajo el punto de vista de la acción que el comportamiento "estaba sustentado por la voluntad" y que ha causado el resultado de muerte. Por el contrario, la circunstancia de si la voluntad iba dirigida a dicho resultado sólo es indagada en la culpabilidad.

2. El **examen crítico** del concepto causal de acción muestra que la consideración de todas las modalidades del comportamiento voluntario como simples procesos causales, no comprende la esencia de la intención que guía a las acciones y que es lo que distingue al contingente principal del delito. Seguramente que no siempre la voluntad "como acción" diferencia a la acción humana de los meros acontecimientos de la naturaleza, pero lo específicamente humano en la acción no consiste en la causalidad de la voluntad, pues también las fuerzas de la naturaleza desarrollan efectos causales, sino en la "finalidad" conformadora del curso causal objetivo, algo para lo que únicamente la persona está capacitada[7]. Además, en sí mismo el concepto causal de acción no permite acoger la omisión[8]. La cualidad de la omisión consiste precisamente en que falta el impulso esperado de la voluntad y por ello *no* es puesto en marcha un proceso causal determinado. Finalmente, este concepto conduce a un regreso "ad infinitum" porque, al menos teóricamente, también son acciones los acontecimientos lejanos que en modo alguno se encuentran razonablemente relacionados con el hecho (por ejemplo, el nacimiento del asesino como presupuesto necesario del asesinato)[9]. En parte se ha intentado salvar estas dificultades por me-

---

[6] Así, *Beling*, Lehre vom Verbrechen págs. 9 y 17; *v. Liszt*, Lehrbuch 21.ª/22.ª Ed. pág. 116; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 193; *LK (9.ª) (Heimann-Trosien)* Introducción núm. 31; *Spiegel*, DAR 1968, pág. 283; *Naucke*, Einführung pág. 264; *Mezger*, Lehrbuch págs. 91 ss.; *Kohlrausch/Lange*, Syst. nota preliminar II B; *Bettiol/Pettoello Mantovani*, Diritto penale págs. 280 ss.; *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 369 ss.; *Pompe*, Handboek pág. 88 (acerca de anteriores autores neerlandeses). También de modo similar, BGH 3, 287 (289).

[7] Así, con razón, *Schmidhäuser*, ZStW 66 (1954) págs. 28 ss.

[8] Acertadamente en este sentido, *E. A. Wolf*, Handlungsbegriff págs. 10 ss.; *Pompe*, Handboek pág. 88; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 16 núm. 35.

[9] Así, con acierto, *H. Mayer*, v. Weber-Festschrift págs. 146 ss.

dio de la introducción del concepto de "comportamiento humano" [10], aunque en verdad tampoco se ganó mucho con ello.

III. Estructura y crítica del concepto final de acción

1. Según esta teoría la acción humana no es un simple devenir causal conducido por la voluntad, sino la **actividad dirigida a un fin** (vid. *supra* § 22 V 2). La finalidad descansa en la capacidad de la persona para prever dentro de ciertos límites las consecuencias de su intervención causal, así como para dirigir el curso del acontecimiento hacia el objetivo propuesto conforme a un plan y a través del recurso a sus propios medios. Por este motivo, el evento causal gobernado por la voluntad es la "espina dorsal de la acción final", el "factor directivo que conforma el suceso causal externo". La dirección final de la acción se ejecuta en tres etapas: comienza con la fijación mental del objetivo, a ello le sigue la elección de los medios de acción necesarios para alcanzar aquél y finaliza con la realización de la voluntad de la acción en el mundo real [11].

Ejemplo: En un disparo mortal el autor elige primero su víctima, escoge el arma, apunta a la víctima y, finalmente, realiza su voluntad homicida al disparar.

2. También han sido formuladas **objeciones** en contra del concepto final de acción, aunque con total independencia de que de éste puedan ser extraídas las amplias consecuencias que para el sistema en la elaboración conceptual del delito se han deducido de aquella concepción [12].

a) El concepto final de acción suministra una descripción acertada de las acciones conscientes de la voluntad anticipadas mentalmente. Sin embargo, también conocemos sucesos que a primera vista no se corresponden con la imagen de la acción final. No obstante, cabe clasificarlos también dentro del concepto de finalidad porque la dirección final, aunque no exista conscientemente, puede entrar a jugar en cualquier momento. Esto rige, de un lado, para las *acciones automatizadas* (vgr., andar, escribir, conducir un vehículo) [13], porque en ellas el evento que exteriormente aparece como un acontecimiento mecanizado (aunque inicialmente aprendido) descansa en una dirección inconsciente que, en cualquier momento y por actos de la voluntad, puede convertirse nuevamente en consciente. De otro, es válido también para las *acciones lúdico-creativas* [14], pues en éstas las asociaciones de sentimientos asumen la función de la anticipación mental en la representación del objetivo que, igualmente, pueden ser empujadas hacia la plena consciencia. También rige, finalmente, para las *acciones pasionales* en las que aunque en verdad irrumpen de modo inmediato las fuerzas impulsoras proceden-

---

[10] En esta dirección *Graf zu Dohna*, Verbrechenslehre pág. 14; *Mezger*, Moderne Wege pág. 12; *Nowakowski*, JBl 1972, pág. 21.

[11] Vid. con más detalle *Welzel*, Das neue Bild págs. 1 ss.; *el mismo*, Lehrbuch págs. 33 ss.; *Hirsch*, ZStW 93 (1981) pág. 838 con referencias adicionales; *Stratenwerth*, SchwZStr 81 (1965) págs.183 ss.; *el mismo*, Allg. Teil I núms. 147 ss.; *Busch*, Moderne Wandlungen págs. 7 ss.; *Küpper*, Grenzen págs. 44 ss. Acerca del desarrollo posterior de la teoría final de la acción *Schmidhäuser*, JZ 1986, págs. 109 ss.; él mismo alcanza en cuanto al resultado "conceptos sencillos" ("acción" es un hacer querido, "omisión" es no actuar donde debería haberse hecho) que no contienen definición alguna; vid. *Schmidhäuser*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift pág. 157.

[12] Sobre tales críticas *Roxin*, Allg. Teil I § 8 núms. 18 ss.; *el mismo*, ZStW 74 (1962) págs. 515 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 16 núms. 43 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núms. 31 ss. antes del § 13.

[13] Vid. *Stratenwerth* Welzel-Festschrift págs. 289 ss.; LK (11.ª) (*Jescheck*) nota preliminar núm. 41 antes del § 13; mostrando sus dudas *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 31 antes del § 13.

[14] Vid. la crítica al concepto final de acción que realiza *Hall*, Fahrlässigkeit pág. 15.

tes de la capa profunda de la personalidad, sin embargo la ejecución de la acción misma está regida finalmente (vid. el caso de la BGH 11, 20) [15]. Por lo expuesto las críticas son, pues, infundadas.

b) Pero el concepto final de acción tampoco puede cumplir la misión de un concepto superior que englobe *todas* las formas de comportamiento penalmente relevantes [16]. La dirección del proceso causal a través de impulsos de la voluntad característica del curso de la acción final se encuentra ausente en la *omisión*, con independencia de lo intensa que sea la colaboración emocional del "autor" en el acontecimiento que tiene lugar ante él [17]. Pero más allá, tampoco la *acción imprudente* puede ser clasificada sin fricciones en el concepto final de acción [18]. Seguramente la imprudencia consiste en su mayor parte, como ya advirtieron los finalistas, en una ejecución descuidada de una acción final, pero el descuido en la ejecución no es precisamente un momento de su finalidad [19]. La inobservancia del deber de cuidado, exclusivamente relevante para el enjuiciamiento penal, se encuentra en cierta medida *junto* a la finalidad de la acción; sin embargo, el juicio sobre la negligencia se lleva a cabo sólo en relación con un resultado evitable que en el hecho imprudente se encuentra precisamente *fuera de la relación final*. Tampoco cambia nada el hecho de que el contenido de la voluntad pueda ser determinante de la medida en la inobservancia del deber de cuidado, algo que se demuestra especialmente en los delitos cualificados por el resultado (vid., por ejemplo, §§ 18 y 226 [20]). En éstos, al igual que con frecuencia sucede en las acciones imprudentes, la falta del deber de cuidado no reside en absoluto en que es "dirigida descuidadamente", sino en que aquéllas no suceden de ningún modo. En estos casos, difícilmente puede afirmarse que la "forma y modo" de la ejecución de la acción haya sido poco diligente.

Ejemplos: La enfermera que negligentemente pone una inyección equivocada a su paciente "conduce" su comportamiento de modo descuidado. Por el contrario, si el caso consiste en que el paciente, por su situación, no puede recibir inyección de ningún tipo, no puede decirse que la enfermera, que a pesar de ello le pone la inyección, haya procedido con la infracción de su deber de cuidado en la forma y modo de ejecución de la acción; la deficiencia reside aquí más bien en que aquélla ha actuado.

---

[15] Vid. la crítica de *Henkel*, Studium Generale 1960, págs. 237 ss. Destacan con acierto la cualidad de la acción del hecho pasional *Krümpelmann*, Welzel-Festschrift págs. 334 ss.; *Schewe*, Reflexbewegung pág. 131.

[16] Esto fue también admitido por *Welzel*, Lehrbuch págs. 31 ss. y 129 ss., así como por *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 157. Igualmente, *Armin Kaufmann*, Welzel-Festschift, págs. 393 y ss. Por el contrario, hace énfasis en la necesidad de un concepto amplio de acción que también deba incluir el comportamiento espontáneo y reflejo *v. Weber*, Engisch-Festschrift pág. 337.

[17] Sobre la falta de la "finalidad actual" en la omisión *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte págs. 66 ss. Asimismo, *Welzel*, Lehrbuch pág. 200. La conexión entre la acción y la omisión en el concepto de "capacidad de acción" elaborado por *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte pág. 83, no resulta suficiente porque dicha capacidad de acción es un presupuesto de la acción pero no viene a ser la acción misma. Cuando *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 157 se sitúa sobre la finalidad de la acción esperada, no se expresa nada acerca de la omisión.

[18] Al respecto, especialmente, *Arthur Kaufmann*, Schuld und Strafe pág. 42; *el mismo*, JuS 1967, págs. 145 ss.; *H. Mayer*, Grundriß pág. 49; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 46; *Roxin*, Allg. Teil I § 8 núms. 19 ss. Por el contrario, nuevamente, *Niese*, Finalität págs. 40 ss.; *Welzel*, NJW 1968, págs. 425 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 160 ss.; *Weidemann*, GA 1984, págs. 408 ss.; *Struensee*, JZ 1987, págs. 57 ss.

[19] Tampoco la sustitución por *Welzel*, Maurach-Festschrift pág. 7, del concepto de "finalidad" por el de "conducción" (de origen cibernético) cambia nada al respecto puesto que en la imprudencia se trata sólo de una *posible* conducción.

[20] Téngase en cuenta la nueva redacción sufrida por el § 226 StGB (N del T).

IV. El concepto negativo de acción

Con una descripción negativa se intenta singularizar el concepto de acción del suceso penalmente relevante como "no evitar lo evitable" [21], divisando así también un concepto superior comprensivo del hacer positivo y la omisión al poder ser entendida esta última como el no evitar la inactividad frente a una acción esperada. De este modo, la evitabilidad de lo que no se evita se fundamenta sobre la capacidad de "contradirigir" [22]. Sin embargo, lo que por ser inevitable no depara ninguna responsabilidad penal no suministra ventaja ilustrativa alguna por su obviedad. Por el contrario, la evitabilidad de un resultado penalmente relevante no es una cuestión de la acción, sino de la imputación del acontecimiento posterior a la acción del autor [23].

V. El concepto personal de acción

De acuerdo con este concepto la acción es toda exteriorización de la personalidad que "permite ser atribuida a una persona como centro de acción moral y espiritual" [24]. Por una parte, el concepto personal de acción enlaza exclusivamente con la personalidad como individualidad y, con ello, conecta de forma demasiado profunda con acontecimientos que de ningún modo poseen relevancia social. Pero, por otra parte, es demasiado estrecho para el Derecho penal porque la omisión, como actuación objetivamente imperativa, apenas puede ser entendida como "expresión" de la personalidad en los casos de desconocimiento de la situación de peligro, a pesar de lo cual puede ser un comportamiento punible (como hecho omisivo imprudente).

VI. El concepto social de acción

1. La categoría básica esencial del comportamiento *activo* humano es la *finalidad*, pues es la capacidad para dirigir cursos causales la que caracteriza a la posición del ser humano en la naturaleza. A ello se añade una segunda categoría, la *omisión*, que no sólo tiene relevancia para el Derecho civil (piénsese en la trascendencia del "silencio en el tráfico jurídico") sino también para el Derecho penal. Una omisión existe cuando, de conformidad con las normas del Derecho o la Moral, así como según las reglas de la costumbre o la experiencia, era de *esperar* un hacer activo que no tiene lugar a pesar de que éste hubiera sido posible a través de la puesta en marcha de la finalidad. En atención a la posibilidad de que el suceso sea dirigido, la omisión es igualmente una categoría esencial a la que, sin embargo, se añade un juicio normativo por la expectativa de comportamiento. Si, por lo demás, el concepto de acción puede comprender tanto al hacer como a la omisión, es algo que se discute. En parte se sostiene la idea de que, a causa de la diferencia estructural entre el hacer positivo y la omisión, no es factible elaborar una unidad superior para

---

[21] Así, *Herzberg*, Die Unterlassung pág. 177; *el mismo*, JZ 1988, págs. 576 ss.; *Behrendt*, Die Unterlassung págs. 130 ss.

[22] *Behrendt*, Jescheck-Festschrift Tomo I pág. 304.

[23] En profundidad, pronunciándose en contra de un concepto negativo de acción *Roxin*, Allg. Teil I § 8 núms. 34 ss.; además, *Brammsen*, JZ 1989, págs. 72 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 6/33; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 36 § 13; *Engisch*, Gallas-Festschrift págs. 193 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 87.

[24] Así *Roxin*, Allg. Teil I § 8 núms. 42 ss.; de modo similar, *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 18 antes del § 1; *Arthur Kaufmann*, H. Mayer-Festschrift pág. 101.

ambas manifestaciones del comportamiento [25]; por el contrario, también se admite parcialmente que la omisión evidencia un "modus" de la eficacia del comportamiento humano que es asimilable al actuar positivo [26]. Ambos planteamientos han de rechazarse. Las formas en las que tiene lugar el enfrentamiento del ser humano con su entorno (finalidad en el hacer positivo y la posibilidad de dirigir en la omisión) no pueden ser unificadas en un nivel ontológico, dado que la omisión no es final en sí misma por estar ausente de ella la expectativa de la puesta en marcha de la finalidad. Sin embargo, el hacer positivo y la omisión pueden integrarse en un concepto de acción unitario cuando se alcanza a encontrar un punto de vista superior de carácter *valorativo* que aúne en el ámbito normativo los elementos que, por su esencia material, resultan incompatibles [27]. Esta síntesis debe ser buscada en la *relación del comportamiento humano con su entorno*. Éste es el sentido del concepto de acción *social*. **De acuerdo con ello la acción es un comportamiento humano con trascendencia social** (vid. *supra* § 22 III 2 a) [28]. Aquí el "*comportamiento*" significa toda respuesta de la persona a la exigencia de una situación reconocida o por lo menos reconocible, a través de la realización de una posibilidad de reacción que se le presenta en dicha situación [29]. El comportamiento puede consistir en el ejercicio de la actividad final (finalidad). Pero también puede limitarse a la causación de consecuencias inintencionadas en la medida en que el acontecimiento puede ser dirigido con la intervención de la finalidad (imprudencia). Por último, puede expresarse a través de la inactividad frente a una determinada (aunque no es necesario que esté jurídicamente fundamentada) expectativa de acción, con lo cual tam-

---

[25] Así, *Radbruch*, Handlungsbegriff págs. 131 ss.; *Gallas*, Beiträge págs. 25 ss.; *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte págs. 66 ss.; *Welzel*, Lehrbuch pág. 200; *v. Bubnoff*, Handlungsbegriff págs.149 ss.; *Roxin*, ZStW 74 (1962) págs. 547 ss. Acerca de la posibilidad lógica de un concepto superior para la acción y la omisión vid., no obstante, *Engisch*, Welzel-Festschrift págs. 364 ss. Referencias adicionales en *Engisch*, Gallas-Festschrift pág. 163 nota a pie núm. 1.

[26] Así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 191; *Gössel*, Wertungsprobleme pág. 112; *Maihofer*, Handlungsbegriff pág. 14; *Mezger*, Lehrbuch pág. 132; *E. A. Wolff*, Handlungsbegriff pág. 32.

[27] *Hazewinkel-Suringa/Remmelink*, Inleiding pág. 164: el hacer activo y la omisión se equiparan "in de sociale orde en in de normatieve orde".

[28] El concepto social de acción se defiende de muy distintas maneras; vid. v. *Liszt/Schmidt*, Tomo I, 26.ª Ed. pág. 153; *Eb. Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht pág. 75, en especial en nota a pie núm. 29; *el mismo*, Engisch-Festschrift págs. 339 ss; *Engisch*, Kohlrausch-Festschrift pág. 161; *el mismo*, Weltbild pág. 38; *Maihofer*, Eb. Schmidt-Festschrift págs. 170 ss.; *Preisendanz*, nota preliminar B III 1; *Wessels*, Allg. Teil núm. 93; *E. A. Wolff*, Handlungsbegriff págs. 29 ss.; *el mismo*, Radbruch-Gedächtnisschrift pág. 299. Sobre todo ello vid., además, *Jescheck*, Eb. Schmidt-Festschrift págs. 150 ss. así como en profundidad *Bloy*, ZStW 90 (1978) págs. 611 ss., especialmente pág. 647. Cercanos también a la concepción aquí sustentada *H. Mayer*, Grundriß pág. 75; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 16 núm. 73; *WK (Nowakowski)* nota preliminar 13 antes del § 2; *Würtenberger*, Situation pág. 54; *Arthur Kaufmann*, H. Mayer-Festschrift págs. 96 ss. Con dudas *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 3 A núms. 63 ss. El concepto de acción social se corresponde con lo que *Welzel*, Lehrbuch pág. 31 caracterizó como "ámbito jurídico-penal de actuación normativa". De ahí que también sea defendido por *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 151, porque este concepto no contradice a la teoría final de la acción en su ámbito legítimo. La teoría de la acción de *Ernst Wolf*, AcP 170 (1970) págs. 205 ss. se limita a una descripción de las formas de comportamiento imaginables, pero sin decir sobre qué se fundamenta el juicio de imputación. Sobre este último como base de la "aplicación reglada" *Hruschka*, Zurechnung pág. 13; sobre la base de la "posibilidad decisoria" *Kindhäuser*, Intentionale Handlung págs. 202 ss.

[29] Igualmente, *E. A. Wolff*, Handlungsbegriff pág. 17; *Wessels*, Allg. Teil núm. 93; *Maiwald*, JuS 1981, pág. 476 (acerca de la omisión). De modo similar, *Gehlen*, Der Mensch pág. 32: "Denominamos acciones a los actos que expresan su posición hacia el exterior".

bién aquí se presupone la concurrencia con carácter general de la posibilidad de dirección (omisión) [30]. El requisito del comportamiento "*humano*" indica que para actuar en sentido jurídico-penal sólo se tienen en cuenta modos de comportamiento de personas *individuales*, pero no actos de agrupaciones de personas. Una conducta tiene "*trascendencia social*" exclusivamente cuando se refiere a la relación del individuo con su entorno y afecta al mismo a través de sus efectos [31]. Para ello es necesario que el comportamiento se manifieste exteriormente, por lo que en la omisión es suficiente con la ausencia de efectos que habría tenido el hacer sujeto a expectativa y dirección (por ejemplo, la ausencia de una posible prestación de auxilio en un accidente) [32].

El concepto social de acción engloba con ello *todas* las modalidades de conducta que se tienen en cuenta para el enjuiciamiento penal. Además, encierra los contornos de una *definición* que no sólo describe abstractamente la acción sino que también lo hace en su esencia material de una forma concreta; de este modo, pueden ser mejor determinados, sin necesidad de anticiparlos, los elementos generales del delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad). Finalmente, *excluye aquel tipo de comportamientos* que no pueden tener significado alguno desde una perspectiva penal.

2. Del concepto social de acción se deduce **negativamente** el círculo de modalidades de conducta que desde un principio no son tenidas en cuenta para la imputación penal. Esta función negativa es también reconocida por quienes se oponen a un concepto general de acción [33].

a) Como la acción evidencia la realización de una posibilidad de reacción que se le presenta a la persona, el requisito mínimo del concepto de acción debe ser visto al menos en la cooperación potencial de sus fuerzas psíquicas y mentales [34]. Según ello, no constituyen acción los **reflejos corporales** puramente somáticos en los que el movimiento o la ausencia del mismo se desencadena de modo inmediato a través del correspondiente estímulo del sistema nervioso, al igual que sucede con los movimientos corporales en situación de **inconsciencia** o, finalmente, con los efectos que se derivan de la **fuerza irresistible** (vis absoluta).

Ejemplos: Alguien resulta sobresaltado por la descarga de una corriente eléctrica y de este modo lesiona a otra persona [35]. El conductor de un vehículo que causa un accidente como consecuencia de su

---

[30] Sobre la justificación de la existencia de un concepto de omisión prejurídico de esta naturaleza vid. *Engisch*, JZ 1962, pág. 190.

[31] Vid. *v. Weber*, Engisch-Festschrift pág. 331. Conforme *Jakobs*, Handlungsbegriff pág. 28.

[32] Vid. *Jakobs*, Welzel-Festschrift págs. 318 ss.

[33] Vid. *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núms. 37 ss. antes del § 13. Por el contrario, *Michaelowa*, Begriff pág. 82, entiende por acción "cualquier modo de existencia humana", rechazando con ello la limitación impuesta en el texto; en cambio, *Marinucci*, Il reato pág. 203, se decanta también por una delimitación negativa basada completamente en los tipos delictivos. Igualmente, *Otter*, Handlungsbegriff págs. 179 ss. y *Armin Kaufmann*, Welzel-Festschrift pág. 394. Suministra con acierto una visión estrecha del concepto de "no acción" *Schewe*, Reflexbewegung pág. 75; acerca del concepto de movimiento reflejo *el mismo*, ibídem págs. 55 ss.; *Stratenwerth*, Welzel-Festschrift págs. 297 ss.

[34] En el mismo sentido habla *Kindhäuser*, GA 1982, pág. 495 de la "posibilidad de control" como característica de la acción.

[35] Por el contrario, no constituye reflejo corporal alguno la reacción equivocada del conductor de un vehículo que surge repentinamente como consecuencia de una situación de peligro, pues esta circunstancia es dominable si se posee la experiencia suficiente; vid. sobre ello OLG Frankfurt VRS 28, 364 y *Franzheim*, NJW 1965, pág. 2000. Igualmente debe afirmarse la existencia de una acción cuando el conductor del vehículo realiza una maniobra incontrolada de desviación, al chocar un insecto contra su ojo y provocar de este modo un accidente; vid. OLG Hamm JZ 1974, pág. 716. Sin embargo, *Spiegel*, DAR 1968, pág. 290 reconoce la posibilidad de una "total incapacidad de acción".

estado de inconsciencia por un ataque de epilepsia que no se había manifestado anteriormente (OLG Schleswig VRS 64, pág. 429). Alguien que situado en el borde de una piscina es empujado y golpea a un nadador al caer a ella.

b) La cualidad de acción se niega también en aquel caso en el que alguien permanece inactivo frente a una expectativa de acción por faltarle la *capacidad de acción*, siempre que cualquier otro en su situación tampoco la hubiera podido tener.

Ejemplos: Si el único funcionario de vigilancia nocturna es reducido y encerrado en una celda por unos presos de modo que no pueda evitar su huida, decae la posibilidad de aplicar el § 120 II al poder negarse aquí la capacidad de acción. Asimismo, no existe delito de allanamiento por la permanencia ilegítima según el *§ 123 I (en su segunda alternativa) cuando el viajero que es invitado a abandonar el tranvía no* lo hace durante el trayecto en marcha (RG 75, 355 [358]).

La omisión sólo puede ser entendida como realización de la posibilidad de reacción que se le presenta a la persona de acuerdo con su naturaleza, si puede ser afirmada con carácter general la capacidad para emprender la acción esperada mediante la puesta en acción de la finalidad. Por este motivo, la **capacidad general de acción** pertenece ya al concepto de omisión en el sentido de un "comportamiento" con trascendencia social. Sin embargo, el examen de la capacidad de acción no puede situarse sobre las cualidades personales del individuo en el caso concreto, pues a través del concepto de acción debe ser delimitado aquel ámbito de la conducta humana que *generalmente* se plantea en la imputación penal, de ahí que a la definición de la omisión le deba servir de base la capacidad general de acción. De acuerdo con ello, puede hablarse entonces de una omisión en el sentido del concepto de acción, cuando pueda afirmarse que *otra persona*, situada en el lugar del "autor" a quien hay que imaginar en plena posesión de los conocimientos y capacidades requeridos en la correspondiente situación, habría estado en condiciones de emprender la acción esperada [36].

Ejemplos: Los habitantes de Berlín no han omitido el salvamento de un esquiador acuático que se ahoga en un campeonato celebrado en el "Lago de Constanza" a pesar de que han sido testigos del infortunio por televisión. No obstante, sí lo hace el nadador que encontrándose en la orilla omite el rescate aún cuando la prestación del auxilio estuviera por encima de sus propias fuerzas. En cambio, hay que negar la omisión por parte de los amigos del que se ahoga si a la vista del suceso pierden la conciencia.

c) Tampoco son acciones en el sentido del Derecho penal las múltiples actividades que se desarrollan por parte de las **agrupaciones de personas** (vid. *infra* § 23 VII).

d) Finalmente, el requisito de una manifestación externa del comportamiento excluye del concepto de acción todos aquellos *sucesos* que tienen lugar exclusivamente *en el interior de la persona* (por ejemplo, ideas y sentimientos). Esto es también válido incluso para el caso de que *tales procesos puedan ser detectados a través de métodos psicológicos* ("cogitationis poenam nemo patitur", Dig. 48, 19, 18) [37].

---

[36] Vid. *Maihofer*, Eb. Schmidt-Festschrift pág. 177. Por el contrario, la mayoría de las veces se tiene en cuenta la capacidad *individual* para el *concepto* de omisión; vid. *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núms. 142 ss. antes del § 13; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil I § 46 núm. 49; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 2 antes del § 13; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1031; *Nowakowski*, JBl 1972, págs. 21 ss. y *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 15 antes del § 2.

[37] *Maiwald*, ZStW 86 (1974) pág. 642, apoya especialmente en este punto la necesidad de que sea concebido un concepto penal de acción. Sobre el significado del pasaje del Digesto para la teoría de la tentativa de los glosadores vid. *Glöckner*, Cogitationis poenam nemo patitur, 1989.

3. La función del concepto de acción se agota en caracterizar y delimitar *sustancialmente* el ámbito que generalmente se cuestiona para la imputación penal [38]. Ahí reside también su **valor sistemático.** Por el contrario, del concepto de acción social no pueden ser deducidas consecuencias para la estructura de los conceptos de la antijuricidad y culpabilidad. El marco de ambos elementos materiales de la estructura del delito es en realidad trazado por el concepto de acción en su sentido más amplio, pero su desarrollo *esencial* se consigue de acuerdo con criterios específicamente jurídico-penales.

VII. Sanciones contra personas jurídicas y asociaciones de personas

Achenbach, Diskrepanzen im Recht der ahndenden Sanktionen gegen Unternehmen, Festschrift für W. Stree und J. Wessels, 1993, pág. 545; *Ackermann,* Die Strafbarkeit juristischer Personen usw., 1984; *Brender,* Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht, 1989; *Brickey,* Corporate and White Collar Crimes, 1990; *Busch,* Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände, 1933; *Cohen,* Corporate Crime and Punishment, American Criminal Law Review 26 (1989) pág. 605; *Dannecker,* Die Verhängung von Geldbußen gegen Unternehmen, MSchrKrim 1991, pág. 268; *el mismo,* Strafrecht der EG, en: *Eser/Huber* (Edrs.), Strafrechtsentwicklung in Europa, Tomo 4 / 3, 1995, pág. 1965; *Dannecker/Fischer-Fritsch,* Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, 1989; *Ehrhardt* Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe, 1994; *Engisch,* Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen? Verhandlungen des 40. DJT, Tomo II, 1953, p. E 7; *Foerschler,* Corporate Criminal Intent, California Law Review 78 (1990) pág. 1287; *Göhler* Das neue Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, JZ 1968, págs. 583 y 613; *el mismo,* Die strafrechtlicle Verantwortlichkeit juristischer Personen, ZStW Beiheft Budapest 1978, pág. 100; *Hartung,* Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen? Verhandungen des 40. DJT, Tomo II, 1953, p. E 43; *Heinitz,* Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen? Verhandlungen des 40. DJT, Tomo I, 1953, pág. 67; *el mismo,* Der Ausbau des Strafensystems, ZStW 65 (1953) pág. 26; *Hirsch,* Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden, 1993; *Huss,* Die Strafbarkeit der juristischen Personen, ZStW 90 (1978) pág. 237; *Jescheck,* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Personenverbände, ZStW 65 (1953) pág. 210; *el mismo,* Die Behandlung der Personenverbände im Strafrecht, SchwZStr 70 (1955) pág. 243; *el mismo,* Das niederländische StGB im internationalen Zusammenhang, en: *van Dijk y otros* (Edrs.), Criminal Law in Action, 1986, pág. 5; *Lampe,* Systemunrecht und Unrechtssysteme, ZStW 106 (1994) pág. 683; *Lange,* Zur Strafbarkeit von Personenverbänden, JZ 1952, pág. 261; *Lang-Hinrichsen,* "Verbandsunrecht". Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 49; *Müller-Gugenberger* (Ed.), Wirtschaftsstrafrecht, 2.ª Ed. 1992; *Otto,* Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden, 1993; *Pohl-Sichtermann,* Geldbuße gegen Verbände, 1974; *Riebenfeld,* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden, Jahrbuch der Basler Juristenfakultät 1934, pág. 232; *Rogall,* Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung, ZStW 98 (1986) pág. 573; *Rotberg,* Für Strafe gegen Verbände, DJT-Festschrift, Tomo II, 1960, pág. 193; *Schaffmeister,* Das niederländische Wirtschaftsstrafgesetz, ZStW 85 (1973) pág. 782; *R. Schmitt,* Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände, 1958; *Schünemann,* Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979; *el mismo,* Die Bedeutung der "Besonderen persönlichen Merkmale" für die strafrechtliche Teilnehmer— und Vertreterhaftung, Jura 1980, págs. 354 y 568; *el mismo,* Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität, wistra 1982, pág. 41; *Schünemann/Suárez González* (Edrs.), Madrid-Symposium für K. Tiedemann, 1994; *Schwander,* Der Einfluß der Fiktions-und Realitätstheorie auf die Lehre von der

---

[38] Se trata, por tanto, de algo más que una simple "regulación del uso del lenguaje" como piensa *Klug,* Emge-Festschrift pág. 40. Y es que las categorías de la finalidad, de la posibilidad de dirección, de la expectativa y del efecto sobre el entorno, dan a conocer mucho mejor lo que quiere significarse con el concepto de acción.

strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Personen, Festgabe für M. Gutzwiller, 1959, pág. 603; *Seiler*, Strafrechtliche Maßnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände, 1967; *Sieber*, Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, ZStW 103 (1991) pág. 957; *Stratenwerth*, Strafrechtliche Unternehmenshaftung? Festschrift für R. Schmitt, 1992, pág. 295; *Tiedemann*, Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. WiKG, NJW 1988, pág. 1169; *el mismo*, Strafbarkeit und Bußgeldhaftung von juristischen Personen und ihren Organen, en: *Eser/Thormundsson* (Edrs.), Old Ways and New Needs in Criminal Legislation, 1989, pág. 157; *el mismo*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht, NJW 1993, p.. 23; *el mismo*, Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1411; *el mismo*, Reform des Sanktionswesens auf dem Gebiet des Agrarmarkts der EWG, Festschrift für G. Pfeiffer, 1988, pág. 114; *Torringa*, Strafbaarheid van rechtspersonen, 1984; *Volk*, Zur Bestrafung von Unternehmen, JZ 1993, pág. 429; *v. Weber*, Über die Strafbarkeit juristischer Personen, GA 1954, pág. 237.

1. El Derecho alemán vigente no conoce de **ninguna punibilidad de personas jurídicas y asociaciones de personas.**

Sin embargo, la *Historia del Derecho* ofrece en esta cuestión una imagen muy cambiante [39]. Mientras que en Derecho Romano, aunque con limitaciones, ha regido el principio "societas delinquere non potest", la punibilidad de agrupaciones de personas era bien conocida para el Derecho germano, el italiano-medieval y el común. Sólo en el curso del siglo XVIII al XIX se produjo el cambio en virtud del cual sólo los individuos estaban sometidos al Derecho penal [40]. Para ello fueron decisivos argumentos dogmáticos y político-criminales de mucha mayor importancia que la discusión acerca de la "naturaleza" de la persona jurídica (teoría de la ficción o teoría de la realidad) [41].

Las personas jurídicas y las asociaciones de personas sólo tienen capacidad de actuar por medio de sus órganos por lo que no pueden ser castigadas por sí mismas. Además, frente a ellas la desaprobación ético-social que reside en la pena no posee ningún sentido, porque un reproche culpabilístico sólo puede alzarse frente a personas individuales responsables y no frente a miembros no intervinientes o frente a una masa patrimonial. La punibilidad de colectivos de personas es incompatible con la estructura teórica del Derecho penal alemán, especialmente con los conceptos de acción y de culpabilidad. Para la imputación penal de comportamientos corporativos deberían ser introducidas "otras reglas y categorías" [42]. Pero este paso no resulta necesario. El

---

[39] Al respecto, vid. *R. Schmitt*, Maßnahmen gegen Verbände págs. 16 ss.; *Heinitz*, Verhandlungen Tomo I págs. 67 ss.

[40] En este sentido se pronuncia la doctrina dominante, vid. *Engisch*, Verhandlungen Tomo II págs. E 7 ss.; *Hartung*, ibídem págs. E 43 ss.; *Heinitz*, ZStW 65 (1953) pág. 51; *Jescheck*, SchwZStr 70 (1955) pág. 243; *Lange*, JZ 1952, pág. 261; *R. Schmitt*, Maßnahmen gegen Verbände págs. 178 ss., especialmente en pág. 199; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 15 núm. 8; *Roxin*, Allg. Teil I § 8 núms. 55 ss.; *Müller-Gugenberger*, Wirtschaftsstrafrecht § 19 núms. 41 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 195 ss. Igualmente, desde la RG 16, 121 (123) existe jurisprudencia constante; vid. también la BGH 3, 130 (132). Refiriéndose exclusivamente al derecho de ocupación BGH 5, 28 (32) con comentario crítico de *Bruns*, JZ 1954, pág. 251 y *Heinitz*, JR 1954, pág. 67. A favor de la penas para colectivos *M. E. Mayer*, Lehrbuch págs. 96 ss.; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 156; *Busch*, Grundfragen págs. 89 ss.; *v. Weber*, GA 1954, pág. 237; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 196; *Jakobs*, Allg. Teil 6/44 ss.; *Ehrhardt*, Unternehmensdelinquenz págs. 25 ss.; *Ackermann*, Strafbarkeit juristischer Personen págs. 236 ss.; *Rotberg*, DJT-Festschrift Tomo II págs. 194 ss.; *Hirsch*, Personenverbände págs. 21 ss.; *Stratenwerth*, R. Schmitt-Festschrift pág. 307; *AK (Marxen)* § 14 núm. 11; *Lampe*, ZStW 106 (1994) págs. 722 ss.

[41] Sobre ello vid. *Schwander*, Gutzwiller-Festgabe págs. 608 ss.

[42] Así, *Volk*, JZ 1993, pág. 435; de modo similar, *Hirsch*, Personenverbände págs. 23 ss.; *Stratenwerth*, R. Schmitt-Festschrift págs. 297 ss.; *Otto*, Strafbarkeit von Unternehmen pág. 22.

legítimo objetivo político-criminal de que los entes colectivos con patrimonios jurídicamente autónomos pierdan los beneficios obtenidos a través de los delitos cometidos por sus órganos, debe y puede ser alcanzado de un modo distinto al de la pena (comiso, pérdida de la ganancia y retirada del sobreprecio). Por el contrario, el problema global es tratado en el Derecho extranjero de un modo más pragmático que en el alemán, por lo que en el primero la pena destinada a entes colectivos está prevista con frecuencia por parecer apropiada [43].

2. Cuando también el Derecho alemán rechaza la pena criminal frente a personas jurídicas lo hace porque desde tiempo atrás existen **sanciones administrativas contra entes colectivos** [44]. De un significado especialmente práctico es la posibilidad, de conformidad con el § 30 OWiG, de imponer una sanción pecuniaria a dichas entidades (¡de hasta un millón de DM!) cuando alguien, como órgano legítimo de representación de una persona jurídica o como miembro del mismo (por ejemplo, como gerente de una GmbH), como director de una asociación sin capacidad jurídica o como miembro de su dirección, como socio que ostenta la representación legítima de una sociedad mercantil personalista (vgr., de una OHG), como apoderado general o singular, o como procurador que ocupa una posición directiva de un ente de esta naturaleza, haya cometido un delito o una infracción administrativa mediante la lesión de los deberes de la entidad o habiendo o debiendo haber conseguido un enriquecimiento de ésta. Especialmente, de acuerdo con el § 130 OWiG, también entra en juego la infracción del deber de vigilancia como fundamento de la sanción pecuniaria al ente colectivo (BGH NStZ 1986, pág. 79). Ésta es también admisible aunque a causa del hecho no se haya iniciado o se haya archivado un proceso penal o

---

[43] En el extranjero existen verdaderas penas dirigidas a colectivos, sobre todo en Inglaterra y en los EE.UU, mientras que otros países se limitan en su mayoría a los delitos contra la Administración Pública; vid. *LaFave/Scott,* Substantive Criminal Law I págs. 360 ss.; *Cohen,* American Criminal Law Review 1989, pág. 605; *Brickley,* Corporate and White Collar Crimes, 1990; *Foerschler,* Callfornia Law Review 1990, pág. 1287; *Volk,* JZ 1993, pág. 431 nota a pie núm. 14; *Huss,* ZStW 90 (1978) págs. 237 ss. (en relación con Luxemburgo, Francia y Bélgica); *Jescheck,* ZStW 65 (1953) pág. 210. En el Código penal francés de 1994, en su art. 121-2 ha sido introducida la punibilidad de las personas jurídicas; sobre ello vid. *Desportes/Le Gunehec,* Présentation núms. 28 ss. („innovation essentielle du nouveau code"); *Pradel,* Le nouveau Code pénal págs. 101 ss. („nouveauté principale"). En relación con la introducción de la pena para entes colectivos en los Países Bajos *Hazewinkel-Suringa/Remmelink,* Inleiding págs. 135 ss.; *Jescheck,* Das niederländische StGB págs. 15 ss.; *Torringa,* Strafbaarheid van rechtspersonen, 1984; *Schaffmeister,* ZStW 85 (1973) págs. 801 ss. Bélgica sólo conoce una responsabilidad penal de los órganos; vgl. *Dupont/Verstraeten,* Handboek núms. 295 y 408. En Suiza *Riebenfeld,* Basler Jahrbuch 1934, pág. 234 ya recomendó la pena contra las comunidades (a diferencia de las sociedades); el anteproyecto suizo de *Schultz* de 1985 la rechazó. Una comisión de expertos del Consejo de Europa recomendó su introducción (Council of Europe. European Committee on Crime Problems, PC-R-Cl [87] 5 de 18.12.1987). Sobre el Derecho extranjero vid., además, *Delmas-Marty* (Francia), *Doelder* (Países Bajos), *Greve* (Dinamarca), *Röstad* (Noruega), *Zugaldía Espinar* (España) en: *Schünemann/Suárez González* (Edrs.), Madrid-Symposium, 1994, págs. 305 ss.

[44] La praxis ya había impuesto sanciones administrativas frente a personas jurídicas y asociaciones de personas de acuerdo con el § 17 VO sobre el Abuso de Posición Económica de Poder de 1923 (RGBl. I pág. 1067). En el Derecho regulador de los precios y el consumo de la Segunda Guerra Mundial se habían previsto expresamente sanciones administrativas contra colectivos. Sobre su historia vid. *Tiedernann,* Strafbarkeit und Bußgeldhaftung págs. 158 ss.; *Göhler,* nota preliminar núm. 3 antes del § 29a OWiG; enrelación con la OWiG vigente vid. *el mismo,* JZ 1968, págs. 590 ss. y Deutsche Landesreferate págs. 106 ss. Sobre su evolución más moderna de acuerdo con la 2. WiKG *el mismo,* nota preliminar núm. 14 antes del § 29a OWiG.

administrativo-sancionador, o cuando se prescinda de la pena (**procedimiento autónomo en la imposición de una sanción administrativa pecuniaria**) [45]; el régimen señalado no rige cuando el delito o la infracción administrativa no pueden ser perseguidos por motivos jurídicos (§ 30 IV OWiG). La misión de esta multa administrativa, a través de la sanción que afecta a la propia entidad colectiva, debe ser la de hacer frente de un modo eficaz a los hechos punibles e infracciones administrativas que han sido cometidos "en interés" de la corporación, así como gravar los beneficios que su comisión pudo suponer para ésta (vid. §§ 30 III, 17 IV OWiG).

3. Sin embargo, la sanción pecuniaria administrativa contra entes colectivos como sanción autónoma derivada de la imputación a un órgano de un delito o infracción administrativa, y sometida a una "culpabilidad por la organización", está tan poco justificada como la pena misma, porque también aquélla presupone una culpabilidad personal y expresa un juicio de desvalor [46]. Y así, la multa administrativa sólo resulta defendible frente a personas naturales, pues su imposición no puede ser fácilmente añadida a la pena individual o sustituir ésta, si es que no se quiere quedar expuesto al reproche por un "fraude de etiquetas". La absorción del beneficio está asegurada por la articulación de una cláusula de representación en el § 73 III y por la disposición especial para los órganos en el § 75 StGB y los §§ 29 y 29 a OWiG respecto al comiso y la pérdida de las ganancias (vid. *infra* § 76 I 2b, II 3c). Si las multas penales o administrativas impuestas a los órganos de la corporación y fijadas de acuerdo con sus circunstancias patrimoniales no poseen fuerza intimidatoria suficiente, entonces deberían ser impuestas penas de prisión para combatir adecuadamente la criminalidad asociativa [47]. La propia cuestión relativa a los criterios según los cuales debe ser determinada la cuantía de la multa administrativa contra la entidad, difícilmente encontrará una respuesta satisfactoria [48]. Especialmente dudosa es la fijación autónoma de la multa administrativa de acuerdo con el § 30 IV OWiG (vid. al respecto el caso resuelto por la OLG Hamm JR 1971, pág. 383 con comentario de *Göhler*), así como la acumulación de la sanción al ente colectivo y el castigo individual del órgano cuando éste ha colaborado financieramente con aquél. Inobjetables resultan, por el contrario, la responsabilidad del órgano y del representante (vid. *infra* § 23 VIII) y el tipo que previene una multa administrativa por la infracción del deber de vigilancia en servicios y empresas (§ 130 OWiG) [49].

4. También en Derecho económico europeo existe un **poder económico-sancinador de la Unión Europea** que se dirige inmediatamente contra las empresas sin consideración a su forma jurídica, con lo que a éstas no sólo se les hace responsables por las acciones de sus órganos sino también por las de todas las personas a su cargo [50]. Esta competencia sancionadora descan-

---

[45] Así, *Tiedemann*, NJW 1988, págs. 1171 ss.; *Müller-Gugenberger*, Wirtschaftsstrafrecht, § 19 núm. 46, quien muestra un acuerdo cauteloso con este desarrollo en § 19 núms. 53 ss.; *AK (Marxen)* § 14 núm. 13; *Brender*, Verbandstäterschaft pág. 130.

[46] Igualmente, *R. Schmitt*, Ordnungswidrigkeitenrecht pág. 28; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 15 núm. 5. Crítico también *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht págs. 146 ss. y 204; asimismo, en profundidad, *Pohl-Sichtermann*, Geldbuße págs. 45 ss. *Göhler*, nota preliminar núm. 12 antes del § 29a OWiG quiere aplicar de modo correlativo el § 31 BGB. *Schünemann*, Unternehmenskriminalität págs. 232 ss. y wistra 1982, págs. 49 ss., defiende la admisión de las multas administrativas a los entes colectivos únicamente como "medidas jurídico-penales para situaciones de necesidad", que sólo resulten aplicables cuando no pueda comprobarse quién ha sido el autor del hecho.

[47] Igualmente, *Roxin* Allg. Teil I § 8 núm. 56; *Lang-Hinrichsen*, H. Mayer-Festschrift págs. 64 ss.; *Seiler*, Personenverbände págs. 211 ss., 241 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 196 nota a pie núm. 2.

[48] Sobre ello vid. *Göhler*, § 30 OWiG núm. 36; *KK OWiG (Cramer)* § 30 núms. 123 ss.

[49] Al respecto vid. *Rogall*, ZStW 98 (1986) págs. 573 ss. (de acuerdo en cuanto al resultado, vid. págs. 620 ss.); *Schünemann*, wistra 1982, págs. 47ss. (en desacuerdo). Sobre la inadecuada regulación de las sanciones contra las empresas en el StGB y OWiG *Achenbach*, Stree-Wessels-Festschrift págs. 545 ss.

[50] *Tiedemann*, NJW 1993, pág. 30; *Danneckerl/Fischer-Fritsch*, EG-Kartellrecht págs. 345 ss.; *Dannecker*, Strafrecht der EG págs. 2054 ss.

sa, de un lado, en el Tratado fundacional de la Comunidad Europea para el Carbón y el Acero del año 1951 [51] y, de otro, en el art. 87 del Tratado fundacional de la Comunidad Económica Europea del año 1957, destinado a la protección de la competencia [52]. Además, del art. 40 III, 172 del Tratado, se deduce una amplia competencia de la Unión Europea para la imposición de sanciones pecuniarias a las empresas en el ámbito agrario y pesquero (vid. *supra* § 18 VII 3d) [53].

VIII. La actuación en nombre de otro (responsabilidad de órganos y representantes)

Blauth, "Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht, 1968; *Bruns,* Können Organe juristischer Personen, die im Interesse ihrer Körperschaften Rechtsgüter Dritter verletzten, bestraft werden? Strafr. Abh. Heft 295, 1931; *el mismo,* Über Organ-und Vertreterhaftung im Strafrecht, JZ 1954, pág. 12; *el mismo,* Faktische Betrachtungsweise und Organhaftung, JZ 1958, pág. 461; *el mismo,* Grundprobleme der strafrechtlichen Organ-und Vertreterhaftung, GA 1982, pág. 1; *el mismo,* Die sog. "tatsächliche" Betrachtungsweise im Strafrecht, JR 1984, pág. 133; *Gallas,* Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs, ZStW 80 (1968) pág. 1; *Gracia Martín,* El actuar en lugar de otro en derecho penal, 1985; *Marxen,* Die strafrechtliche Organ-und Vertreterhaftung usw., JZ 1988, pág. 286; *Müller-Gugenberger* (Ed.), Wirtschaftsstrafrecht, 2.ª Ed. 1992; *Rimmelspacher,* Strafrechtliche Organ-, Vertreter-und Verwalterhaftung usw., JZ 1967, págs. 472 y 700; *R. Schmitt,* Die strafrechtliche Organ-und Vertreterhaftung, JZ 1967, pág. 698; 1968, pág. 123; *Schünemann,* Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979; *el mismo,* Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität, wistra 1982, pág. 41; *Tiedemann,* Literaturbericht Nebenstrafrecht, ZStW 83 (1971) pág. 792; *Wiesener,* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Vertretern und Organen, 1971.

1. No son pocas las disposiciones penales que, por su redacción, sólo se plantean en relación con los autores y muestran determinados **elementos personales**. Aquéllas se encuentran sobre todo en Derecho penal especial pues en ciertos sectores el legislador a menudo debe imponer normas sancionadoras de carácter penal que, por su naturaleza, pueden afectar sólo a quienes pertenecen a un determinado círculo de personas (por ejemplo, empleadores, fabricantes, empresarios). Pero también el Derecho penal común conoce supuestos de este tipo (vgr., §§ 266, 283 ss., 284, 286, 288, 290, 323) [54]. En estos casos existe el peligro de que se intenten evitar las consecuencias derivadas de la amenaza penal, si la persona cualificada por el tipo como autor no actúa por sí mismo sino a través de otro.

Ejemplos: Quien como gerente de una sociedad con responsabilidad limitada sobre la que pesa un procedimiento ejecutivo frustraba éste mediante el alzamiento patrimonial de los bienes de la sociedad, no podía ser castigado anteriormente por el § 288 por no ser él sino la sociedad misma quien ostentaba la condición de deudor (RG 16, 21 [24]; 60, 234). Por el contrario, en Derecho penal especial la jurisprudencia también ha procedido en parte a interpretar ampliamente y por sí misma algunos tipos penales que conte-

---

[51] Con más detenimiento sobre esta cuestión, *Jescheck,* ZStW 65 (1953) págs. 502 ss.

[52] Para *Dannecker,* MSchrKrim 1991, pág. 289 las multas que impone la Comisión Europea frente a las empresas por infracciones de la competencia poseen "claramente un carácter jurídico-penal", lo que sin embargo resulta sumamente discutible por el hecho de que aquel órgano no posee competencia jurídico-penal alguna.

[53] *Tiedemann,* Pfeiffer-Festschrift págs. 114 ss. En contra, con razón, *Sieber,* ZStW 103 (1991) pág. 972. En una adaptación al Derecho de la CE, *Otto,* Strafbarkeit von Unternehmen págs. 29 ss., quiere fundamentar la responsabilidad administrativa de las empresas, de acuerdo con la regulación alemana contenida en la OWiG, sobre la "culpa por la organización que resulta imputable a la empresa o ente colectivo".

[54] En la actualidad, las referencias del texto original a los §§ 286 y 323 StGB deben entenderse realizadas, respectivamente, a los §§ 287 y 319 (N del T).

nían elementos personales especiales. Y así, el director de una mina fue castigado como "industrial" por la infracción de las disposiciones destinadas a la protección juvenil de acuerdo con el § 151 I 2 GewO (posteriormente derogado) (RG 33, 261 [265]), y el gerente de una sociedad con responsabilidad limitada fue considerado como "comisionista" en el sentido del § 95 I núm. 2 BörsG (BGH 11, 102 [105]). Una regulación positiva de la responsabilidad de los órganos y representantes se contenía hasta ahora en el § 244 KO en su anterior redación y en el § 151 I 1 GewO, también en su anterior redacción (BGH 8, 139; 9, 67) [55].

2. El § 14 (así como el § 9 OWiG) impide fraudes de este tipo al regular las condiciones por las que a un autor le son imputadas las características personales de otro [56]. El precepto distingue dos grupos de autores: el **representante** y los **encargados**. El apartado primero de esta disposición penal extiende la aplicación de todas las normas penales en las que la punibilidad aparezca fundamentada por la presencia de elementos personales especiales, a los órganos de representación legítima de una persona jurídica (por ejemplo, la junta directiva de una asociación inscrita), a los miembros de tales órganos (vgr., al miembro del consejo de administración de una sociedad anónima), a los socios que ostentan la representación legítima de una sociedad mercantil personalista (por ejemplo, el socio personalmente responsable de una sociedad comanditaria) y a los representantes legales de otro (vgr., los padres o el síndico de una quiebra), siempre que actúen en virtud de su cualidad correspondiente y los elementos personales especiales no concurran en ellos y sí en la entidad o persona a quien representan (vid. el caso del alzamiento de bienes cometido por el gerente de una sociedad de responsabilidad limitada). Frente a su literalidad, por "elementos personales especiales" sólo pueden ser entendidos aquellos elementos referidos al autor que delimitan al círculo de sujetos activos en virtud de su *función social* y de la responsabilidad que emana de ésta (por ejemplo, la condición de deudor, empresario, personas vinculadas por un deber de fidelidad, organizadores de juegos de azar). Por el contrario, el § 14 no se refiere a los "elementos de alto contenido personal" en el sentido del § 28 (vid. *infra* § 61 VII 4 a), porque precisamente éstos no pueden perjudicar al representante si no concurren en él [57]. El autor debe haber actuado en su cualidad de órgano o representante.

---

[55] Hasta la actual situación jurídica y sobre su reforma vid. *Bruns*, Organe juristischer Personen págs. 84 ss.; *el mismo*, JZ 1954, págs. 12 ss.; además, Niederschriften Tomo IV págs. 312 ss. Sobre su evolución histórica *AK (Marxen)* § 14 núm. 6. Profundizando en esta cuestión y en relación con el nuevo art. 15 bis del Código penal español, *Gracia Martín*, El actuar en lugar de otro, 1985 (lógicamente, esta última referencia debe entenderse realizada al art. 31 del Código penal español de 1995, N del T).

[56] De acuerdo *Gallas*, ZStW 80 (1968) págs. 20 ss. Sin embargo, el precepto se discute técnica y político-criminalmente; vid. las referencias incluidas en *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 14 núm. 3; *AK (Marxen)* § 14 núms. 8 ss. Acerca del peligro de la delegación de deberes por parte de la cúpula de la entidad colectiva a los representantes *Marxen*, JZ 1988, págs. 290 ss. Sobre la cuestión relativa a la solución del problema en la Parte Especial vid. la discusión entre *Rimmelspacher*, JZ 1967, págs. 472 ss., JZ 1967, 700 ss. y *R. Schmitt*, JZ 1967, págs. 698 ss., JZ 1968, págs. 123 ss. Considerando la responsabilidad de los órganos y representantes como un problema de la interpretación de los tipos *Wiesener*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit págs. 185 ss.; por ello este autor viene a considerar, por una parte, que el § 14 resulta superfluo pero, por otra, también lo califica de demasiado restringuido. Profundizando en el § 14 *Schmid*, en: *Müller-Gugenberger* (Ed.), § 25 núms. 20 ss.

[57] En este sentido, sobre todo, *Blauth*, Handeln für einen anderen págs. 52 ss., 92 ss., 109 ss. y *Gallas*, ZStW 80 (1968) págs. 21 ss. La doctrina dominante se ha adherido a esta tesis; vid. *Dreher/Tröndle*, § 14 núm. 2; *Lackner*, § 14 núm. 9; *R. Schmitt*, JZ 1968, págs. 124 ss.; *SK (Samson)* § 14 núms. 9 ss.; *Tiedemann*, ZStW 83 (1971) pág. 807; *AK (Marxen)* § 14 núm. 24. Profundizando en las consecuencias de la distinción entre elementos personales especiales *beneficiosos* según el § 28 II y los *perjudiciales* de acuerdo con el § 14, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 14 núms. 8 ss. („clásico ejemplo de la relatividad de los conceptos

3. Del mismo modo, el § 14 II extiende la aplicación de los tipos penales a los **encargados de establecimientos, empresas y Administraciones públicas** (§ 14 II 3) a los que se les ha confiado total o parcialmente su dirección (apoderados generales o directores de filiales), o a los que tengan que cumplir bajo su responsabilidad deberes oficiales que correspondan al director (vgr., el director de un parque municipal de vehículos). El motivo de esta dilatación de los tipos a través de una cláusula general, que no resulta objetable desde el punto de vista del mandato de determinación (vid. *supra* § 15 III 3), reside en que la moderna división del trabajo en la economía y en la Administración obliga frecuentemente al titular del establecimiento o al director de un organismo administrativo a delegar la responsabilidad en el cumplimiento de deberes sancionados penalmente, por lo que en tales casos también el representante debe ser hecho responsable. Por el contrario, no sería recomendable la extensión del § 14 a *todos* los supuestos de actuación en nombre de otro ya que esto conduciría a una expansión ilimitada de los tipos de imprevisibles consecuencias [58]. Naturalmente, el § 14 III se conforma con relaciones de representación o mandato de carácter fáctico.

Para los gerentes "de hecho" de una sociedad de responsabilidad limitada rigen de modo inmediato las obligaciones establecidas de acuerdo con los §§ 64 y 84 de la GmbHGes.; aquí no puede recurrirse al § 14 (BGH 31, 118 [122 ss.]). Desde luego que en todos los casos en los que el actuante ya es destinatario de la norma, no puede ser aplicado el § 14 con sus presupuestos adicionales [59].

4. La **responsabilidad penal o administrativa (§ 130 OWiG) del representado, del titular de la empresa o del director del organismo administrativo** sigue subsistiendo [60]. Esto tiene un significado práctico sobre todo para el caso en el que alguno de ellos, frente a la actuación infractora del deber por parte del representante o mandatario cuya existencia conocía o debía haber conocido, haya llevado a cabo una omisión punible por ser garante del ejercicio regular de su actividad.

Capítulo 2: El delito de comisión dolosa

El Derecho penal conoce *tres formas básicas de acción punible:* el delito de comisión dolosa, el delito de comisión imprudente y el delito de omisión (doloso o imprudente). Mientras que el concepto de acción comprende a todas las modalidades de comportamiento penalmente relevantes (vid. *supra* § 23 VI 1), los tres grupos se diferencian considerablemente en el tipo de injusto y

---

jurídicos "); *LK* (10.ª) (*Roxin*) §14 núms. 15 ss.; *LK* (11.ª) (*Schünemann*) § 14 núm. 9. Demasiado restringidamente ve *Schünemann*, Jura 1980, pág. 577, Unternehmenskriminalität págs. 137 ss. y wistra 1982, 46 ss. en la responsabilidad del representante un "caso ordinario de asunción de la posición de garante". Presumiblemente en el Derecho administrativo no debe surgir este problema; vid. *Göhler*, § 9 OWiG núm. 6; *KK OWiG (Cramer)* § 9 núm. 13.

58 Por el contrario, defienden una extensión *general* en los casos de representación voluntaria *Bruns*, JZ 1958, pág. 464; *R. Schmitt*, JZ 1968, pág. 124; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht pág. 203. También *Wiesener*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit págs. 185 ss. reprende la limitación del § 14 II a los casos de representación voluntaria en el marco de una empresa, etc., y propone la "asunción de una posición de deberes" (págs. 189 ss.).

59 *Bruns*, GA 1982, págs. 22 ss.; *el mismo*, JR 1984, págs. 133 ss.

60 *LK* (10.ª) (*Roxin*) § 14 núm. 43 con referencias adicionales; *LK* (11.ª) (*Schünemann*) § 14 núm. 65.

en los elementos de la culpabilidad. Su desglose, pues, debe ser llevado a cabo en tres partes. El capítulo que se desarrolla a continuación se ocupa del tipo, la antijuricidad y la culpabilidad en los **delitos de comisión dolosa como caso modelo de la acción punible**. Las especialidades que rigen en el delito de comisión imprudente y para el delito de omisión doloso o imprudente serán expuestas en el capítulo tercero sobre el trasfondo del delito de comisión dolosa.

Sección 1.ª: La antijuricidad

La solución de un caso penal comienza con la subsunción de los hechos en los elementos del tipo contenido en la disposición penal correspondiente. En conexión con ello examinaremos si la antijuricidad de la acción típica está excluida por la concurrencia de una causa de justificación. Pero una comprobación *positiva* de la antijuricidad del hecho en absoluto tiene lugar en la *praxis*. Ello se explica porque la verificación de si una conducta cumple con un determinado tipo penal se limita a la cuestión de la antijuricidad: dado que los tipos describen el injusto típico, cuando el autor ha realizado un tipo penal sólo depende de si éste ha actuado en una situación excepcional en la que normalmente está permitida la realización del injusto. Sin embargo, la *teoría del Derecho penal* también debe dar respuesta a la cuestión de qué es lo que significa la **antijuricidad como tal** y cómo se determina su relación con el tipo (Subsección a). Sólo entonces procede discutir sobre el **tipo** como esencia de los elementos del injusto que caracterizan al tipo delictivo (Subsección b). Para terminar se abordarán las **causas de justificación** de las acciones típicas (subsección c).

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

§ 24 Concepto y esencia de la antijuricidad

I. Antijuricidad formal y material

Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 1968; *Graf zu Dohna,* Die Rechtswidrigkeit als allgemeines Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, 1905; *Engisch,* Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-Festschrift, Tomo I, 1960, pág. 401; *Günther,* Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *Heinitz,* Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, Strafr. Abh. Heft 211, 1926; *el mismo,* Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 266; *F. v. Hippel,* Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, 1964; *Armin Kaufmann,* Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 277; *Kern,* Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64 (1952) pág. 255; *Kohlrausch,* Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903; *Nagler,* Der Begriff der Rechtswidrigkeit, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 339; *Noll,* Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955; *Nowakowski* Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, pág. 19; *Otto,* Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 (1975) pág. 539; *Platzgummer,* Die "Allgemeinen Bestimmungen" des StGB im Licht der neueren Strafrechtsdogmatik, JBl 1971, pág. 236; *Roxin,* Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1964, pág. 373; *Würtenberger,* Vom Rechtsstaatsgedanken in der Lehre der strafrechtlichen Rechtswidrigkeit, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 125; *Zipf,* Probleme eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 577.

1. La antijuricidad significa **"contradicción con el Derecho"** [1]. Ello debe entenderse del si-

[1] Así, *Nagler,* Frank-Festgabe Tomo I pág. 343. Vid., además, *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núm.

guiente modo: Para la protección de la convivencia de la persona en la comunidad el legislador establece normas de comportamiento vinculantes que se denominan normas jurídicas. Estas últimas o prescriben un hacer positivo que afecta a valores dignos de promoción (por ejemplo, la prestación de auxilio en caso de accidente, § 323 c) o prohiben un comportamiento lesivo de alguno de aquéllos (vgr., la muerte dolosa de una persona, § 212); las normas jurídicas consisten, pues, en mandatos o en prohibiciones [2]. De acuerdo con ello, la esencia de la antijuricidad se divisa en que una conducta infringe un deber de acción u omisión contenido en una norma jurídica. Este aspecto es denominado **antijuricidad formal** pues sólo es tenida en cuenta la contradicción de la acción con el mandato normativo. Sin embargo, también la antijuricidad "formalizada" de este modo posee un núcleo material pues a través de cada infracción de una norma es menoscabada la base de confianza que sirve de soporte al Ordenamiento de la comunidad [3].

Con frecuencia el significado el concepto del *injusto* es asimilado al de la *antijuricidad*. No obstante, deben diferenciarse ambas nociones. La antijuricidad es la contradicción de la acción con una norma jurídica. El injusto es la acción misma que se valora como antijurídica [4].

2. Pero la antijuricidad no se agota en la relación entre la acción y la norma sino que también posee un significado *sustancial* **(antijuricidad material)** [5]. Una acción es antijurídica en un sentido material cuando se atiende al menoscabo del bien jurídico protegido por la norma correspondiente [6]. El aspecto material de la antijuricidad parte de los motivos por los cuales el legislador ha sometido a pena un comportamiento determinado, e indaga si ese hecho concreto es comprendido por el legislador desde tales consideraciones. Además, la expresión "infracción" no

---

24 antes del § 13; *Lackner*, nota preliminar núm. 16 antes del § 13; LK (11.ª) (*Hirsch*), nota preliminar núm. 6 antes del § 32; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 48 antes del § 13. Configura un concepto especial de «antijuricidad penal» *Günther*, Strafrechtswidrigkeit pág. 247; sin embargo, su concepción de la misma no es otra que la de la tipicidad penal.

[2] Vid. básicamente al respecto *Binding*, Normen Tomo I págs. 108 ss. *Binding* concibió en su Handbuch pág. 155, a las normas como "puros imperativos" y, con ello, al Derecho penal como un mero Derecho sancionador. Lo correcto es, sin embargo, concebir a la norma *y* a la sanción como una unidad típica para cada sector del Derecho (también para el Derecho civil y el administrativo), porque existe una recíproca relación correlativa entre ambas partes de una disposición.

[3] Vid. sobre ello *Otto*, ZStW 87 (1975) pág. 562.

[4] Para más detalles vid. *Welzel*, Lehrbuch pág. 52; *LK (11.ª) (Hirsch)* nota preliminar núm. 11 antes del § 32; *Roxin*, Allg. Teil I § 14 núm. 3. El concepto de injusto también es entendido en el sentido de la antijuricidad *material*; así *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 50 antes del § 13; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 2 antes del § 32; *Engisch*, DJT-Festschrift pág. 402.

[5] Esta distinción es realizada por muchos autores de un modo diverso al expresado en el texto. La antijuricidad formal es asimilada con el cumplimiento del tipo mientras que se denomina antijuricidad material a la acción típica que no aparece cubierta por una causa de justificación; así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 256. En parte, la distinción también es considerada superflua; vid. *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 24 antes del § 13; *LK (11.ª) (Hirsch)* nota preliminar núms. 13 ss. antes del § 32; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 50 antes del § 13; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 87 ss.; *Schultz*, Einführung I pág. 146. Rechazando también ésta *Bettiol/Pettoello Mantovani*, Diritto penale pág. 344.

[6] Fue pionero en la distinción entre antijuricidad formal y material *v. Liszt*, Lehrbuch 12./13. Ed., 1903, págs. 140 ss. Profundizando en la historia dogmática *Heinitz*, Problem der materiellen Rechtswidrigkeit págs. 4 ss. Sobre los criterios para una distinción material entre lo justo y lo injusto *F. v. Hippel*, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik págs. 271 ss. En el sentido del texto también *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 24 núm. 20; *Roxin*, Allg. Teil I § 14 núms. 4 ss.

hay que entenderla en un sentido naturalístico como perjuicio de un determinado objeto de la acción (por ejemplo, como la muerte de una persona o deterioro de una cosa), sino como la transgresión del valor ideal que debe ser protegido a través de la norma jurídica *(lesión del bien jurídico protegido)*. De ahí que la caracterización del hecho punible como "comportamiento socialmente dañoso" [7] se justifique por el daño a la comunidad que reside en la lesión del bien jurídico protegido [8].

3. La concepción material de la antijuricidad tiene un **significado práctico** considerable (vid. *supra* § 22 III 2c).

a) La antijuricidad material es, de un lado, el punto de orientación del legislador en la elaboración de los tipos penales [9] y el pensamiento director de los órganos de persecución cuando buscan la disposición penal aplicable en el caso concreto. El punto de vista de la antijuricidad material permite, además, graduar el injusto de acuerdo con su gravedad para obtener su correspondiente expresión en la determinación de la pena [10]. La perspectiva material posibilita, asimismo, la interpretación de los tipos de acuerdo con los fines y valores que les sirven de base.

Ejemplos: En otros tiempos, y desde una visión puramente formal, pudo ser admitida una malversación de caudales públicos de acuerdo con el § 350 en su redacción anterior, para el supuesto en el que un funcionario público desviaba para fines privados el dinero confiado al servicio público, en la medida en que una disposición oficial no le "permitiera un procedimiento de esta naturaleza con su dinero de caja" (RG 5, 304 [306]; 21, 364 [366]). Igualmente formal es todavía hoy el tratamiento de la intervención médica curativa. Según la jurisprudencia se considera como una lesión corporal que sólo puede ser justificada a través del consentimiento (RG 25, 375; BGH 11, 111). Sin embargo, desde una perspectiva material de las disposiciones relativas a las lesiones se deriva que la intervención médica exitosa ni siquiera realiza los §§ 223 ss., porque aunque en verdad se menoscaba momentáneamente la integridad corporal no se la perjudica en cuanto al resultado al ser ésta restablecida. Pero aún cuando el tratamiento fracasa y, de este modo, aumenta o se agrava el sufrimiento, existe para la doctrina mayoritaria una intervención practicada de acuerdo con las reglas profesionales de actuación y no una lesión corporal al quedar excluido el injusto de la acción por la intención curativa del médico. El tratamiento de la intervención médica practicada sin el consentimiento del paciente no debe ser tratada como una lesión corporal sino como un tratamiento curativo arbitrario (vid. § 162 E 1962; § 110 österr. StGB) [11].

b) Una consecuencia importante de la consideración material de la antijuricidad es también la posibilidad de aceptar la justificación de la conducta, aunque la Ley no contenga ninguna causa aplicable para ello, si resulta que los fines que el legislador quería alcanzar con la prescripción de la disposición penal deben ceder en el caso concreto frente a intereses de mayor rango.

---

[7] Así, *v. Liszt/Schmidt*, pág. 176.

[8] De acuerdo con lo afirmado, *Kohlrausch*, Irrtum und Schuldbegriff pág. 35; *Graf zu Dohna*, Rechtswidrigkeit págs. 38 ss.; *Mezger*, Lehrbuch págs. 197 ss.; *Heinitz*, Eb. Schmidt Festschrift págs. 266 ss.; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe págs. 17ss.; *Sauer*, Allg. Strafrechtslehre págs. 53 ss.; *Stratenwerth*, Schweiz. Strafrecht, Allg. Teil I § 8 núm. 15 (incluso en contra de la distinción misma); *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 13 antes del § 3; *Antón Oneca*, Derecho penal pág. 180; *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 423 ss. Por el contrario, el "élément matériel» de la doctrina francesa es sencillamente la acción típica; vid. *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal général núm. 170.

[9] Vid. *Roxin*, JuS 1964, pág. 365 en relación con el § 240.

[10] Vid. *Kern*, ZStW 64 (1952) págs. 262 ss.

[11] Más detalladamente sobre la cuestión objeto de discusión *Bockelmann*, Strafrecht des Arztes págs. 62 ss.; *Zipf*, Bockelmann-Festschrift págs. 577 ss. e *infra* § 34 III 3 a.

Ejemplos: Originariamente la aplicación de las causas de justificación se hacía depender de su reconocimiento formal en la Ley (RG 6, 61 [63]). Y así, la justificación de la infracción del secreto médico con la finalidad de revelar la existencia una enfermedad contagiosa, se apoyaba en una disposición de la Ordenanza de los Tribunales de Honor de los médicos que les obligaba al "cumplimiento de su profesión de acuerdo con su conciencia" (RG 38, 62 [64]). Por el contrario, la visión material de la antijuricidad condujo tempranamente al reconocimiento de la *idea de la adecuación social* en el marco del tipo (vid. *infra* § 25 IV) cuando, por ejemplo, un servicio religioso era alterado por el ruido normal de una industria autorizada (RG 37, 150 [151]). El punto final de este desarrollo fue el asentamiento del principio de ponderación de bienes y deberes como *causa de justificación supralegal* (RG 61, 242 [254]), que en el año 1975 ha sido asumido por la Ley como estado de necesidad justificante (§ 34). Desde que el legislador ha plasmado la idea de la antijuricidad material en el § 34, se plantea la cuestión de si también procede una justificación por la prevalencia de intereses de mayor rango aunque no se cumplan completamente los presupuestos de esa disposición si, por ejemplo, sólo concurre una "situación de necesidad similar" [12]. De permitir esto se corre el riesgo de que los límites de la justificación según el § 34 queden diluidos por vagas consideraciones de equidad. Pero como un castigo pierde su sentido cuando el comportamiento del autor no es materialmente antijurídico, también debería quedar abierta la posibilidad de una justificación supralegal.

De todos modos, debe observarse que una justificación que sea fundamentada sólo sobre consideraciones de tipo material puede poner en peligro la seguridad jurídica [13]. Simples cláusulas generales como: una acción es conforme a Derecho si constituye un "medio justo para un fin justo" [14] o un comportamiento es antijurídico si "por su tendencia es más dañino que útil al Estado y sus miembros" [15], no deberían por ello ser nunca utilizadas para la solución del caso concreto pues necesitan de su concreción a través de la exposición de los motivos por los que una acción típica, excepcionalmente, aparece justificada (vid. *infra* § 31 III 3) [16].

II. La norma jurídica como norma de valoración y determinación

Bierling, Juristische Prinziplenlehre, Tomo I, 1894; *v. Caemmerer,* Wandlungen des Deliktsrechts, DJT-Festschrift, Tomo II, 1960, pág. 49; *Graf zu Dohna,* Die Rechtswidrigkeit als allgemeines Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, 1905; *Ebert/Kühl,* Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat, Jura 1981, pág. 225; *Engisch,* Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971; *Enschedé/Rüter/Stolwijk,* Beginselen van strafrecht, 6.ª Ed. 1987; *Gallas,* Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 155; *Germann,* Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs, 1914; *Goldschmidt,* Der Notstand, ein Schuldproblem, Österr. Zeitschrift für Strafrecht 4 (1913) págs. 129 y 224; *el mismo,* Normativer Schuldbegriff, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 428; *Hardwig,* Die Zurechnung, 1957; *Husserl,* Recht und Welt, 1964; *G. Jellinek,* Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 2.ª Ed. 1908; *Armin Kaufmann,* Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; *Kelsen,* Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2.ª Ed. 1924; *Krauß,* Die Zurechnung des Erfolges im Unrechtstatbestand, Diss. Göttingen 1963; *el mismo,* Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht, ZStW 76 (1964) pág. 19; *Krüger* Der Adressat des Rechtsgesetzes, 1969; *Larenz,* Der Rechtssatz als Bestimmungssatz, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 150; *Mezger,* Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924) pág. 207; *Münzberg,* Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung

---

[12] Vid. *Günther,* Strafrechtswidrigkeit págs. 324 ss. Al respecto, *Armin Kaufmann,* Klug-Festschrift Tomo II págs. 291 ss.

[13] Vid. *LK* (11.ª) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 34 antes del § 32.

[14] Así, *Graf zu Dohna,* Rechtswidrigkeit pág. 48.

[15] Así, *Sauer,* Grundlagen pág. 391.

[16] Al respecto, *Würtenberger,* Rittler-Festschrift págs. 132 ss.

1966; *Nagler,* Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, Festschrift für K. Binding, Tomo II, 1911, pág. 273; *Nowakowski,* Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStW 63 (1951) pág. 287; *el mismo,* Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, pág. 19; *Salm,* Das versuchte Verbrechen, 1957; *Schmidhäuser,* Form und Gehalt der Strafgesetze, 1988; *el mismo,* Illusionen in der Normentheorie und das Adressatenproblem im Strafrecht, JZ 1989, págs. 419 ss.; *Seiler,* Die Bedeutung des Handlungsunwertes im Verkehrsstrafrecht, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 75; *Stratenwerth,* Handlungs-und Erfolgsunrecht im Strafrecht, SchwZStr 719 (1963) pág. 233; *Thon,* Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878; *Welzel,* Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935; *Wolter,* Objektive und personale Zurechnung usw., 1981; *Zippelius,* Der Aufbau der modernen Unrechtslehre, 1953.

1. La concepción que se posea acerca de la esencia de la antijuricidad resulta decisiva para una toma de postura en relación con la cuestión de si las proposiciones jurídicas son **normas de valoración, de determinación** o si son ambas. Para un sector de la doctrina la norma jurídica, de acuerdo con la cual se mide la antijuricidad de la acción, es sólo norma de valoración [17]. De acuerdo con ello el legislador reglamenta la convivencia de las personas a través de la comprobación, contenida en las normas jurídicas, de cuáles son las situaciones y acontecimientos que se corresponden con la ordenación de la comunidad por él imaginada y cuáles, por el contrario, se oponen a la misma. Y así, ante todo, el Derecho no es otra cosa que una suma de *juicios de valor* con cuyo auxilio se distingue entre un comportamiento que es conforme y otro que es contrario a Derecho. Todas las normas jurídicas son normas objetivas de valoración que posibilitan el enjuiciamiento de la actuación de una persona desde el punto de vista del Ordenamiento de la comunidad. El Derecho no contiene un imperativo dirigido al individuo. Más bien, y de acuerdo con esta teoría, estatuye un "deber ser impersonal" *(Mezger)* que se limita a señalar situaciones y acontecimientos como "deseables" o "indeseables". De conformidad con esto el "deber ser" "no es otra cosa que la aplicabilidad de la proposición jurídica a la realidad existente" [18]. Con ello, también el hecho cometido por un enfermo mental aparece sin más como antijurídico pues, sobre la base de la norma jurídica correspondiente, se valora como la lesión del bien jurídico protegido aunque el autor no pueda ser hecho responsable. Por el contrario, como norma de determinación el Derecho sólo debe aparecer en el ámbito de la *culpabilidad* [19]. Sólo aquí se cuestiona si, y en qué medida, la persona pudo realmente dejarse guiar por los juicios de valor contenidos en las proposiciones jurídicas. Según ello, éstas serían sólo normas de determinación en un sentido mediato pues la antijuricidad sólo atendería a su función de valoración.

2. Es preferible sin embargo la opinión opuesta. De acuerdo con la misma el Ordenamiento punitivo consiste en declaraciones de voluntad del legislador que promueven un comportamiento determinado del destinatario de la norma. Sus normas se conciben así como *proposiciones de deber* dirigidas a todos los individuos. En las proposiciones jurídicas se señalan deberes pú-

---

[17] Vid. sobre ello el resumen histórico-dogmático contenido en *Mezger,* GS 89 (1924) págs. 208 ss. En este sentido, *Nagler,* Binding-Festschrift Tomo II págs. 273 ss.; *Mezger,* Lehrbuch pág. 164; *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 259; *Bockelmann,* Einführung págs. 24 ss.; *Nowakowski,* ZStW 63 (1951) pág. 288; *v. Liszt/Schmidt,* pág. 174.

[18] Así, en adhesión a *Kelsen,* Hauptprobleme págs. 348 ss.; más avanzadamente *Nowakowski,* ZStW 63 (1951) pág. 391.

[19] Así, especialmente, *Goldschmidt,* Österr. Zeitschrift für Strafrecht 4 (1913) págs. 145, 224 ss. así como en Frank-Festgabe Tomo I págs. 433 ss., que junto a la norma jurídica acepta la presencia de una "norma de deber". Vid., además, *Mezger,* Lehrbuch pág. 166; *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 259; *Bockelmann,* Einführung pág. 25; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 24 núm. 16.

blicos al tratarse de *disposiciones penales*; deben entenderse, pues, como **"imperativos"** [20] tal y como también lo hace la comunidad. La misión del Derecho es "instruir a la persona en un querer de contenido correcto" [21], antes de que sea cometida una acción que podría ser valorada como antijurídica. Y dado que el Derecho debe *actuar* en la comunidad, su función como **norma de determinación** posee una significación preferente. Pero simultáneamente el Derecho tiene también la misión de enjuiciar con posterioridad el comportamiento del autor, lo que conduce a que sea también **norma de valoración**. Según ello las proposiciones jurídicas tienen un *doble* carácter: como imperativo son normas de determinación y como escala para el enjuiciamiento jurídico de la conducta son normas de valoración [22].

Los imperativos de las normas se destinan a *todas* las personas a las que resultan aplicables por su contenido interno. Por este motivo no se lleva a cabo una distinción basada en la edad, salud psíquica y extensión de conocimientos de los destinatarios de la normas. También los niños, los jóvenes y los enfermos mentales están sometidos a las normas jurídicas que respectivamente les afectan, y la experiencia demuestra que por regla general también se determinan materialmente por las normas jurídicas. Sólo por este motivo pueden formar parte de la vida en comunidad dentro de los límites naturales marcados por su edad o situación psíquico-espiritual. Esto comporta la importante consecuencia *práctica* de que las medidas educativas y de seguridad del juez frente a enfermos mentales, jóvenes y niños, no son simples disposiciones de policía destinadas a luchar contra una perturbación del orden público que tiene su origen en una situación peligrosa, sino que son verdaderas sanciones que se conectan a un hecho antijurídico. La consecuencia *teórica* de la tesis de los imperativos es que la **voluntad de la acción** debe ser entendida como el **núcleo principal de la antijuricidad** de un hecho, al ser la *voluntad* humana contraria al precepto jurídico la que infringe el mandato o prohibición impuesta por la norma [23]. Esta concepción coincide con el **fin de protección de la norma penal**. Los tipos penales sirven a la

---

[20] Los fundadores de la teoría imperativista fueron *Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht pág. 8 y *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre Tomo I págs. 26 ss. Actualmente caminan en esta dirección *Engisch*, Einführung, págs. 22ff.; *el mismo*, Gerechtigkeit págs. 29 ss. con las referencias allí contenidas; *Ebert/Kühl*, Jura 1981, pág. 232; *Kühl*, Allg. Teil § 3 núm. 5; *Münzberg*, Verhalten und Erfolg págs. 53 ss.; *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 103; *Gallas*, Beiträge págs. 49 ss.; *el mismo*, Bockelmann-Festschrift págs. 156 ss.; *Armin Kaufmann*, Normentheorie págs. 123 ss.; *Stratenwerth*, SchwZStr 79 (1963) págs. 247 ss.; *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie pág. 85; *Krauß*, ZStW 76 (1964) pág. 34; *Krüger*, Der Adressat págs. 54, *77* ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 49 antes del § 13; *Seiler*, Maurach-Festschrift pág. 81; *Wolter*, Zurechnung págs. 25 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núm. 93; *Zippelius*, Aufbau pág. 7; indeciso *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 17 antes del § 3. En el Derecho civil vid. *v. Caemmerer*, DJT-Festschrift Tomo II págs. 127 ss.; *Husserl*, Recht und Welt pág. 118; *Larenz*, Engisch-Festschrift pág. 157.

[21] *Graf zu Dohna*, Rechtswidrigkeit pág. 150. De forma similar *Germann*, Versuch pág. 129; *G. Jellinek*, Die sozialethische Bedeutung pág. 60. Según *van Bemmelen/van Veen*, Ons strafrecht pág. 61 para las normas del Derecho penal rige la siguiente máxima: "De hele strafbepaling richt sich tot de burger". De modo diverso en relación con el problema del destinatario (sólo los órganos estatales serían los destinatarios de las normas) *Schmidhäuser*, Form und Gehalt der Strafgesetze, 1988; *el mismo*, JZ 1989, págs. 419 ss.

[22] Así, *Gallas*, Bockelmann-Festschrift pág. 158; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 34 ss.; *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 17 antes del § 3. Comprenden también a la norma como juicio de valor y regla de comportamiento *Enschedé/Rüter/Stolwijk*, Beginselen págs. 3 ss.

[23] Vid. *Krauß*, Die Zurechnung des Erfolges im Unrechtstatbestand págs. 32 ss.; *Hardwig*, Zurechnung pág. 142; sobre todo *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 181.

protección de determinados bienes jurídicos; pero el peligro para el bien jurídico es por regla general tanto más alto cuanto más intensa resulta la voluntad del autor dirigida contra la prohibición de lesionar aquél que se contiene en la norma [24].

No obstante, para la antijuricidad de una acción *no sólo* es decisiva la voluntad que la preside, sino también aquello que ésta ha originado; y es que para la importancia del injusto se diferencia el modo en el que se manifiesta la voluntad hostil al Derecho y, especialmente, si ha lesionado o no el objeto de la acción protegido por la disposición penal (sobre ello, vid. *infra* § 24 III 1 y 2). Por esta razón la norma jurídica no es sólo **norma de valoración** en atención al desvalor de acción, sino también en relación con el desvalor de resultado [25].

III. El desvalor de acción y de resultado en el injusto

Cerezo Mir, Zur Doppelstellung des Vorsatzes usw., ZStW 93 (1981) pág. 1017; *Degener,* Zu den Bedeutungen des Erfolges im Strafrecht, ZStW 103 (1991) pág. 356; *Díez Ripollés,* Los elementos subjetivos del injusto, 1990; *Dornseifer,* Unrechtsqualifizierung durch den Erfolg —ein Relikt der Verdachtsstrafe? Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 427; *Engisch,* Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands-und Unrechtselementen, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 165; *el mismo,* Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-Festschrift, Tomo I, 1960, pág. 401; *Figueiredo Dias,* Schuld und Persönlichkeit, ZStW 95 (1983) pág. 220; *Fukuda,* Vorsatz und Fahrlässigkeit als Unrechtselemente, ZStW 71 (1959) pág. 38; *Gallas,* Zur Struktur des Unrechtsbegriffs, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 155; *Hirsch,* Der Streit um Handlungs-und Unrechtslehre, ZStW 93 (1981) pág. 831; 94 (1982) pág. 239; *el mismo,* Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, Festschrift der Rechtswiss. Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Köln, 1989, pág. 399; *Horn,* Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973; *Hünerfeld,* Zum Stand der deutschen Verbrechenslehre usw., ZStW 93 (1981) pág. 979; *Jakobs,* Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *Jescheck,* Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff, Festschrift für E. Wolf, 1962, pág. 473; *el mismo,* Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, ZStW 98 (1986) pág. 1; *Kadeèka,* Gesammelte Aufsätze, 1959; *Armin Kaufmann,* Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Festschrift für H. Welzel, 1964, pág. 393; *Kienapfel,* Zur gegenwärtigen Situation der Strafrechtsdogmatik in Österreich, JZ 1972, pág. 569; *Köhler,* Die bewußte Fahrlässigkeit, 1982; *Kratzsch,* Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985; *Krauß,* Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht, ZStW 76 (1964) pág. 19; *Krümpelmann,* Die Bagatelldelikte, 1966; *el mismo,* Vorsatz und Motivation, ZStW 87 (1975) pág. 888; *E.-J. Lampe,* Das personale Unrecht, 1967; *H. Lampe,* Über den personalen Unrechtsbegriff im Strafrecht, Diss. Göttingen 1954; *Lüderssen,* Die strafrechtsgestaltende Kraft des Beweisrechts, ZStW 85 (1973) pág. 288; *el mismo,* Erfolgszurechnung und "Kriminalisierung", Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 181; *Maihofer,* Der Unrechtsvorwurf, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 141; *Mazzacuva,* Il disvalore di evento nell'illecito penale, 1983; *Mezger,* Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924) pág. 207; *Moos,* Die finale Handlungslehre, Strafrechtl. Probleme 2, pág. 5; *el mismo,* Zum Stand der österreichischen Strafrechtslehre, ZStW 93 (1981) pág. 1023; *Mylonopoulos,* Über das Verhältnis von Handlungs-und Erfolgsunwert, 1981; *Noll,* Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955; *Oehler,* Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959; *Otto,* Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 (1975) pág. 539; *Paeffgen,* Der Verrat in der irrigen Annahme eines illegalen Geheimnisses,

---

[24] Así, *Nowakowski,* JBl 1972, pág. 22; *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 10 antes del § 3. *Salm,* Das versuchte Verbrechen págs. 31, 34 y 79, califica a esta relación de "peligro de la voluntad".

[25] Así, *Armin Kaufmann,* Normentheorie pág. 76; vid. también *Stratenwerth,* SchwZStr 79 (1963) pág. 248. En contra, *Münzberg,* Verhalten und Erfolg págs. 67 ss., para quien en Derecho penal el resultado no es un elemento independiente de la antijuricidad.

1979; *Roxin*, Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts, Gedächtnisschrift für G. Radbruch, 1968, pág. 260; *Rudolphi*, Inhalt und Funktion des Handlungsunwerts im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 51; *Schaffstein*, Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 557; *el mismo*, Putative Rechtfertigungsgründe usw., MDR 1951, pág. 196; *Schöne*, Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafgesetz, Gedächtnisschrift für H. Kaufmann, 1986, pág. 649; *Schöneborn*, Zum "Erfolgsunwert" usw., GA 1981, pág. 70; *Schüler-Springorum*, Der natürliche Vorsatz, MSchrKrim 1973, pág. 363; *Schünemann*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft usw., GA 1985, pág. 341; *Schultz*, Literaturanzeigen, SchwZStr 87 (1971) pág. 81; *Silva Sánchez*, Aberratio ictus und objektive Zurechnung, ZStW 101 (1989) pág. 352; *Spendel*, Gegen den Verteidigungswillen usw., Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 245; *Stratenwerth*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, SchwZStr 79 (1963) pág. 233; *el mismo*, Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, págs. 177 ss.; *Suárez Montes*, Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 379; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung usw., 1981; *Ziegert*, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987; *Zielinski*, Handlungs-und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973.

1. Al concepto de delito de la Dogmática clásica le sirvió de base la distinción hecha entre una visión puramente objetiva del injusto y una culpabilidad netamente subjetiva. En el ámbito de la antijuricidad únicamente fue valorada la *situación* causada por el hecho (vid. *supra* § 22 II 1) [26]. Por el contrario, la nueva teoría del delito parte del planteamiento de que la antijuricidad del hecho no se agota en la desaprobación del resultado delictivo, sino que también debe ser incluida en el juicio de desvalor la *forma y el modo en que se origina* la situación jurídicamente desaprobada (vid. *supra* § 7 I 1b). De ello se deriva para la Dogmática contemporánea la distinción en el injusto entre el **desvalor de acción y el desvalor de resultado** [27].

2. En parte, y sobre la base de una teoría del injusto entendida de un modo puramente final, se llega incluso a defender el punto de vista extremo de que **sólo la voluntad de la acción** fundamenta el injusto y que el **desvalor de resultado no posee significado alguno** para aquél; este último sólo habría sido asumido por el legislador en las disposiciones penales porque no existe ninguna necesidad de pena sin una manifestación exterior del desprecio a la prohibición. Por tanto, según esta concepción el acaecimiento del resultado es sólo una condición objetiva de punibilidad (vid., también, *infra* § 55 II 1 a) [28]. Sin embargo, esta

---

[26] Especialmente claro en este sentido fue *Mezger*, GS 89 (1924) págs. 245 ss.; "el injusto es ... la modificación o la producción, respectivamente, de una situación jurídicamente aprobada o desaprobada, pero *no* la acción causante de una situación jurídicamente desaprobada".

[27] Una exposición crítica de la historia de la Dogmática la suministran *Krauß*, ZStW 76 (1964) págs. 20 ss. y *E.-J. Lampe*, Das personale Unrecht págs. 13 ss. En relación con la actual situación de la doctrina *Stratenwerth*, SchwZStr 79 (1963) págs. 237 ss.; *Krauß*, ZStW 76 (1964) págs. 38 ss.; *Krümpelmann*, Bagatelldelikte págs. 62 ss.; *Rudolphi*, Maurach-Festschrift págs. 51 ss.; *Hirsch*, ZStW 93 (1981) págs. 838 ss.; *Lackner*, nota preliminar núm. 20 antes del § 13; *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núm. 93; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 17 núms. 1 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núms. 54 ss. antes del § 13.

[28] Así, sobre todo, *Zielinski*, Handlungs-und Erfolgsunwert págs. 128 ss., 205 ss. Igualmente, y de modo especial también para el hecho doloso, *Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte págs. 78 ss.; *Lüderssen*, ZStW 85 (1973) pág. 292; *el mismo*, Bockelmann-Festschrift págs. 186 ss.; *Silva Sánchez*, ZStW 101 (1989) pág. 370; *Schöne*, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift pág. 654; *Dornseifer*, Armin-Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 427 ss.; *Suárez Montes*, Welzel-Festschrift pág. 389; de otra opinión, sin embargo, *Otto*, ZStW 87 (1975) págs. 566 ss.; *el mismo*, Grundkurs pág. 138; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 17 núm. 4. En relación con el hecho imprudente *Welzel*, Lehrbuch págs. 135 ss.; *Armin Kaufmann*, Welzel-Festschrift págs. 40 ss.; *Schaffstein*, Welzel-Festschrift págs. 559 ss. (vid. *infra* § 54 I 4 nota a pie núm. 18).

postura subjetiva de carácter monista resulta **rechazable** [29]. El injusto no sólo consiste en la rebelión contra el mandato normativo, sino que también reside en la producción del daño social que el ofendido y la comunidad sufren a través del hecho, y que debe ser evitado a través de la prescripción de la norma. Pero también político-criminalmente la segregación del ámbito del injusto del desvalor de resultado conduciría a resultados insatisfactorios. De este modo, en el hecho doloso deberían ser asimilados la tentativa acabada y su consumación y en el delito imprudente debería estar penalizado todo comportamiento contrario al deber de cuidado.

3. Una mirada a los *tipos penales más comunes* muestra que el contenido de injusto de numerosos tipos de delito está determinado también por la **forma y modo de comisión** del hecho y no sólo por la lesión o puesta en peligro del objeto de protección; precisamente en ello reside el verdadero merecimiento de pena de la correspondiente modalidad delictiva.

Ejemplos: El patrimonio no es protegido en Derecho penal frente a cualquier menoscabo imaginable del mismo, sino sólo ante *determinadas formas de agresión* que resulten especialmente peligrosas. El perjuicio patrimonial llevado a cabo mediante engaño es estafa (§ 263), por medio de la violencia, extorsión (§ 253), mediante abuso de confianza, apropiación indebida (§ 266) y por medio del aprovechamiento, usura (§ 302 a). La puesta en peligro del tráfico vial (§ 315 c I núm. 2) exige, además del riesgo para la vida y el cuerpo o para valores patrimoniales de importancia, la *contravención de determinadas reglas de circulación de especial importancia* llevada cabo de un modo grave y desconsiderado. La forma y modo de comisión como elementos que caracterizan al hecho punible serían incomprensibles si la norma prohibitiva sólo pensara en el desvalor de resultado.

El *desvalor de resultado* del hecho reside en la lesión o puesta en peligro del objeto de protección de la acción, mientras que el *desvalor de acción* lo hace en la forma y modo de su comisión. El desvalor de acción consiste tanto en las *modalidades externas* del comportamiento del autor como en las *circunstancias* que concurren *en su persona.* De ahí que se distinga entre el desvalor de acción *referido al hecho y al autor* (personal). Con la asunción por el tipo penal del *desvalor* de la acción y del resultado uno y otro se convierten en *injusto* de la acción y del resultado.

4. El entendimiento de que dentro del injusto de acción los **elementos personales** juegan un papel esencial, se ha impuesto ampliamente en la nueva Dogmática (teoría del injusto *personal*) [30]. La cuestión sólo gira, todavía hoy, sobre *qué* elementos personales deben ser considerados

---

[29] En el mismo sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Gallas,* Bockelmann-Festschrift págs. 161 ss.; *Jakobs,* Studien págs. 120 ss.; *Hirsch,* ZStW 94 (1982) págs. 240 ss.; *el mismo,* Kölner Festschrift págs. 409 ss.; *Degener,* ZStW 103 (1991) págs. 357 ss.; *LK* (11.ª) (*Jescheck*) nota preliminar núm. 44 antes del § 13; *Mylonopoulos,* Handlungs und Erfolgsunwert págs. 67 ss.; *Paeffgen,* Verrat in der irrigen Annahme eines illegalen Staatsgeheimnisses págs. 110 ss.; *Roxin,* Allg. Teil I § 10 núms. 96 ss.; *Kratzsch,* Verhaltenssteuerung págs. 94 ss.; *Schöneborn,* GA 1981, págs. 73 ss.; *Wolter,* Objektive und personale Zurechnung pág. 25; *Krauß,* ZStW 76 (1964) págs. 61 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 59 antes del § 13; *Stratenwerth,* Schaffstein-Festschrift págs. 182 ss.; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 17 núm. 5; *Mazzacuva,* Il disvalore di evento págs. 60 ss.

[30] Sobre la historia de la teoría del injusto personal vid. *H. Lampe,* Unrechtsbegriff págs. 25 ss. Más detalladamente sobre la doctrina actual *Gallas,* Bockelmann-Festschrift págs. 155 ss.; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 17 núm. 1; *Lackner,* nota preliminar núm. 20 antes del § 13; *Hirsch,* ZStW 93 (1981) págs. 843 ss.; *Stratenwerth,* SchwZStr 79 (1963) págs. 237 ss.; *Rudolphi,* Maurach-Festschrift págs. 51 ss.; *Otto,* ZStW 87 (1975) págs. 539 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 52 antes del § 13; *Wolter,* Objektive und personale Zurechnung, 1981. La posición opuesta es defendida sobre todo por *Oehler,* Das objektive Zweckmoment págs. 62 ss. En Suiza defienden una teoría personal del injusto *Germann,* Das Verbrechen págs. 119 ss. y *Noll,* Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe págs. 29 ss., en España, *Cerezo Mir,* Curso págs.

como parte integrante del injusto de acción y cómo se determina la *relación de jerarquía* dentro del tipo penal entre el injusto de la acción y el de resultado.

a) Por una parte, en el injusto de acción figuran los **elementos objetivos de la autoría.** Por regla general los tipos delictivos están formulados de tal modo que pueden ser realizados por cualquiera. Existen sin embargo disposiciones penales en las que la autoría se caracteriza por elementos objetivos que describen una determinada posición de deber al limitarla a un reducido círculo de personas (por ejemplo, la prevaricación del § 336[31]), o en las que determinadas personas, por la infracción de un deber vinculado con el hecho, son castigadas más gravemente que otras (vgr., la modalidad de apropiación indebida contenida en el § 246 I, segundo inciso[32]) (vid., más detalladamente, *infra* § 26 II 6).

b) También se reconoce como elemento integrante del injusto personal de acción los **elementos subjetivos del injusto.** Su misión es caracterizar más detenidamente la voluntad de la acción que se dirige a la lesión del bien jurídico y, de este modo, conferir a la descripción externa contenida en el tipo de delito el correspondiente acento de desvalor interno (vid. *supra* § 22 III 2 e *infra* § 30)[33].

c) El punto en el que las tendencias se dividen es el relativo a la cuestión de si también el **dolo es una parte integrante del injusto de la acción** o si sólo puede ser considerado como un elemento de la culpabilidad[34]. Para la teoría de la acción final la pertenencia del dolo al injusto típico de la acción se deduce por sí misma, puesto que si la acción por su naturaleza sólo puede ser entendida como acción final, entonces el tipo al describir la acción prohibida debe comprender a todos los momentos finales y, con ello, también al dolo (vid. *supra* § 22 V 3). También la teoría social de la acción debe reconocer este argumento ontológico pues en el hacer positivo aquélla se sitúa asimismo sobre la finalidad como categoría básica. Sin embargo, los elementos del injusto pueden ser desarrollados *a partir de la esencia misma de la antijuricidad*[35]. Para ello se parte de que la norma penal tiene por objetivo determinar de tal modo la *voluntad*

---

360 ss. Reconocen elementos subjetivos de la antijurididad dentro de unos márgenes estrechos *Hazewinkel-Suringa/Remmelink,* Inleiding pág. 240; *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez,* Derecho penal págs. 408 ss.; *Díez Ripollés,* Elementos subjetivos, 1990. Con anterioridad la doctrina austríaca limitaba rigurosamente la antijuricidad a la lesión del bien jurídico protegido; vid. *Kadeëka,* Gesammelte Aufsätze pág. 19 y *Nowakowski* Grundzüge pág. 52. Entre ambas posiciones se encuentra *Maihofer,* Rittler-Festschrift págs. 156 ss. que, aunque reconoce el lado personal del injusto, lo restringe al sentido objetivo del suceso. El cambio decisivo en la traslación del dolo lo ha llevado a cabo *Nowakowski,* JBl 1972, págs. 22 ss.; vid. también *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 30 antes del § 3. Coincidiendo con él *Platzgummer,* JBl 1971, pág. 238; *Moos,* Strafrechtl. Probleme págs. 28 ss.; *Triffterer,* Allg. Teil págs. 51 ss. Desviándose en este punto *Kienapfel,* JZ 1972, págs. 575 ss.

31 La prevaricación se regula actualmente en el § 339 StGB (N del T).

32 Téngase en cuenta la actual redacción del § 246 StGB (N del T).

33 Frente a la crítica formulada por *Rittler,* Tomo I págs. 121 ss., a los elementos subjetivos del injusto vid. *Engisch,* Rittler-Festschrift págs. 170 ss. Destacando en la doctrina alemana por su rechazo a los elementos subjetivos del injusto, *Oehler,* Das objektive Zweckmoment págs. 131 ss. Profundizando en la fundamentación de la doctrina dominante *Baumann/Weber,* Allg. Teil págs. 281 ss.

34 Para más detalles vid. *Jescheck,* E. Wolf-Festschrift págs. 475 ss.; *Fukuda,* ZStW 71 (1959) págs. 42 ss.; *Rudolphi,* Maurach-Festschrift pág. 65.

35 Vid. especialmente al respecto (mostrando su rechazo) *Hirsch,* ZStW 93 (1981) págs. 844 ss.

de la persona, que ésta no suponga un peligro para los bienes jurídicos que resultan imprescindibles para la comunidad (vid. *supra* § 24 II 2). De ello resulta lo siguiente: *Lo prohibido es un proceder de la voluntad que aspira al resultado delictivo, pero también lo es aquel otro que tiene lugar en la conciencia y que está vinculado posible o necesariamente con el resultado del delito* [36]. Con ello se deduce del contenido de la norma que, además de los elementos subjetivos del injusto en sentido estricto, también la voluntad misma de realización del tipo es una parte integrante del injusto de la acción. El objeto de la valoración del juicio de antijuricidad es tanto el momento exterior como el interior del hecho. Sin embargo, con la inclusión de los elementos subjetivos de la acción típica, el injusto no pierde su carácter objetivo pues para el juicio de antijuricidad es suficiente con que el autor desprecie conscientemente las exigencias *generales* que la norma jurídica impone *a cualquiera*. Según ello, el injusto personal es el "injusto objetivo de un sujeto" [37]. El **dolo** de la voluntad de acción que se dirige inmediatamente en contra del mandato de la norma es el **núcleo central del injusto personal de acción** [38].

Prescindiendo de la *consciente* puesta en peligro de bienes jurídicos, la norma, tal y como después se evidenciará, también prohibe el comportamiento que infringe *inconscientemente el deber de cuidado necesario en el tráfico para evitar el resultado delictivo*. Estamos en presencia entonces del injusto personal de acción de los delitos *imprudentes* (vid. *infra* § 55 I 1).

d) Este resultado viene corroborado por la **configuración del Derecho positivo**: Y así, la *descripción de la acción* de muchos tipos dolosos (por ejemplo, "engañar" en el § 263, "ayudar a vender" en el § 259, "perseguir la pieza de caza" en el § 292, "sustraer" en el § 242, "apropiarse" en el § 246) evidencia que no se puede prescindir de las ideas e intenciones del autor sin que el hecho pierda su verdadero sentido como injusto merecedor de pena **(aplicación de palabras que describen actividades finales)**.

Ejemplos: El funcionario público que, pese a ingresar efectivamente en caja el dinero, retiene los comprobantes, se apropia de éste si se "valoran las relaciones internas del curso del suceso" (BGH 24, 115 [120]). En la sustracción de un vehículo a motor la delimitación entre el § 242 y el § 248b se determina por la existencia de una intención de apropiación o de simple uso.

---

[36] Sobre ello, básicamente, *Gallas*, Beiträge pág. 54. Asimismo, *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 53 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 22 núm. 1; *Ebert/Kühl*, Jura 1981, pág. 233; *Kühl*, Allg. Teil § 3 núm. 5; § 5 núm. 5; *Welzel* Lehrbuch págs. 64 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 242 ss; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 54 antes del § 13; *Wessels*, Allg. Teil núms. 136 ss. Por el contrario, *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 201, considera al injusto como "comportamiento de la voluntad", mientras que su "carácter doloso" ("Vorsätzlichkeit") como noción diferente permanece como un puro elemento de la culpabilidad (pág. 203).

[37] Así, *E.-J. Lampe*, Das personale Unrecht pág. 208.

[38] En este sentido se pronuncia actualmente la doctrina dominante; vid., además de los autores citados en la nota a pie núm. 36, *Blei*, Allg. Teil pág. 97; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 26 antes del § 13; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 3 A núm. 100; *Hirsch*, ZStW 93 (1981) pág. 837; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 184 antes del § 32; *Armin Kaufmann*, Welzel-Festschrift pág. 391; *Krauß*, ZStW 76 (1964) pág. 56; *Krümpelmann*, ZStW 87 (1975) pág. 890; *Lackner*, nota preliminar núm. 20 antes del § 13; *Otto*, Grundkurs págs. 83 ss.; *Preisendanz*, nota prelinar B V 3; *Roxin*, Radbruch-Gedächtnisschrift pág. 266; *el mismo*, Allg. Teil I § 10 núms. 62 ss.; *Rudolphi*, Maurach-Festschrift págs. 51 ss.; *Schaffstein*, MDR 1951, pág. 196; *Jakobs*, Allg. Teil 8/1; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 5 antes del § 32; *Zielinski*, Handlungs-und Erfolgsunwert págs. 79 ss. La posición contraria, todavía dominante en el extranjero, es sustentada en Alemania por *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 389; *Spendel*, Bockelmann-Festschrift pág. 252; *Engisch*, DJT-Festschrift págs. 426 ss.; *Kohlrausch/Lange*, § 59 comentario II 1; *Naucke*, Einführung pág. 271.

La posición del dolo en el injusto de la acción es especialmente clara en la tentativa (§ 22). La tentativa también determina un **injusto** cuando el autor ha comenzado a trasladar a los hechos su voluntad de realizar un tipo penal, sin que hubiese podido acaecer el resultado delictivo de acuerdo con la situación objetiva (tentativa inidónea).

Ejemplo: Cuando el autor suministra a la víctima una pequeña cantidad de "Luminal" que no podía ocasionar la muerte por él proyectada, el hecho es punible como homicidio intentado (a pesar de la ausencia de peligrosidad) según los §§ 212, 22, y 23, a causa de la voluntad dirigida en contra de la prohibición del homicidio (BGH 11, 324).

Finalmente, los casos en los que el legislador atribuye **sanciones penales a la comisión dolosa pero inculpable del hecho** (§§ 63, 64, 69, 70) demuestran que el dolo, como factor directivo del hecho, ya no puede ser parte integrante de la culpabilidad; en estos supuestos, la prescripción de las medidas de seguridad presupone que en el autor inculpable que actúa ha sido comprobado el dolo de cometer un hecho determinado [39].

Ejemplo: Si alguien absolutamente ebrio abre equivocadamente la puerta de una vivienda que no es la suya (§ 323 a), de su dolo depende la apreciación de una tentativa de allanamiento de domicilio, de robo o de violación, o si sencillamente ha errador de planta.

5. Pero el dolo no es sólo incardinable en el tipo de injusto sino que posee una **doble posición** [40]. Como factor directivo del comportamiento es el núcleo central del injusto típico de la acción, y como resultado final del proceso de formación de la voluntad que pertenece a la culpabilidad es también un elemento integrante de ésta (vid. *infra* § 39 IV 4). Dado que en la culpabilidad se refleja la clase y gravedad del injusto cometido, también para el tipo y alcance del reproche culpabilístico se distingue si el autor ha ejecutado el hecho dolosamente o si tan sólo ha faltado el deber de cuidado exigible para evitar la lesión del bien jurídico [41]. Al igual que el dolo, también la imprudencia determina tanto el injusto del hecho como la culpabilidad del autor (vid. *infra* § 54 I 3).

6. Con la introducción del dolo en el injusto de la acción no son mezcladas la antijuricidad y la culpabilidad y tampoco se difuminan los límites entre la Moral y el Derecho, tal y como sostienen los **críticos** [42].

a) También según la concepción personal del injusto la **antijuricidad** mantiene su **dimensión objetiva**, pues el Derecho impone a cualquiera las mismas exigencias y su infracción com-

---

39 Vid. *Schüler-Springorum*, MSchrKrim 1973, PÁG. 365.

40 *Esta posición va afianzándose cada vez más;* vid. *Gallas,* Beiträge pág. 56; *el mismo,* Bockelmann-Festschrift pág. 170; *Haft,* Allg. Teil pág. 133; *Blei,* Allg. Teil pág. 206; *Schünemann,* GA 1985, págs. 361 ss.; *Cramer,* Grundbegriffe págs. 51 ss.; *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núm. 28a antes del § 13; *Köhler,* Bewußte Fahrlässigkeit pág. 332; *Lackner,* § 15 n.º 34; *E.-J. Lampe,* Das personale Unrecht pág. 234; *Roxin,* Radbruch-Gedächtnisschrift pág. 266; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 120 antes del § 13; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 3; *Wessels,* Allg. Teil núm. 142; *Wolter,* Zurechnung pág. 152. Igualmente en Austria *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 11 antes del § 13; *Moos,* ZStW 93 (198 1) págs. 1031 ss.; en Portugal *Figueiredo Dias,* ZStW 95 (1983) pág. 246. Además, desde una perspectiva de Derecho comparado, *Hünerfeld,* ZStW 93 (1981) págs. 1000 ss. Disienten *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 22 núm. 6. Mostrándose conciliadores *Hirsch,* ZStW 94 (1982) págs. 257 ss.; *Cerezo Mir,* ZStW 93 (1981) pág. 1019; *Ziegert,* Vorsatz págs. 162 ss.

41 *Jescheck,* ZStW 98 (1986) págs. 11 ss.

42 Vid., sobre todo, *Würtenberger,* Situation págs. 55 ss.; además, *Schultz,* Einführung I págs. 215 ss.

porta iguales consecuencias para todos. Sólo en el juicio de culpabilidad son tenidas en cuenta la clase y modo de formación de la voluntad, así como las posibilidades del autor en atención al mandato normativo. El carácter objetivo de la antijuricidad no supone, sin embargo, que el injusto pueda extenderse sólo a elementos del mundo externo. Más bien se trata de entender el concepto de lo "objetivo" en el sentido de **"validez general"**: la antijuricidad es una magnitud objetiva pues el mandato de la norma rige sin la toma en consideración de la persona y, por ello, la infracción del Derecho es determinada conforme a reglas generales sin atender a la capacidad de culpabilidad ni al valor o desvalor de la motivación del autor. Por medio de la integración de la voluntad de la acción no se renuncia al carácter objetivo de la antijuricidad. El desvalor personal de la acción comprende todos aquellos factores que afectan a la *dirección* de la voluntad de la acción típica lesiva del bien jurídico protegido [43]. El objeto del juicio de culpabilidad es, por el contrario, la forma y modo de la *formación* de la voluntad que conduce al hecho y en la que el mayor o menor desvalor es codeterminado a través de su resultado en el dolo o en la imprudencia como formas de culpabilidad [44]. En el examen de la antijuricidad del hecho se pregunta: ¿Qué quiso el autor y qué ha hecho?; en el de la culpabilidad se plantea el siguiente interrogante: ¿En qué medida se le puede reprochar al autor el injusto cometido? (vid. *infra* § 39 I 1).

b) Del mismo modo tampoco se produce una confusión entre las reglas del *Derecho* y la *Ética individual*. Incluso cuando se concibe la voluntad de la acción como una parte integrante del injusto, la **prescripción normativa** permanece siempre como un **mandato jurídico** y, con ello, la transgresión sigue siendo un *injusto* que no se agrava ni atenúa atendiendo a criterios ético-individuales. Como escala para la valoración de la formación de la voluntad la Ética se limita al ámbito de la culpabilidad, pero apareciendo siempre aquí en su manifestación como **Ética social** y nunca como moral individual, pues el Derecho impone sus exigencias a las personas tan sólo en atención al bien común y sólo demanda, si bien de modo permanente, aquello que puede ser esperado del ciudadano de acuerdo con su posición en la sociedad. La ética individual no juega papel alguno ni en la nueva ni en la versión clásica de la teoría del injusto.

§ 25 Antijuricidad y tipo

Por motivos de seguridad jurídica, en Derecho alemán las formas de comportamiento antijurídico merecedoras de pena se encuentran recogidas en las descripciones especiales de los delitos a las que se denominan *tipos*. De acuerdo con el art. 103 II GG un comportamiento antijurídico sólo puede ser castigado con el requisito de que se describa y conmine con pena en un tipo legal. A pesar de que este principio no está sometido a discusión alguna, sin embargo la **relación entre el tipo y la antijuricidad** requiere una aclaración más detallada.

I. El tipo como tipo de injusto

Beling, Die Lehre vom Tatbestand, 1930; *H. Bruns*, Kritik der Lehre vom Tatbestand, 1932; *Burian*, Der Einfluß der deutschen Naturrechtslehre auf die Entwicklung der Tatbestandsdefinition, 1970; *Claß*,

---

[43] En torno a la distinción entre elementos subjetivos del tipo y de la culpabilidad *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núms. 70 ss.

[44] Vid. *Krümpelmann*, ZStW 87 (1975) pág. 897.

Grenzen des Tatbestandes, Strafr. Abh. Heft 323, 1933; *Engisch,* Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 127; *el mismo,* Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2.ª Ed. 1968; *Günther,* Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *Hassemer,* Tatbestand und Typus, 1964; *Jescheck,* Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre, ZStW 73 (1961), pág. 179; *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.ª Ed. 1991; *Mezger,* Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, NJW 1953, pág. 2; *Roxin,* Literaturbericht, ZStW 82 (1970) pág. 675; *Sax,* Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe usw., JZ 1975, pág. 137; *el mismo,* "Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung, JZ 1976, págs. 9, 80 y 429; *Schmidhäuser,* Der Unrechtstatbestand, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 433; *Schweikert,* Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957; *E. Wolf,* Der Sachbegriff im Strafrecht, RG-Festgabe, Tomo V, 1929, pág. 44.

1. De acuerdo con la teoría del tipo original, creada por *Beling*[1], el sentido del tipo penal se agota en la descripción de la imagen exterior de una acción cualquiera. Según esta concepción, el tipo todavía no dice nada acerca de la antijuricidad sino que, más bien, se trata sólo del objeto de un juicio de valor jurídico formulado conceptualmente que debe ser extraído de las normas jurídicas en su conjunto (vid. *supra* § 22 II 1). Fue ya la teoría teleológica del tipo *(Hegler, Sauer, Mezger, E. Wolf)* la que abandonó el punto de vista meramente formal de Beling y la que dejó de ver en las descripciones delictivas un reflejo de los hechos libre de valoración jurídica, para concebirlas como la imagen de los elementos del tipo de una determinada modalidad delictiva (vid. *supra* § 22 III 2 b y c)[2]. El tipo se convirtió así en "materia de prohibición de las disposiciones penales", es decir, en una "descripción del objeto del comportamiento prohibido"[3]. Desde luego que con la comprobación de la tipicidad el juicio sobre la antijuricidad no está pronunciado definitivamente, pues cabe todavía la posibilidad de que concurran causas de justificación que beneficien al autor[4].

2. De conformidad con la actual situación de la teoría del delito hay que aceptar que en el **tipo** deben encontrar acogida todos aquellos elementos que fundamentan el **contenido material de injusto** del hecho punible. El tipo debe proporcionar claridad acerca de cuál es el bien jurídico en el que el legislador ha pensado como sentido de la norma penal, qué objetos de la acción entran en consideración (sobre ambas cuestiones vid. *infra* § 26 I), en qué consiste la acción u omisión prohibida, si una u otra deben haber causado una lesión o sólo un peligro concreto para el bien jurídico y, finalmente, si es exigido el dolo o basta con la imprudencia (§ 15)[5]. La materia objeto de prohibición debería *agotarse* en la circunscripción del tipo, pues con el mismo el legislador ha suministrado la totalidad de los elementos que reúne el contenido de injusto típico de la correspondiente figura de delito. No resulta decisivo si, y en qué medida, el legislador ha logrado abarcar por completo y describir de forma concreta los elementos de la norma de prohibición. Aún cuando la Ley misma señala sólo una parte de esos elementos y abandona al juez su formulación por la vía del *complemento del tipo*, como es el caso de los delitos imprudentes y de los de omisión impropia, las piezas que faltan siguen siendo parte integrante del tipo. Si la individualización de los elementos

---

[1] Vid. *Beling,* Verbrechenslehre págs. 3, 23 ss. y 110; *el mismo,* Lehre vom Tatbestand págs. 12 ss.

[2] Acerca de esta evolución *H. Bruns,* Kritik págs. 14 ss.; *Jescheck,* ZStW 73 (1961) págs. 181 ss.; *Schweikert,* Wandlungen der Tatbestandslehre págs. 14 ss. En relación con los presupuestos dogmáticos de un Derecho penal estructurado conforme a los tipos en la primera mitad del siglo XVIII *Burian,* Naturrechtslehre págs. 113 ss.

[3] *Welzel,* Lehrbuch pág. 49.

[4] De ahí que no sea fundada la crítica de *Claß,* Grenzen des Tatbestandes pág. 147, consistente en que con la "teoría de la tipificación del injusto" el tipo ha dejado de ser un "elemento autónomo en la serie de presupuestos generales del delito". Acerca de la autonomía de la fundamentación del injusto vid., sobre todo, *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 193 y 282 ss.

que fundamentan una determinada clase de delito es llevada a cabo por el legislador o por el juez, ésta es una cuestión que afecta al mandato constitucional de determinación (vid. *supra* § 15 III 3) y no al problema de la pertenencia al tipo de tales elementos.

Ejemplos: La regulación relativa a las coacciones (§ 240 II) que se basa en la reprochabilidad de la relación medio a fin contiene, frente a su tenor literal, un complemento del tipo y no un elemento adicional de la antijuricidad (de otra opinión, BGH 2, 194 [196]; BayObLG NJW 1963, pág. 824; OLG Braunschweig NJW 1976, pág. 62) [6]. En torno a la reprochabilidad de las "sentadas obstaculizadoras" vid. BVerfG JR 1991, pág. 13; BGH 35, 270; OLG Stuttgart NStZ 1991, pág. 333. También son elementos del tipo las circunstancias bajo las cuales se enjuicia en la usura si la prestación y la contraprestación se encuentran en una "evidente desproporción" (§ 302 a) [7]. Lo mismo sucede en cuanto a la posición de garante en el delito de omisión impropia previsto en el § 13 (BGH 16, 155 [158]).

En muchos tipos penales el injusto típico sólo es realizado cuando al comportamiento descrito del autor se le añade un elemento negativo, tal y como sucede con la falta de autorización oficial para el establecimiento de juegos de azar (§ 284) [8]. Estos tipos deben distinguirse de aquellos otros en los que el comportamiento descrito es ya por sí mismo tan peligroso que debe ser considerado como injusto típico, pero en los que la aprobación de una autoridad puede crear una causa de justificación. Y así, por ejemplo, en el § 324 el elemento "sin autorización" no pertenece al tipo sino que, sencillamente, advierte de la posibilidad de una justificación de la contaminación del medio acuático a través de su aprobación por parte de la autoridad [9]. Dado que el tipo describe precisamente el injusto típico [10], aquel que realiza el tipo lesiona, simultáneamente, el correspondiente bien jurídico protegido; de ahí que no se necesite una comprobación especial de la lesión del bien jurídico protegido [11].

---

[5] Así, RG 63, 215 [218]; BGH 16, 155 [158] y la doctrina dominante.; vid. *Gallas,* Beiträge págs. 32 ss.; *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 257; *Lackner,* nota preliminar núm. 15 antes del § 13; *Jakobs,* Allg. Teil 6/51 ss.; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 37; *Engisch,* Mezger-Festschrift pág. 132; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 24 núms. 1 ss.; *Roxin,* Allg. Teil 1 § 10 núm. 23; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núms. 34 y 37 antes del § 1; *Schmidhäuser,* Engisch-Festschrift pág. 441; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 45 antes del 13; *Wessels,* Allg. Teil núm. 119; *Rehberg,* Strafrecht I p.66; *Fiandaca/Musco,* Diritto penale pág. 164; *Cerezo Mir,* Curso págs. 323 ss.; *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 51 antes del § 3; *Schultz,* Einführung I pág. 119.

[6] En el sentido del texto, *Schönke/Schröder/Eser,* § 240 núm. 16; *Roxin,* Allg. Teil I § 10 núm. 44; *LK (11.ª) (Hirsch)* nota preliminar núm. 21 antes del § 32. En contra *Günther,* Strafrechtswidrigkeit págs. 322 ss. quien considera al § 240 II como una "causa de exclusión del injusto penal".

[7] El delito de usura se encuentra actualmente regulado en el § 291 StGB (N del T).

[8] *Dreher/Tröndle,* § 284 núm. 15; *Schönke/Schröder/Eser,* § 284 núm. 18. Véase también el § 236 (secuestro "sin el consentimiento de los padres") [Téngase en cuenta la nueva redacción del § 236 que ha pasado a regular el "tráfico de niños" (N del T)]. Por lo demás aquí *no* estamos en presencia de los denominados elementos negativos del tipo; sobre ellos vid. *infra* § 25 III.

[9] *Schönke/Schröder/Cramer,* antes del § 324 núm. 14.

[10] Sobre el concepto de tipo ("Typus") y su posición intermedia entre la noción jurídica y la vida real, *Engisch,* Konkretisierung págs. 228, 251; *Hassemer,* Tatbestand págs. 109 ss.; *Larenz,* Methodenlehre págs. 460 ss.

[11] De otra opinión *Sax,* JZ 1975, pág. 144; JZ 1976, págs. 9, 80 y 429, que exige adicionalmente la "producción de una lesión del bien jurídico merecedora de pena".

3. El **concepto de "tipo"** es utilizado en el lenguaje jurídico con un significado diverso [12]. En este texto es entendido, como ya se expuso, como la descripción legal del injusto típico, como "tipo de injusto" (en relación con el tipo de la culpabilidad *infra* § 42 I). En otro sentido el concepto señala (más restringidamente) la suma de elementos que toman parte en la función garantista de la Ley penal en el sentido del art. 103 II GG ("tipo de garantía"; vid. *supra* § 15 III). En la Teoría general del Derecho la expresión "tipo" alude a la totalidad de los presupuestos para el acaecimiento de una consecuencia jurídica [13].

II. Tipos "abiertos" y elementos de valoración global

Engisch, Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 127; *Hirsch,* Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; *el mismo,* Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962) pág. 78; *Armin Kaufmann,* Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; *el mismo,* Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 277; *Kunert,* Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, 1958, *Noll,* Strafrecht im Übergang, GA 1970, pág. 176; *Roxin,* Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2.ª Ed. 1970; *el mismo,* Literaturbericht, ZStW 82 (1970) pág. 675; *el mismo,* Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik, 2.ª Ed. 1973; *Spriesterbach,* Neue Kritik der Lehre vom Tatbestand, Diss. Bonn 1960; *Vianden-Grüter (Hilde Kaufmann),* Der Irrtum über Voraussetzungen, die für § 240 II StGB beachtlich sind, GA 1954, pág. 359.

1. La teoría de los tipos "abiertos" sostiene que en Derecho penal existen tipos de los que no pueden deducirse completamente, sino tan sólo en parte, los elementos del injusto del delito correspondiente. La integración de los que se encuentran ausentes debe ser llevada a cabo por *medio de componentes positivos de la antijuricidad que se encuentran fuera del tipo* [14]. Los tipos abiertos son definidos como aquellas disposiciones penales "en las que falta una imagen rectora de carácter objetivo para completar el tipo", de modo que en la práctica no puede tener lugar de la mano del texto legal una diferenciación entre el comportamiento prohibido y el permitido (vid., por ejemplo, §§ 240 II, 253 II, 132 a). Sin embargo, la **teoría de los tipos abiertos** debe ser **rechazada** [15], pues si el tipo es entendido como *tipo* de injusto sólo puede ser concebido de un modo "cerrado", porque de lo contrario le faltaría precisamente su cualidad de tipo. Esto significa que el tipo debe contener sin excepción la *totalidad* de los elementos determinantes de injusto de una modalidad delictiva y que la *cuestión relativa a la antijuricidad* sólo puede ser determinada en un sentido *negativo*, esto es, en el sentido de su exclusión por la intervención de causas de justificación. De todos modos, el grado de precisión de la materia objeto

---

[12] Sobre las distintas posibilidades *Engisch,* Mezger-Festschrift págs. 129 ss.; *LK (11.ª) (Jescheck)* nota preliminar núm. 45 antes del § 13; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 44 antes del § 13.

[13] Al respecto vid. *Mezger,* NJW 1953, pág. 2. Con frecuencia también en Derecho penal se designa de modo inexacto como "tipo" al conjunto de la disposición penal, a pesar de que la mayoría de los preceptos penales que no pertenecen al tipo de injusto.

[14] Así, especialmente, *Welzel,* Lehrbuch págs. 82 ss.; *Armin Kaufmann,* Normentheorie págs. 101, 257 ss.; *Kunert,* Die normativen Tatbestandsmerkmale pág. 93 nota a pie núm. 1; *Spriesterbach,* Neue Kritik págs. 117 ss.

[15] Así, en el mismo sentido, *Roxin,* Offene Tatbestände págs. 53 ss.; *el mismo,* Allg. Teil I § 10 núms. 43 ss.y la doctrina dominante; vid. las referencias contenidas en *Roxin,* Offene Tatbestände págs. 15 ss. Vid., además, *Gallas,* Beiträge págs. 39 ss.; *Jakobs,* Allg. Teil 6/61-63; *LK (11.ª) (Hirsch)* nota preliminar núm. 21 antes del § 32; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil 1 § 24 núm. 8; *Noll,* GA 1970, pág. 180; *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 286 ss.; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 355; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núms. 66 ss. antes del vor § 13; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 17 antes del § 32.

de prohibición es distinto en cada disposición penal. Los elementos complementarios que el juez consigue procedentes de juicios de valor general y de las relaciones con otros componentes constituyen, por otro lado, partes integrantes del tipo para los que, prescindiendo del método por el que son obtenidos, no rigen especialidades (vid. *supra* § 25 I 2).

Ejemplos: La cuestión a resolver según el Derecho público relativa a la falta de autorización para llevar uniforme constituye un elemento del tipo de acuerdo con el § 132 a núm. 4. El autor, por tanto, no debe pertenecer al círculo de personas a las que les está conferida dicha autorización, circunstancia ésta que debe ser conocida para actuar dolosamente. Sin embargo, el juicio sobre la antijuricidad no está todavía cerrado pues el llevar un uniforme sin autorización puede estar justificado excepcionalmente. Y así, es válida como ardid de guerra la utilización de uniformes enemigos durante el desarrollo de una operación de comando. En el § 240 la regulación recogida en su apartado segundo sobre la relación medio a fin pertenece igualmente al tipo y no constituye un elemento especial de la antijuricidad necesitado de una comprobación positiva (vid. *supra* § 25 I 2). Esto tiene importancia sobre todo para la solución de las cuestiones referidas al error. Si la víctima amenaza a su ladrón con denunciarlo si éste no contribuye con un donativo a la Cruz Roja, dicha amenaza no es típica en el sentido del § 240 II (BayObLG MDR, 1957, pág. 309). El error sobre la autoría de la persona amenazada con la denuncia sería un error de tipo (BGH LM § 240 núm. 3) [16].

2. La investigación desarrollada por la teoría de los tipos abiertos ha conducido, no obstante, a un importante descubrimiento. Existen **"elementos de valoración global"** [17] a los que, por ejemplo, pertenece la "reprochabilidad" de la utilización del violencia del § 240 II. La clasificación de tales elementos es difícil puesto que como componentes del tipo son fuertemente completados con una valoración jurídica pero, de otro lado, al tipo (§ 240 I) le faltan sus contornos como *tipo de injusto* sin la valoración global negativa de la "reprochabilidad". La solución sólo puede residir en que las *circunstancias fácticas* que hacen aparecer al comportamiento del autor como reprochable pertenezcan al tipo, pero que su *valoración* como medida de su crecida reprobabilidad se emprenda en la fase de la antijuricidad [18]. De este modo también se solucionan adecuadamente las cuestiones surgidas en torno al error.

Ejemplo: Un acreedor fuerza al deudor de un préstamo, mediante la amenaza de una denuncia por estafa, a la devolución del crédito. Si el acreedor piensa erróneamente que el deudor realmente le había engañado en la contratación del préstamo, entonces actúa bajo un error de tipo debido a que no ha reconocido correctamente los presupuestos objetivos del juicio de reprochabilidad. Por el contrario, si sabía que la acusación por estafa no estaba justificada pero actuaba bajo la creencia de que tales "trucos" (scil. la amenaza de denuncia) no serían reprochables en el negocio crediticio, entonces existe un error de prohibición (§ 17).

3. Discutido es el tratamiento de las causas de justificación en los tipos con elementos de valoración global. Un sector de opinión quiere incluir aquí las causas de justificación en el marco del tipo para el examen de la reprochabilidad [19]. Lo correcto es, sin embargo, investigar la

---

[16] Así, *LK (11.ª) (Hirsch)* nota preliminar núms. 21 ss. antes del § 32; *Schönke/Schröder/Eser,* § 240 núm. 35; vid., con más detalle, *Vianden-Grüter,* GA 1954, pág. 359.

[17] Vid. *Roxin,* Offene Tatbestände págs. 132 ss.; *el mismo,* ZStW 82 (1970) págs. 682 ss.; *Engisch,* Mezger-Festschrift págs. 157 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 66 antes del § 13; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 18 antes del § 32; BGH 3, 400 (402). En contra de este concepto *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 288.

[18] Asimismo, en cuanto al resultado, *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 66 antes del § 13; *Roxin,* Allg. Teil I § 10 núms. 45 ss.

[19] Así *Roxin,* Allg. Teil I § 10 núm. 45 nota a pie núm. 84.

reprochabilidad en el tipo sólo de un modo abstracto y, por el contrario, considerar la eventual justificación en el ámbito de la antijuricidad [20].

III. La teoría de los elementos negativos del tipo

Dreher, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 207; *Engisch,* Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-Festschrift, Tomo I, 1960, pág. 401; *Gallas,* Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 155; *Hirsch,* Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; *Armin Kaufmann,* Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung, JZ 1955, pág. 37; *el mismo,* Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; *Arthur Kaufmann,* Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, JZ 1954, pág. 653; *el mismo,* Tatbestand, Rechtfertigungsgrund und Irrtum, JZ 1956, págs. 353 y 393; *Lange,* Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung, JZ 1953, pág. 9; *Lang-Hinrichsen,* Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des BGH, JZ 1953, pág. 362; *Naka,* Die Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes, JZ 1961, pág. 210; *Paeffgen,* Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 399; *Röding,* Zur Problematik des Verbrechensaufbaus, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 39; *Schaffstein,* Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre, MDR 1951, pág. 196; *Schünemann,* Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform usw., GA 1985, pág. 341; *v. Weber,* Negative Tatbestandsmerkrnale, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 183; *Wolter,* Objektive und personale Zurechnung usw., 1981.

1. Si la teoría de los tipos abiertos aporta al tipo demasiado poco, en la medida en que éste sea entendido como portador del contenido de injusto típico de la figura de delito correspondiente, por el contrario la teoría de los elementos negativos le da demasiado. De acuerdo con esta última el tipo no sólo debe extenderse a los elementos típicos de la infracción sino también a **todas las circunstancias referidas a la antijuricidad** [21]. De este modo, los presupuestos de las causas de justificación son entendidos aquí como elementos negativos del tipo. Aquéllas son incluidas en el tipo por el hecho de que sólo su ausencia posibilita el juicio definitivo sobre la antijuricidad del hecho. De este modo, los elementos del tipo y los presupuestos de las causas de justificación son reunidos en un tipo global y vienen a situarse sistemáticamente en el mismo nivel (vid. *supra* § 25 I 3).

Ejemplo: Según lo afirmado la norma del § 212 (con la inclusión de la legítima defensa) rezaría: Será castigado con pena el homicidio doloso de una persona, excepción hecha del caso de defensa necesaria frente a un ataque antijurídico actual.

La teoría de los elementos negativos descansa, de una parte, sobre el presupuesto de que el tipo no contiene simplemente la valoración abstracta de una acción perjudicial para el bien jurídi-

---

[20] Vid. *Hirsch,* ZStW 74 (1962) págs. 119 ss.; *el mismo,* Negative Tatbestandsmerkmale págs. 291 ss.;*LK (11.ª) (Hirsch)* nota preliminar núm. 21 antes del § 32; *Armin Kaufmann,* Klug-Festschrift Tomo II pág. 283; *Jakobs,* Allg. Teil 6/62; también en esta dirección BGH 5, 245 (246 ss.). En contra, *Roxin,* ZStW 82 (1970) pág. 683; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 66 antes del § 13. Sobre ello vid. también *Roxin,* Kriminalpolltik pág. 25 nota a pie núm. 56.

[21] Así, *Merkel,* Lehrbuch pág. 82; *Frank,* nota preliminar núm. 3 antes del § 51; *Engisch,* DJT-Festschrift pág. 406; *Arthur Kaufmann,* JZ 1954, pág. 653; *el mismo,* JZ 1956, págs. 353 y 393; *Lange,* JZ 1953, págs. 9ff.; *LK (8.ª) (Mezger)* Einleitung III pág. 3; *Röding,* Lange-Festschrift pág. 48; *Schünemann,* GA 1985, págs. 347ff.; *Schaffstein,* MDR 1951, pág. 199; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 9 antes del § 32; *v. Weber,* Mezger-Festschrift págs. 183 ss. Una minuciosa exposición de su historia dogmática se encuentra en *Hirsch,* Negative Tatbestandsmerkmale págs. 21 ss.

co como contravención de la norma, sino que incluye ya el *juicio de desvalor* definitivo acerca del hecho concreto. Por otra, además, presupone que el legislador con la imposición del mandato normativo *también* ha tenido en cuenta sus excepciones, de modo que la prohibición está limitada desde un principio a través de las causas de exclusión del injusto. Asimismo, se acepta que la distinción entre los elementos del tipo y las causas de justificación no descansa en un contraste objetivo sino que estaría condicionada por requisitos estilísticos descriptivos, por lo que los elementos del tipo podrían ser considerados en todo momento como causas de justificación y viceversa. En cuanto al resultado práctico esta teoría sirve para resolver un intrincado *problema del error*[22]: si las causas de justificación son incluidas en el tipo como elementos negativos, el error sobre sus presupuestos objetivos es tratado sin más como error de tipo (vid. *infra* § 41 IV 1 a).

Ejemplo: Cuando se repelía un supuesto ataque la jurisprudencia aplicaba automáticamente el § 59 I en su redacción anterior (actual § 16 I 1), negando con ello la punibilidad del hecho como lesión corporal intencionada "a causa de la ausencia de dolo" (RG 21, 189 [199]; 54, 196 [199]).

2. Sin embargo, la teoría de los elementos negativos del tipo debe ser **rechazada**[23].

a) Ciertamente, existen normas en las que a través de la decisión previa de conflictos valorativos están limitadas desde un primer momento, de modo que ya en el nivel de la tipicidad determinados hechos caen fuera del ámbito de la norma. Piénsese, por ejemplo, en las disposiciones que con carácter general dejan fuera de la esfera de prohibición a grupos concretos de personas o también a determinadas acciones[24].

Ejemplos: La embarazada no será castigada por tentativa de aborto de acuerdo con el § 218 IV 2. La prohibición del favorecimiento de acciones sexuales de menores de edad permitiendo o procurando la oportunidad para ello (§ 180 I 1 núm. 2), no rige con carácter general para quienes son titulares de la patria potestad (§ 180 I 2). La prohibición de la difusión de material de propaganda de organizaciones contrarias a la Constitución no rige en el marco de la información ciudadana (§ 86 III).

Otra cosa sucede, sin embargo, con las causas de justificación. Éstas no descansan sobre excepciones generales de la norma, sino que para la solución de situaciones sociales conflictivas requieren *ponderaciones de tipo valorativo en el caso concreto*, sobre cuya base el interés en la conservación sin menoscabo alguno del bien jurídico protegido debe ceder, bajo ciertas circunstancias, frente a otro igualmente reconocido por el Ordenamiento jurídico. Estas ponderaciones, nada sencillas, que se realizan dentro de los límites de la *necesidad y proporcionalidad*, no contie-

---

[22] Sobre esto vid., en especial, *Lang-Hinrichsen*, JZ 1953, págs. 362 ss.; *Arthur Kaufmann*, JZ 1954, págs. 653 ss.; *Armin Kaufmann*, JZ 1955, págs. 37 ss.; *Paeffgen*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 399 ss.

[23] Asimismo, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 278; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 40 ss.; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 3 A núm. 109; *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núm. 19; *Hirsch*, Negative Tatbestandsmerkmale pág. 347; *LK (11.ª) (Hirsch)* nota preliminar núm. 8 antes del § 32; *Gallas*, Bockelmann-Festschrift pág. 169; *Jakobs*, Allg. Teil 6/54 ss.; *Lackner*, nota preliminar núm. 17 antes del § 13; *Armin Kaufmann*, JZ 1955, pág. 37; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 185; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 24 núm. 2; *Paeffgen*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift pág. 408; *Dreher*, Heinitz-Festschrift págs. 217 ss.; *Welzel*, Lehrbuch págs. 80 ss.; *Noll*, GA 1970, pág. 180; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 285; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 18 antes del § 13; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 179 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núms. 124 ss.; *Wolter*, Zurechnung págs. 144 ss. En la actualidad, la teoría de los elementos negativos del tipo se encuentra en una situación de retroceso.

[24] Vid., *Armin Kaufmann*, Normentheorie págs. 250 ss.

nen una restricción general de la prohibición común sino que con su contenido valorativo y de un modo independiente hacen retroceder a la norma de prohibición. De ahí que deban distinguirse de los elementos del tipo. El problema de la concurrencia inherente a la relación entre el tipo y las causas de justificación no puede armonizarse artificialmente acogiendo a estas últimas en los tipos con un designio negativo.

Ejemplo: La ejecución de una pena de prisión realiza el tipo de la detención (§ 239) pero se encuentra justificada por la sentencia firme. Esto se hace especialmente evidente cuando el juez debe resolver sobre la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión sobre la base de consideraciones valorativas independientes (§ 56).

b) Por ello, *tampoco* es correcto que pudieran resultar fácilmente intercambiables elementos de signo contrario como los del tipo y los de las causas de justificación. Las diferencias, por el contrario, están *materialmente condicionadas.* La acción atípica no es merecedora de pena por faltar en ella una relevancia jurídico-penal, mientras que la que realiza el tipo y está justificada carece de merecimiento de pena debido a que el hecho, a pesar del menoscabo del bien jurídico protegido, no manifiesta excepcionalmente un injusto material. Sobre esta diferencia valorativa descansa la "función de llamada" del tipo, de gran significación para la prevención general [25].

Ejemplos: Quien mata dolosamente a *su* perro que padece una enfermedad no infringe ninguna norma de prohibición (al respecto vid. § 17 TierSchG). Quien, por el contrario, mata dolosamente a un perro *ajeno* ha infringido el mandato normativo contenido en el § 303 y, por tal motivo, necesita de una causa de justificación para quedar impune vgr., § 228 BGB. Quien mata a un corzo que le ataca infringe un derecho de caza ajeno (§ 292) que resulta permitido por el § 228 BGB. Sin embargo, el seguimiento de la pieza (persecución de un venado herido por disparo en terreno de caza ajeno) descansa sobre una justificación restringida de la caza y, por ello, ya no constituye una infracción típica del derecho de caza de otro.

3. Aunque por las razones expuestas no procede acoger la teoría de los elementos negativos del tipo, tampoco existe duda alguna sobre la existencia de verdaderos **elementos del tipo** que son **concebidos de modo negativo** [26].

Ejemplos: Quien "sin un motivo razonable" mata a un animal vertebrado es castigado de acuerdo con el § 17 núm. 1 TierSchG. El rapto de menores de edad exige que el hecho tenga lugar "sin el consentimiento de sus padres" (§ 236) [27].

En estos casos, a pesar de la redacción negativa del elemento correspondiente, se trata de una descripción positiva del contenido de la norma de prohibición. La muerte irracional de un animal vertebrado es punible a causa de la evidente relación de la persona con los animales más evolucionados en el contexto cultural actual.

IV. Tipo y adecuación social

Dölling, Die Behandlung der Körperverletzung im Sport, ZStW 96 (1984) pág. 36; *Fiore,* L'azione socialmente adeguata nel diritto penale, 1966; *Gregori,* Adeguatezza sociale e teoria del reato, 1969; *Greiser,*

---

[25] Vid. *Naka,* JZ 1961, pág. 210; *Welzel,* Lehrbuch pág. 68; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 18 antes del § 32. Este argumento es válido, frente a la postura de *SK (Samson)* nota preliminar núm. 11 antes del § 32, a pesar de que a la comprobación del tipo no está conectada ninguna consecuencia jurídica.

[26] *v. Weber,* Mezger-Festschrift págs. 184 ss.

[27] Téngase en cuenta la nueva redacción del § 236 StGB que incrimina el "tráfico de niños". Vid., asimismo, el vigente § 235 (N del T).

Die soziale Adäquanz der Verwendung von NS-Kennzeichen, NJW 1969, pág. 1155; *Hirsch*, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962) pág. 78; *Kienapfel*, Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz im Strafrecht, 1961; *Klug*, Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 249; *Küpper*, Strafvereitelung und "sozialadäquate" Handlungen, GA 1987, pág. 385; *Ostendorf*, Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel, GA 1982, pág. 333; *Peters*, Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip, Festschrift für H. Welzel, 1974, págs. 415 ss.; *Roeder*, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, 1969; *Roxin*, Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 303, *Schaffstein*, Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW 72 (1960) pág. 369; *Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939) pág. 491; *Würtenberger*, Vom Rechtsstaatsgedanken in der Lehre der strafrechtlichen Rechtswidrigkeit, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 125; *Zipf*, Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht, ZStW 82 (1970) pág. 633; *el mismo*, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970.

1. La teoría de la adecuación social afirma que el desarrollo de acciones practicadas con el oportuno deber de cuidado y que están completamente radicadas **dentro del marco de la ordenación** de la vida comunitaria que se ha **configurado históricamente**, no realizan tipo delictivo alguno aún cuando sean peligrosas para bienes jurídicos penalmente protegidos (por ejemplo, el funcionamiento de un reactor nuclear, el ejercicio deportivo del fútbol, la participación en el tráfico viario, la producción de armas y de materiales explosivos, el funcionamiento de transportes ferroviarios, aéreos o navales, así como de funiculares y telesillas). La materia de prohibición de los tipos penales sólo está referida a acciones "que quedan considerablemente fuera de la ordenación de la vida social históricamente conformada" [28]. Se limitan a esta función porque el legislador ni puede ni tampoco quiere prohibir un comportamiento adecuado socialmente [29]. Incluso cuando tiene lugar un resultado típico manifestado en el menoscabo del objeto protegido de la acción y el autor ha previsto y tolerado la posibilidad de su acaecimiento, no será punible en la medida en que haya empleado el necesario deber de cuidado; ello se debe a que el Ordenamiento jurídico no exige más que un comportamiento cuidadoso en empresas que, aunque peligrosas, son conformes a los usos generales. La idea de adecuación social comprende también aquellos casos de producción dolosa del resultado en los que el autor ha cumplido con el deber de cuidado que le era exigible.

Ejemplos: El marido que abandona a su familia se mantiene todavía en el marco de una actuación adecuada socialmente aunque sepa que con ello provoca el peligro de suicidio de su esposa (BGH 7, 268 [271]). El hostelero que ha servido alcohol a un conductor sólo ha de impedir que prosiga su viaje si la embriaguez del cliente ha alcanzado tal grado que éste ya no puede actuar responsablemente (BGH 19, 152 [155]). El material de propaganda inconstitucional de un partido ilegal puede, de acuerdo con el § 86 III, ser distribuido con "fines científicos o artísticos" (BGH 23, 226 [228]). La huelga y el cierre patronal son medios adecuados socialmente en la lucha laboral (BAG 1, 300). El suministro de alojamiento, cuidado médico y venta de alimentos para un delincuente huido, no constituyen encubrimiento personal (§ 258) [30]. Si, como consecuencia de la producción de gas para el alumbrado u otros productos químicos venenosos, en grandes construcciones como presas, rascacielos y túneles, en el funcionamiento de industrias peligrosas como minas o canteras, así como en el tráfico viario, ferroviario, naval y aéreo, suceden accidentes acostumbrados con resultado de lesiones o muerte, sólo surge la responsabilidad penal del empresario en caso de que concurra una infracción del deber objetivo de cuidado exigible. Lo mismo rige para lesiones que suelen suceder en muchas clases de deporte como el boxeo, rugby, hockey sobre hielo o fútbol, siempre que se observen cuidadosamente las reglas de juego. Pequeños engaños, usuales en el tráfico negocial, como quizás ocurre

---

[28] Así, *Welzel*, Lehrbuch pág. 55.

[29] Vid. *Schaffstein*, ZStW 72 (1960)

[30] *Küpper*, GA 1987, págs. 401 ss.

con la ocultación del interés como aficionado en el objeto de una compra, pertenecen igualmente a esta relación.

En el establecimiento de los tipos penales el legislador ha excluido tácitamente todas estas modalidades de comportamiento del ámbito de la eficacia del mandato normativo, de forma que el acaecimiento del resultado típico no le es imputado al autor en caso de que, con independencia de su actitud interior, observe el deber objetivo de cuidado que le es exigible (*reducción teleológica* del tipo) [31]. A pesar de todo, la indeterminación de la adecuación social va demasiado lejos cuando, en deportes susceptibles de causar daños corporales, no son consideradas lesiones típicas aquellas acciones contrarias a la reglamentación aplicable ya sean simplemente imprudentes o, incluso, dolosas [32].

2. Sin embargo, también se recurre innecesariamente a la idea de adecuación social para la restricción de los tipos, cuando las propias y usuales reglas de interpretación conducen ya a una correcta delimitación de los mismos [33]. En estos casos es preferible la aplicación de las **reglas de interpretación** conocidas pues de este modo se consiguen resultados objetivamente verificables (vid. *supra* § 17 IV), mientras que la adecuación social permanece siempre como principio relativamente inseguro que, por este motivo, debe quedar siempre en último lugar [34].

Ejemplos: Las restricciones a la libertad del tráfico moderno no entran dentro del § 239 al no tener lugar en contra de la voluntad del interesado. Los alegatos satíricos en tiempo de carnavales no son manifestaciones de desprecio que se deban tomar en serio. El usual regalo de Navidad a los carteros no constituye la aceptación de una ventaja en el sentido del § 331 pues de este modo no se afecta a la incorruptibilidad de las acciones de los funcionarios públicos como bien jurídico protegido (vid., no obstante, el caso expuesto en *Peters*, Welzel-Festschrift pág. 426 nota a pie núm. 39). Las injurias a terceros en afirmaciones realizadas dentro de un estrecho círculo familiar no contienen un menoscabo de la reputación del interesado (§§ 185, 186). Los juegos de azar de escaso significado no entran dentro del § 284 pues con ellos no surge un peligro

---

[31] De este modo, resulta imprescindible el pensamiento jurídico de la adecuación social como delimitación del tipo, vid. OLG München NStZ 1985, pág. 549; *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núm. 12 antes del § 13; *Roxin,* Klug-Festschrift Tomo II pág. 310; *el mismo,* Allg. Teil I § 10 núm. 36; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núms. 337 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núm. 57; *Fiore,* L'azione pág. 271; *Gregori,* Adeguatezza sociale págs. 90 ss. No obstante, consideran la adecuación social como causa de justificación, *Otto,* Grundkurs pág. 66; *Klug,* Eb. Schmidt-Festschrift pág. 262; *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 298 ss.; como causa de exclusión de la culpabilidad *Roeder,* Risiko pág. 94. Otros autores entienden que la teoría de la adecuación social es superflua; vid. *Gallas,* Beiträge pág. 37; *Baumann/Weber,* Allg. Teil págs. 181 ss.; *H. Mayer,* Lehrbuch págs. 150 ss.; *LK (11.ª) (Hirsch)* nota preliminar núm. 29 antes del § 32; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 70 antes del § 13; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 15 antes del § 32. *Peters,* Welzel-Festschrift pág. 427 critica que se atienda a la "reproducción normalizada de la acción" sin tener en cuenta la cualidad ética de ésta.

[32] Véase, sin embargo, *Zipf,* Einwilligung und Risikoübernahme págs. 93 ss.; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I 17 núm. 23; *Dölling,* ZStW 96 (1984) págs. 55 ss. Advirtiendo acertadamente de la disolución de las barreras de los tipos *Würtenberger,* Rittler-Festschrift pág. 129.

[33] Vid. *Roxin,* Klug-Festschrift Tomo II pág. 313; *el mismo,* Allg. Teil I § 10 núm. 41; *Ostendorf,* GA 1982, págs. 344 ss. ("principio de insignificancia"); *Klug,* Eb. Schmidt-Festschrift págs. 262 ss. También *Welzel,* Lehrbuch pág. 54 considera a la adecuación social sólo como un "principio general de la interpretación"; igualmente, *Kienapfel,* Körperliche Züchtigung pág. 98. Ejemplos de restricciones especiales del tipo que no pueden ser reconducidas a través de la teoría de la adecuación social, los ofrecen los §§ 86 III, 86a III; vid. al respecto, BGH 23, 226 (228); BayObLG NJW 1962, 1878; *Greiser,* NJW 1969, pág. 1156.

[34] En este sentido, con razón, *Zipf,* ZStW 82 (1970) pág. 650.

específico para las buenas costumbres y el patrimonio. Vestir uniformes durante representaciones teatrales o desfiles no supone una transgresión del § 132 a I núm. 4 porque con ellos no se causa la impresión de que a la persona en cuestión le corresponde llevar el uniforme. Demasiado lejos fue, no obstante, la OLG Hamm NJW 1980, pág. 2537, que no consideró como delito de quebrantamiento de embargo (§ 136 I) a causa de su insignificancia, el traslado de bienes trabados por el mismo a otro lugar para que pudieran ser embargados por otro acreedor.

3. Sólo puede hablarse de la exclusión de la tipicidad de una acción por motivos derivados de su adecuación social cuando falta el contenido de injusto *típico*. Existen también algunas manifestaciones que poseen cierta similitud con la adecuación social pero que no pueden ser confundidas con ésta. Se trata de los casos de **colisión de intereses** que deben solucionarse de forma que el bien jurídico protegido debe ceder ante otro valor social, "pues toda vida social consiste en el uso y consumo de bienes jurídicos y porque, en última instancia, toda vida consiste al mismo tiempo en el consumo de la vida misma" [35]. En estos supuestos resultan aplicables causas de justificación (por ejemplo, estado de necesidad justificante, auxilio necesario, autorización oficial, consentimiento en lesiones corporales producidas en campos de juego a través de imprudencia leve con infracción del reglamento, consentimiento presunto, intervenciones basadas en las facultades del cargo) que se rigen por su propia regulación jurídica (vid. *infra* §§ 33 IV, 33 VI, 34 VII, 35).

V. Tipo y principio "victimodogmático"

Amelung, Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug, GA 1977, pág. 1; *R. Hassemer*, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, 1981; *W. Hassemer*, Rücksichten auf das Verbrechensopfer, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 217; *Hillenkamp* Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; *el mismo*, Der Einfluß des Opferverhaltens auf die dogmatische Beurteilung der Tat, 1983; *Schünemann*, Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen, ZStW 90 (1978) pág. 11; *el mismo*, Zukunft der Viktimodogmatik, Festschrift für H. J. Faller, 1984, pág. 357; *el mismo*, Zur Stellung des Opfers in der Strafrechtspflege, NStZ 1986, pág. 439; *Weigend*, Zukunftsperspektiven der Opferforschung, en: *Kaiser/Jehle* (Edrs.), Kriminologie und Opferforschung, Tomo I, 1994, pág. 43.

1. En la doctrina moderna ha surgido el denominado *principio víctimodogmático*. De acuerdo con el mismo, deben ser excluidas de los tipos penales por vía interpretativa aquellas clases de agresiones frente a las cuales la víctima, por sí misma, debería poder protegerse como quizás sucede en la protección del secreto, la estafa o el hurto [36]. Y así, el Código penal francés de 1994 exige para la estafa (escroquerie) en su art. 313-1 "manoevres frauduleuses" u otros medios como la "mise en scène", no conformándose con cualquier engaño sencillo a diferencia de lo que sucede con el § 263.

2. No obstante, una limitación de los tipos penales de esta naturaleza *no* resulta aceptable [37]. Si se quisiera hacer desaparecer la protección penal garantizada por el legislador, a través

---

[35] Así, *Welzel*, ZStW 58 (1939) pág. 515.

[36] De esta opinión *Amelung*, GA 1977, págs. 1 ss.; *R. Hassemer*, Schutzbedürftigkeit des Opfers págs. 99 ss.; *Schünemann*, ZStW 90 (1978) pág. 41; *el mismo*, Faller-Festschrift págs. 363 ss.; *el mismo*, NStZ 1986, págs. 439 ss. En esta dirección también, *W Hassemer*, Klug-Festschrift Tomo II págs. 220 ss.

[37] De acuerdo, *Hillenkamp*, Vorsatz págs. 63 ss.; *el mismo*, Der Einfluß des Opferverhaltens, 1983; *Roxin*, Allg. Teil I § 14 núms. 19 ss.; *Schönke/Schröde/Lenckner*, nota preliminar núm. 70b antes del § 13; *Weigend*, Opferforschung págs. 47 ss.

de la delegación a la víctima de una supuesta autoprotección que, como tal, es absolutamente deseada por la criminalidad en un tiempo de crecimiento de las conminaciones penales, se producirían sin duda graves daños a la seguridad pública agravándose la desconfianza entre los destinatarios de las normas; muy al contrario, la protección penal debe reforzar la confianza recíproca y descargar a la vida social del temor frente a los delitos. Por estos motivos, la impunidad de la cocausación por imprudencia de la autolesión ajena consciente debe ser restringida a casos excepcionales estrechamente limitados (vid. *infra* § 54 IV 3).

§ 26 La estructura de los tipos penales

Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; *Angioni,* Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico, 1980; *el mismo,* Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale, 2.ª Ed. 1994; *Arzt,* Anmerkung zu BGH 35, 257, StV 1989, 57; *Balog,* Rechtsgüter in Theorie und Praxis, Kriminalsoziologische Bibliographie, 1981, pág. 51; *Berz* Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz, 1986; *Bettiol,* Das Problem des Rechtsguts in der Gegenwart, ZStW 72 (1960) pág. 276; *Birnbaum,* Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens usw., Neues Archiv des Criminalrechts 15 (1834) pág. 149; *Blei,* Die Regelbeispieltechnik usw., Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 419; *Bloy,* Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes, ZStW 100 (1988) pág. 485; *Bohnert,* Die Abstraktheit der abstrakten Gefährdungsdelikte, JuS 1984, pág. 182; *Brehm,* Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts, 1973; *Burgstaller,* Erfolgszurechnung bei nachträglichem Fehlverhalten usw., Festschrift für H..-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 357; *Calliess,* Die Rechtsnatur der "besonders schweren Fälle" und Regelbeispiele, JZ 1975, pág. 112; *Canestrari,* L'illecito penale preterintenzionale, 1989; *Cortes Rosa,* Teilnahme am unechten Sonderverbrechen, ZStW 90 (1978) pág. 413; *Cramer,* Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt, 1962; *Dahm,* Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft, ZStW 57 (1938) pág. 225; *Demuth,* Der normative Gefahrbegriff, 1980; *Díez Ripollés,* Die durch eine fahrlässig herbeigeführte schwerere Tatfolge qualifizierten Delikte usw., ZStW 96 (1984) pág. 1059; *Dolcini,* Dalla responsibilità oggettiva alla responsibilità per colpa, en: Problemi generali di diritto penale, 1982; *Dopslaff,* Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale, GA 1987, pág. 11; *Dreher,* Die erschwerenden Umstände im Strafrecht, ZStW 77 (1965) pág. 220; *Engelsing,* Eigenhändige Delikte, Strafr. Abh. Heft 212, 1926; *Engisch,* Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 127; *Gallas,* Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, Festschrift für W. Graf Gleispach, 1936, pág. 50; *el mismo,* Abstrakte und konkrete Gefährdung, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 171; *Geilen,* Unmittelbarkeit und Erfolgsqualifizierung, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 655; *Gössel,* Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeitseinschränkendes Tatbestandsmerkmal, Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 97; *el mismo,* Die Strafzumessung im System des Strafrechts, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 357; *Graul,* Anmerkung zu BGH JR 1992, pág. 342; *la misma,* Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, 1991; *Grünhut,* Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 1; *Haffke,* Delictum sui generis und Begriffsjurisprudenz, JuS 1973, pág. 402; *Hafi,* Eigenhändige Delikte, JA 1979, pág. 651; *Hanack,* Grenzen des Sexualstrafrechts, Gutachten A zum 47. DJT, 1968; *Hardwig,* Betrachtungen zum erfolgsqualifizierten Delikt, GA 1965, pág. 97; *V. Hassemer,* Delictum sui generis, 1974; *W. Hassemer,* Tatbestand und Typus, 1968; *el mismo,* Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973; *Hegler,* Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915) pág. 19; *Henkel,* Recht und Wert, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág. 13; *Herzberg,* Eigenhändige Delikte, ZStW 82 (1970) pág. 896; *Herzog,* Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991; *Hettinger,* Über den Begriff der minder schweren Fälle usw., 140 Jahre GA, 1993, pág. 77; *Hirsch,* Zur Problematik des erfolgqualifizierten Delikts, GA 1972, pág. 65; *el mismo,* Der "unmittelbare" Zusammenhang zwischen Tatbestand und schwerer Folge usw., Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 111; *el mismo,* Gefahr und Gefährlichkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pág. 545; *Hirschberg,* Die Schutzobjekte der Verbrechen, Strafr. Abh. Heft 113, 1910; *Honig,* Die Einwilligung des Verletzten, 1919; *Horn,* Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973; *Hosni,* Zu

den Grundlagen des islamischen Strafrechts, ZStW 97 (1985) pág. 609; *Hruschka,* Die Dogmatik der Dauerstraftaten usw., GA 1968, pág. 193; *Jäger,* Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten, 1957; *Jakobs,* Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 (1985) pág. 751; *Jescheck* (Ed.), Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs-und Unternehmensdelikte, ZStW Beiheft Göttingen, 1986; *Jiménez de Asúa,* L'infraction praeterintentionnelle, Rev sc crim 1960, pág. 567; *Arthur Kaufmann,* Anmerkung zu BGH 12, 146, JZ 1959, pág. 375; *Kempermann,* Die Erkenntnis des Verbrechens und seiner Elemente, 1934; *Kindhäuser,* Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale, Jura 1984, pág. 465; *el mismo,* Gefährdung als Straftat, 1989; *Klee,* Verbrechen als Rechtsguts-und Pflichtverletzung, DStr 1935, pág. 1; *Kohlrausch,* Die Schuld, en: *Aschrott/v. Liszt* (Edrs.), Die Reform des Strafgesetzbuchs, Tomo I, 1910, pág. 179; *Kollmann,* Die Lehre vom versari in re illicita im Rahmen des Corpus iuris canonici, ZStW 35 (1914) pág. 46; *Krehl,* Anmerkung zu BGH 33, 322, StV 1986, pág. 432; *Krey/Schneider,* Die eigentliche Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination usw., NJW 1970, pág. 640; *Küper,* Gefährdung als Erfolgsqualifikation? NJW 1976, pág. 543; *Küpper,* Der unmittelbare Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge usw., 1982; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 31, 96, JA 1983, pág. 229; *Kuhlen,* Zum Strafrecht der Risikogesellschaft, GA 1994, pág. 347; *Kunert,* Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, 1958; *Lackner,* Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht, 1967; *Langer,* Das Sonderverbrechen, 1972; *Lang-Hinrichsen,* Zur Frage der Grenzen staatlicher Normsetzung usw., Festschrift OLG Zweibrücken, 1969, pág. 85; *Laubenthal,* Der Versuch des qualifizierten Delikts usw., JZ 1987, pág. 1065; *v. Liszt,* Der Begriff des Rechtsguts im Strafrecht und in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft, ZStW 8 (1888) pág. 133; *Lorenzen,* Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte, 1981; *Lund,* Mehraktige Delikte, 1993; *Maiwald,* Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 137; *el mismo,* Der Begriff der Leichtfertigkeit usw., GA 1974, pág. 257; *el mismo,* Zurechnungsprobleme im Rahmen erfolgsqualifizierter Delikte, JuS 1984, pág. 439; *el mismo,* Zur Problematik der "besonders schweren Fälle", NStZ 1984, pág. 433; *Marx,* Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut", 1972; *Maurach,* Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen usw., Materialen, Tomo I pág. 249; *Meyer-Gerhards,* Subjektive Gefahrmomente usw., JuS 1976, pág. 228; *Mezger,* Vom Sinn strafrechtlicher Tatbestände, Festschrift für L. Traeger, 1926, págs. 187 ss.; *Montenbruck,* Zur Aufgabe der besonders schweren Fälle, NStZ 1987, pág. 311; *Moos,* Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert, 1968; *Müller-Dietz,* Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967; *Musco,* Bene giuridico e tutela dell'onore, 1974; *Nagler,* Das Verhältnis des eigenständigen Verbrechens zur Verbrechensqualifikation, ZAK 1940, pág. 365; *Noll,* Begriff und Funktion der guten Sitten im Strafrecht, Festschrift OLG Zweibrücken, 1969, pág. 206; *Oehler,* Wurzel, Wandel und Wert der strafrechtlichen Legalordnung, 1950; *el mismo,* Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt, ZStW 69 (1957) pág. 503; *Oppenheim,* Die Objekte des Verbrechens, 1894; *Otto,* Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand, en: *Müller-Dietz* (Ed.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, pág. 1; *Padovani,* Appunti sulle origini dell'antigiuridicità obiettiva, Riv dir proc pen 1983, pág. 532; *Paeffgen,* Die erfolgsqualifizierten Delikte-eine in die allgemeine Unrechtslehre integrierbare Deliktsgruppe? JZ 1989, pág. 227; *Parodi Giusino,* I reati di pericolo fra dogmatica e politica criminale, 1990; *Polaino,* El bien jurídico en el derecho penal, 1974; *Prittwitz,* Strafrecht und Risiko, 1993; *Puppe,* Anmerkung zu BGH 31, 96, NStZ 1983, pág. 22; *Rehberg,* Fremdhändige Täterschaft bei Verkehrsdelikten, Festgabe für H. Schultz, 1977, pág. 72; *Rengier,* Erfolgsqualifizierte Delikte usw., 1986; *el mismo,* Der Große Senat entscheidet usw., StV 1992, pág. 496; *Roeder,* Der Unbegriff des "extranen" Täters und der "eigenhändigen" Delikte, JBl 1975, pág. 561; *Roxin,* Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS, 1966, 377; *Rudolphi,* Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, Festschrift für R. Honig, 1970, pág. 151; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 26, 175, JR 1976, pág. 74; *Sax,* "Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung, JZ 1976, págs. 9, 80; *el mismo,* Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung, JZ 1975, pág. 137; *Schaffstein,* Das Verbrechen als Pflichtverletzung, 1935; *el mismo,* Das Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma, DStr 1937, pág. 335; *Schall,* Auslegungsfragen zu § 179 usw., JuS 1979, pág. 104; *Schlüchter,* Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 1983; *Schmitt,* Juristische "Aufrichtigkeit" am Beispiel des § 243 StGB, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 313; *C. Schröder,* Zum Begriff des "Amtsträgers", NJW 1984, pág. 2510; *H.*

Schröder, Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte? JZ 1967, pág. 522; *el mismo*, Die Unternehmensdelikte, Festschrift für E. Kern, 1968, pág. 457; *el mismo*, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, ZStW 81 (1969) pág. 7; *Schroeder*, Die Gefährdungsdelikte, ZStW-Beiheft Caracas 1982, pág. 1; *Schubarth*, Das Problem der erfolgsqualifizierten Delikte, ZStW 85 (1973) pág. 754; *Schünemann*, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-und Gefährdungsdelikte, JA 1975, págs. 435, 511, 575, 647, 715, 787; *Sina*, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut", 1962; *Sowada*, Das "unechte Unternehmensdelikt"- eine überflüssige Rechtsfigur, GA 1988, pág. 195; *Spinellis*, Probleme des Hochverrats usw., ZStW 94 (1982) pág. 1080; *Tenckhoff*, Die leichtfertige Herbeiführung qualifizierter Tatfolgen, ZStW 88 (1976) pág. 897; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; *Timpe*, Strafmilderungen des Allgemeinen Teils usw., 1983; *Ulsenheimer*, Zur Problematik des Versuchs erfolgsqualifizierter Delikte, GA 1966, pág. 257; *Wahle*, Zur strafrechtlichen Problematik "besonders schwerer Fälle" usw., GA 1969, pág. 161; *Weber*, Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes usw., ZStW-Beiheft Göttingen, 1986, pág. 3; *Weigend*, Anmerkung zu OLG Zweibrücken vom 18.5.1989, NZV 1990, pág. 79; *Wessels*, Zur Prolematik der Regelbeispiele usw., Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 295; *el mismo*, Die Indizwirkung der Regelbeispiele usw., Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 423; *E. Wolf*, Typen der Tatbestandsmäßigkeit, 1931; *el mismo*, Der Sachbegriff im Strafrecht, RG-Festgabe, Tomo V, 1929, pág. 44; *Wolter*, Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte, JuS 1981, pág. 168; *el mismo*, Der "unmittelbare" Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge usw., GA 1984, pág. 443; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 33, 322, JR 1986, pág. 465; *Würtenberger*, Das System der Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafgesetzgebung seit 1532, Strafr. Abh. Heft 326, 1933; *Zipf*, Dogmatische und kriminalpolitische Fragen bei § 243 II StGB, Festschrift für E. Dreher, 1977, pág. 389.

El *tipo* de la acción punible nace por medio de la síntesis de aquellos elementos que fundamentan el contenido de injusto de la correspondiente figura de delito. Los componentes del tipo son el *bien jurídico*, el *objeto material*, el *autor*, la *acción* y el *resultado*, cada uno de ellos con sus elementos característicos propios. Mediante la conexión de los mismos en la configuración de los tipos penales, el legislador expresa el mandato normativo de la forma más sucinta posible.

I. Bien jurídico y objeto material

1. El punto de partida y la idea rectora de la formación del tipo es el **bien jurídico**. Los bienes jurídicos son intereses de la comunidad cuya protección garantiza el Derecho penal. La protección a través del Derecho penal significa que mediante las normas jurídicas son prohibidas, bajo la amenaza de una pena, aquellas acciones que son idóneas para menoscabar estos intereses de un modo especialmente peligroso (vid. *supra* § 1 III 1). El tipo parte, pues, de la norma y ésta lo hace del bien jurídico.

En la *historia de la Dogmática* el concepto de bien jurídico ya tuvo entrada a principios del siglo XIX[1]. Bajo la influencia de la teoría del contrato social, la doctrina penal de la Ilustración entendió al delito como infracción de derechos subjetivos; por este motivo, *Feuerbach* se vio obligado a verificar la existencia en cada infracción penal un derecho subjetivo del individuo o del Estado como objeto de protección[2]. Por el contrario *Birnbaum*, el fundador de la nueva teoría del bien jurídico, no divisó derecho alguno en el bien jurídico sino un bien material garantizado por el poder del Estado que podía corresponder al individuo o a la colectividad y que fue concebido como algo susceptible de ser lesionado en un sentido natural[3]. Con *Binding*

[1] Vid. *Amelung*, Rechtsgüterschutz págs. 15 ss.; *W. Hassemer*, Theorie págs. 25 ss.; *Sina*, Dogmengeschichte págs. 14 ss. Sin embargo, la estructuración de la legislación penal sobre la base de los bienes jurídicos se remonta mucho más atrás vid. *Würtenberger*, System págs. 13 ss.; *Moos*, Verbrechensbegriff p.514.

[2] Vid. *Feuerbach*, Revision págs. 56, 65; Lehrbuch §§ 9, 21, 27.

[3] *Birnbaum*, Neues Archiv des Criminalrechts 15 (1834) pág. 179. Sobre ello *Padovani*, Riv dir proc pen 1983, págs. 554 ss.

el concepto sufrió una primera depuración a través de la concepción del bien jurídico como una situación valorada por el legislador ("todo en lo que el legislador ha pensado como condición de una vida sana de la comunidad jurídica y es para ésta digna de valor" [4]). También *v. Liszt* trasladó el peso específico del concepto de bien jurídico desde el derecho subjetivo al "interés protegido jurídicamente" pero, a diferencia de *Binding* que sólo trató el bien jurídico de modo accesorio, vio en él el concepto central de la estructura del delito [5]. El gran proceso de transformación de la Dogmática penal en los años veinte de nuestro siglo condujo a que el bien jurídico dejara de ser entendido en el sentido de un interés concreto preexistente a la norma; el bien jurídico se convirtió más bien en un simple medio de auxilio de la interpretación, en una "abreviatura de la idea del fin" [6], en el "fin en su forma más concisa" [7]. La exagerada crítica que la Escuela de Kiel [8] dirigió al supuesto fundamento "materialista" del concepto de bien jurídico trajo consigo un traslado del acento en la concepción básica del delito que, de la lesión del bien jurídico, pasa a convertirse en la *infracción de un deber* [9]. Actualmente, el concepto de bien jurídico y su función son discutidos sobre todo bajo un punto de vista de la justificación político-criminal de las disposiciones penales (vid. *infra* § 26 I 2). El bien jurídico no es idéntico al resultado típico. La lesión de aquél significa el menoscabo de la pretensión de validez de un valor ideal mientras que, por el contrario, el injusto del resultado consiste en la lesión o puesta en peligro del objeto material del delito. De ahí que, como sucedía en la tentativa punible, el completo menoscabo del bien jurídico ideal reside aquí también de un modo exclusivo en el injusto de la acción, aún cuando el injusto del resultado no llegue a materializarse.

2. El *bien jurídico* es reconocido como la *base de la estructura* y de la *interpretación* de los tipos. Su concepto, sin embargo, no debe ser equiparado con la ratio legis sino que debe poseer en sí mismo un decidido contenido real preexistente a la norma penal, ya que de lo contrario no podría cumplir con su función sistemática como criterio para el contenido, significado y delimitación de la disposición penal [10]. Según ello, el bien jurídico debe entenderse como un **valor abstracto del orden social protegido jurídicamente**, en cuya defensa está interesada la comunidad y cuya titularidad puede corresponder a un individuo o a la colectividad [11]. La doctrina más moderna, con razón, pone de relieve que los bienes jurídicos no deben ser comprendidos como bienes materiales, sino que se trata de las relaciones de las personas con los intereses rea-

---

[4] *Binding*, Normen Tomo I págs. 353 ss.

[5] *v. Liszt*, ZStW 8 (1888) págs. 134 ss., especialmente en pág. 151.

[6] *Grünhut*, Frank-Festgabe Tomo I pág. 8.

[7] *Honig*, Einwilligung pág. 94.

[8] Vid. *Dahm*, ZStW 57 (1938) pág. 228; *Schaffstein*, Das Verbrechen als Pflichtverletzung pág. 9; *el mismo*, DStr 1937, pág. 338; *Kempermann*, Die Erkenntnis des Verbrechens págs. 13 ss.

[9] Vid., especialmente, *Gallas*, Gleispach-Festschrift págs. 54 ss.; *Klee*, DStr 1935, págs. 15 ss.

[10] Vid. *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 19 núm. 12; *Haft*, Allg. Teil págs. 73 ss.; *Nowakowski*, Grundriß págs. 27 ss.; *Hafter*, Allg. Teil pág. 9; *Bettiol*, ZStW 72 (1960) pág. 285; *Roxin*, Allg. Teil I § 2 núm. 7.

[11] Más detalladamente, *Hirschberg*, Die Schutzobjekte págs. 68 ss. Como en el texto, *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 139 ss.; *Blei*, Allg. Teil pág. 89; *Krümpelmann*, Bagatelldelikte págs. 68 ss.; *Gössel*, Oehler-Festschrift págs. 101 ss; *AK (Hassemer)* nota preliminar núm. 287 antes del § 1; *Roxin*, Allg. Teil I § 2 núm. 9; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 9 antes del § 13; *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 14 antes del § 3. En este mismo sentido caminan la joven doctrina italiana y española; vid. *Musco*, Bene giuridico pág. 130; *Polaino*, El bien jurídico pág. 270. Sobre el concepto de valor *Henkel*, Schaffstein-Festschrift págs. 27 ss. Intentan determinar materialmente la noción de bien jurídico como base y límite de la Política criminal *Amelung*, Rechtsgüterschutz págs. 314 ss. y *W. Hassemer*, Theorie págs. 98 ss. No obstante, el legislador posee un amplio espacio de discrecionalidad en cuanto a la extensión de la protección penal, vid. *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 11.

les [12]; así sucede, por ejemplo, con la facultad de disposición de las cosas (propiedad), con la fiabilidad de los medios de prueba (autenticidad de documentos) o con la capacidad de funcionamiento del cuerpo y sus órganos (integridad corporal) [13]. *Schmidhäuser* ve en el bien jurídico la "pretensión de respeto" que emana de los bienes de la vida en comunidad frente a todos [14]. En la discusión relativa a los límites del merecimiento de pena, actualmente el concepto de bien jurídico sirve, de un lado, para limitar al Derecho penal a la sanción de los comportamientos *perjudiciales* (y no sólo incorrectos) [15] y, de otro, para justificar la ampliación de la protección penal a los nuevos intereses sociales que van surgiendo (vgr., conservación del medio ambiente, capacidad funcional de la economía, conservación del material genético natural). A pesar de todo, nada puede ser inferido del concepto de bien jurídico para estas cuestiones político-criminales. Lo que resulta decisivo es la decisión político-jurídica para la que, desde luego, la Constitución contiene algunas ventajas (deber de protección del Estado, subsidiariedad del Derecho penal) (vid. BVerfGE 7, 389 [434 ss.] en relación con el § 175 en su redacción anterior; 39, 1 [42 ss.] sobre la "solución del plazo" de acuerdo con el § 218 a, en su redacción operada en BT-Drucks. 7/375; 88, 203 [264 ss.] acerca del § 218a 1 [16]).

3. El concepto de bien jurídico tiene que cumplir en Derecho penal distintas **funciones**:

a) Los tipos delictivos están orientados hacia uno o varios bienes jurídicos. La cuestión de si existen disposiciones penales sin relación alguna con un bien jurídico y de si aquéllas serían admisibles desde una perspectiva liberal es negada mayoritariamente [17]. Sin embargo, en delitos como la provocación al escándalo público (§ 183 a), maltrato de animales (§ 17 TierSchG), afrentas a confesiones religiosas (§ 166), ofensas a la memoria de los fallecidos (§ 189) o las "mentiras sobre Auschwitz" (§ 130 III), los bienes protegidos tienen su **raíz exclusiva en las convicciones valorativas de la sociedad**. Desde luego que éstas también pueden definirse como bienes jurídicos pero su fundamento punitivo no se aloja en que el hecho sea socialmente dañoso, sino en el mantenimiento de determinadas convicciones de la moral social que, como tales, deben ser pro-

---

[12] *Rudolphi*, Honig-Festschrift pág. 163 ("unidades funcionales"); *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 8 antes del § 1; *Otto*, Rechtsgutsbegriff pág. 8; *el mismo*, Grundkurs págs. 6 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 2/5; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 19 núm. 12; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 210; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen pág. 115; *Marx*, Definition pág. 62.

[13] De modo diverso al aquí expuesto *Amelung*, Rechtsgüterschutz págs. 350 ss., quien no basa la lesión del bien jurídico sobre un sistema de valores preexistente sino sobre "la sociedad como sistema de interacción".

[14] *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 36 ss.

[15] Así, *Jäger*, Sittlichkeitsdelikte págs. 6 ss., 121 ss.; *Hanack*, 47. DJT, Tomo I Teil A págs. 28 ss.; *Noll*, Festschrift OLG Zweibrücken págs. 214 ss.; *Otto*, Rechtsgutsbegriff pág. 4; *Roxin*, JuS 1966, pág. 382; *el mismo*, Allg. Teil I § 2 núm. 12; *Rudolphi*, Honig-Festschrift pág. 161; *Lang-Hinrichsen*, Festschrift OLG Zweibrücken pág. 108; *Amelung* y *Hassemer* (vid. *supra* nota a pie núm. 11). En contra de la aptitud del concepto de bien jurídico como principio crítico de la Política criminal *Balog*, Kriminalsoziologische Bibliographie 1981 págs. 61 ss.; *Angioni*, Bene giuridico pág. 94.

[16] Téngase en cuenta la regulación del aborto en el StGB introducida por la Ley de reforma de la ayuda a las embarazadas y a la familia de 21.8.1995 (BGBl. I pág. 1050) (N del T).

[17] Vid. *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 52; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 19 núm. 17; *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 16 antes del § 3; *Wessels*, Allg. Teil núms. 6 ss.

tegidas a través de la sanción penal [18]. Pero, con carácter general, el bien jurídico es el concepto central del tipo de acuerdo con el cual son determinados todos sus elementos objetivos y subjetivos y, con ello, simultáneamente, viene a ser un importante medio de ayuda de la **interpretación** [19].

Ejemplos: En el hurto (§ 242) los bienes jurídicos protegidos son la propiedad y la posesión. Si está ausente la intención de apropiación sólo puede tenerse en cuenta el hurto de uso (por ejemplo, § 248b) y si falta la sustracción de la posesión puede existir, todo lo más, una apropiación indebida (§ 246). El bien jurídico del § 142 es el interés en la cooperación en caso de accidente para el esclarecimiento de sus causas con la finalidad de asegurar las correspondientes aspiraciones indemnizatorias. De ahí que no se necesite esperar a la intervención de la policía, si a los otros implicados en el accidente se les ha suministrado las informaciones necesarias relativas a su identidad y a la de su vehículo, y no puede existir duda alguna sobre la responsabilidad civil por los hechos (OLG Zweibrücken NZV 1990, pág. 78, con comentario de *Weigend*).

b) Además de pieza básica en la estructura del tipo, el bien jurídico constituye un *punto de vista* decisivo para la *clasificación* de los distintos grupos de tipos penales (vgr., delitos contra la vida, contra el patrimonio, contra la seguridad del tráfico). Y más allá de este aspecto la ordenación global de las disposiciones penales en la Parte Especial (**orden legal**) sigue la idea básica de que, a través de la agrupación y clasificación de los bienes jurídicos, debe ser alcanzado un orden jerárquico de los valores protegidos [20]. Las propias secciones de la Parte Especial del StGB se estructuran desde el punto de vista del bien jurídico correspondiente (vid. *infra* § 26 III).

c) Hay bienes jurídicos del individuo (**bienes jurídicos individuales**) (por ejemplo, vida, libertad y propiedad) dentro de los cuales forman un subgrupo aquellos que poseen un **contenido eminentemente personal** (así, integridad corporal, honor), así como bienes de la colectividad (**bienes jurídicos universales**) (vgr., la protección de secretos de Estado, la seguridad de la circulación vial, la autenticidad del dinero). La distinción es determinante, por ejemplo, para la admisibilidad de la legítima defensa (vid. *infra* § 32 II 1b) al igual que para la posibilidad de que el sujeto afectado de una forma inmediata por el hecho, pueda consentir eficazmente en la lesión del bien jurídico (vid. *infra* § 34 II 3). Asimismo, el bien jurídico tiene relevancia para el concepto de la acción continuada (vid. *infra* § 66 V 3b) y para la determinación del "ofendido" en el sentido de las disposiciones de Derecho procesal penal (vid., por ejemplo, § 77 StGB, §§ 22 núm. 1, 172, 374 y 395 StPO) que depende de quién sea el titular del bien jurídico protegido (vid., además sobre el ámbito de protección de las normas penales en relación con los bienes jurídicos extranjeros *supra* § 18 III 8).

4. Los bienes jurídicos no deben comprenderse como objetos accesibles a la percepción del sentido, sino que son **valores espirituales del orden social** sobre los que descansa la seguridad, el bienestar y la dignidad de la existencia de la comunidad. Por el contrario, el objeto *real* sobre el que se lleva a cabo la acción típica se denomina **objeto material de la acción (o del ata-**

---

[18] Acertadamente, *Gallas*, Beiträge págs. 14 ss.; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 11 antes del § 11; *Amelung*, Rechtsgüterschutz pág. 346; *Jakobs*, Allg. Teil 2/19 ss.; *Bloy*, ZStW 100 (1988) pág. 492. Los valores morales gozan de una protección más profunda en Derecho islámico, vid. *Hosni*, ZStW 97 (1985) págs. 610 ss.

[19] Sobre la base de la ausencia de una "lesión del bien jurídico merecedora de pena" basa *Sax*, JZ 1976, págs. 12 ss., 80 ss., así como en JZ 1975, págs. 144 ss., su interpretación restringida de los tipos como, por ejemplo, en el auxilio al suicidio y en la interrupción anticipada de un tratamiento intensivo.

[20] Con más detalle sobre la cuestión *Oehler*, Legalordnung págs. 2 ss.

que) [21]. El objeto material puede aparecer de diferentes formas: como unidad psíquico-corporal (cuerpo o vida de una persona), como valor social (fama o crédito del injuriado), como valor económico (patrimonio), como cosa (pieza de caza) o como una situación real (utilidad de un objeto). El bien jurídico y el objeto material están relacionados como la idea y su manifestación, pero conceptualmente no deben confundirse. El injusto del resultado del hecho reside en el menoscabo real del objeto material. Por el contrario, el bien jurídico como valor ideal que está sustraído a la intervención del autor puede, ciertamente, ser despreciado y también atacado en su materialización a través del objeto de la acción pero, en realidad, nunca puede ser "lesionado".

Ejemplos: En la resistencia frente al poder del Estado (§ 113) el bien jurídico protegido es la inalterabilidad de la actividad ejecutiva del Estado, incluida la seguridad de sus órganos ejecutivos. En el hurto (§ 242) lo son la propiedad y la posesión. El objeto material es la cosa sustraída. En el allanamiento de morada (§ 123) el bien jurídico protegido es el derecho al domicilio y el objeto del ataque es la localización espacial invadida por el autor.

II. Las clases de tipos penales

En las disposiciones de la Parte Especial se contiene el tipo penal como núcleo portador del contenido de injusto de la correspondiente figura de delito. En su estructura los tipos siguen ciertas reglas que se derivan de las distintas posibilidades de ordenación de sus elementos estructurales. De este modo surgen las distintas **clases de tipos** [22] que en el uso del lenguaje jurídico-penal poseen un lugar sólido y poseen importancia para la clasificación e interpretación de las disposiciones penales.

1. Por la relación entre la acción y el objeto material se distingue entre *delitos de resultado* y de *(simple) actividad.*

a) Los **delitos de resultado** presuponen la existencia en su tipo de una acción diferenciable en el espacio y en el tiempo del objeto material [23]. En realidad, también la acción misma puede ser considerada como una clase de "resultado" al ser el efecto de un impulso de la voluntad del autor, de ahí que se haya diferenciado entre un resultado en sentido amplio y estricto [24]. Pero sólo el resultado en sentido estricto tiene un significado dogmático pues únicamente en relación con él se plantea el problema de la relación de causalidad (vid. *infra* § 28 I 1).

Ejemplos: Delitos de resultado son el homicidio doloso e imprudente (§§ 212, 222), la injuria al ser exigido el requisito de la comunicación de la afirmación lesiva del honor (§§ 185 ss.), la provocación al

---

[21] La expresión se remonta a *Oppenheim,* Objekte des Verbrechens pág. 154. Vid. sobre ello *AK (Hassemer)* nota preliminar núm. 264 antes del § 1; *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 140; *Roxin,* Allg. Teil I § 2 núm. 24; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 19 núms. 14 ss.; *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 37 ss. (quien introduce una distinción adicional entre el "objeto del bien jurídico" y "objeto del hecho" [aplicada en la BGH NStZ 1987, págs. 504 ss.]); *Stratenwerth,* Allg. Teil I núms. 209 ss.

[22] Vid., especialmente, *E. Wolf,* Typen der Tatbestandsmäßigkeit págs. 12 ss. El "Tatbestand" no es solamente en sí mismo un "Typus" en el sentido de *Hassemer,* Tatbestand pág. 111, sino que los "Tatbestände" también muestran elementos comunes del "Typus".

[23] Mostrando la distinción entre el resultado y la acción, especialmente *H. Mayer,* Lehrbuch pág. 127. Vid., además, *Roxin,* Allg. Teil I § 10 núms. 102 y 104; *Jakobs,* Allg. Teil 6/ 78; *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 213 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núms. 21 ss.

[24] Así, *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 201; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 20 núm. 27.

escándalo público (§ 183 a), el hurto al ser necesaria la sustracción posesoria (§ 242), la estafa por la presencia del perjuicio patrimonial (§ 263) o la puesta en peligro del tráfico viario por la producción de un riesgo para el cuerpo o la vida u otros valores materiales de importancia (§ 315 c).

Un grupo especial de delitos de resultado de gran dificultad teórica y de notable importancia práctica viene constituido por **delitos cualificados por el resultado**; a éstos pertenecen las lesiones corporales a las que se anudan graves consecuencias (§ 224) o producen la muerte (§ 226 [25]), el robo con homicidio (§ 251) o la inundación imprudente con resultado de muerte (§ 314 [26]). En estos casos, determinadas acciones que ya de por sí resultan punibles, se conminan con una pena sustancialmente superior al hecho básico a causa de la especial peligrosidad que les es inherente, cuando el peligro típico conectado con el hecho se materializa en un resultado lesivo. Asimismo, junto a los verdaderos delitos cualificados por el resultado existen también ejemplos reglados que prevén cualificaciones por el resultado (por ejemplo, §§ 310 b III [27], 330 IV 2 núm. 2).

Los delitos cualificados por el resultado se remontan a la teoría del "versari" del Derecho canónico ("Versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto"), que se ha mantenido en el "dolus generalis", la "culpa dolo determinata" y el "dolus indirectus" del Derecho común [28]. En el RStGB de 1871 la agravación de la pena fue conectada exclusivamente al acaecimiento del resultado, con independencia de si el autor pudo preverlo. En la doctrina se intentó atenuar la severidad en la imputación del resultado basado en el principio puramente causal de la teoría de la condición, a través de la introducción de la idea de adecuación [29] que también jugó un cierto papel en los trabajos para la reforma del Derecho penal [30].

La aplicación del principio de culpabilidad a los delitos cualificados por el resultado trajo consigo en el año 1953 la introducción novedosa del § 53 (actual § 18), que prescribía que sólo resultaba aplicable al autor una pena especialmente grave conectada con el resultado del hecho si, al menos, la consecuencia producida le es imputable a título de imprudencia [31] [32]. Natural-

---

[25] Actualmente, las lesiones corporales con resultado de muerte aparecen reguladas en el § 227 StGB (N del T).

[26] De acuerdo con el Derecho vigente la referencia debe entenderse realizada *mutatis mutandis* al § 313 II en conexión con el § 308 apartados II a VI StGB (N del T).

[27] Véase el vigente § 307 III StGB (N del T).

[28] Acerca de la teoría del "Versari", *Kollmann,* ZStW 35 (1914) págs. 46 ss.; sobre la "culpa dolo determinata", *Feuerbach,* Lehrbuch 13.ª Ed., pág. 105; en relación con el "dolus indirectus" *Moos,* Verbrechensbegriff págs. 138 ss., 248 ss. (respecto a Austria); sobre el origen de la responsabilidad por hechos fortuitos en el RStGB, *Rengier,* Erfolgsqualifizierte Delikte págs. 30 ss.

[29] Así, por ejemplo, *Kohlrausch,* Die Schuld pág. 223.

[30] Acerca de este desarrollo vid. *Müller-Dietz,* Schuldgedanke págs. 16 ss. A favor del mantenimiento de los delitos cualificados por el resultado *Hirsch,* GA 1972, pág. 77; *Oehler,* ZStW 69 (1957) págs. 512 ss.; *Hardwig,* GA 1965, pág. 99; *Ulsenheimer,* GA 1966, págs. 266 ss.; *Hruschka,* GA 1967, págs. 42 ss.; *Küpper* Der "unmittelbare" Zusammenhang págs. 32 ss.; *Wolter,* JuS 1981, pág. 169; *Rengier,* Erfolgsqualifizierte Delikte pág. 291; una exposición del los tipos puede encontrarse en *LK (11.ª) (Schroeder)* § 18 núm. 12. Se muestran partidarios de su derogación *Schubarth,* ZStW 85 (1973) pág. 775; *Lorenzen,* Erfolgsqualifizierte Delikte págs. 87 ss, 164 ss.; *Díez Ripollés,* ZStW 96 (1984) págs. 1065 ss. Vid. también AE, Bes. Teil, 1. Halbbd. 1970, pág. 45.

[31] La producción de un simple "peligro" (por ejemplo, §§ 113 II núm. 2, 125a núm. 3, 250 I núm. 3 StGB [la remisión a este último precepto debe entenderse realizada actualmente al § 250 I 1c y II 3b, N del T], § 29 III núm. 2 BtMG) no es un resultado lesivo en el sentido del § 18, a causa de que en los delitos mencionados el resultado de peligro debe ser ocasionado dolosamente (BGH 26, 176 [180 ss.]; 26,

mente, la imprudencia en los delitos cualificados por el resultado se reduce a la previsibilidad de éste (vid. *infra* § 55 II 3) pues los otros elementos de la imprudencia ya están contenidos en la comisión del delito básico (BGH 24, 213 [215]). Por esta razón la jurisprudencia se ha esforzado en restringir la imputación objetiva del resultado más grave a los casos en los que éste es consecuencia *inmediata* de la comisión del delito básico, ya que el motivo para la agravación de la pena reside sólo en la realización del peligro específico adherido a dicho delito básico (vid. *infra* § 28 IV 7) [33].

Ejemplos: Para la aplicación del § 226 [34] no es suficiente con que en la huida la víctima sufra una caída de consecuencias mortales (BGH NJW 1971, pág. 152), para el § 251 tampoco lo es el accidente mortal que padece la persona robada en su persecución del ladrón (BGH 22, 362), en el § 307 núm. 1 [35] cuando la muerte del morador no es causada por el incendio sino por la explosión de material incendiario (BGH 20, 230). Por el contrario, el § 226 [36] fue aplicado al intensamente discutido "caso de la cacería" donde la causación dolosa de una fractura ósea condujo a la muerte de la víctima al complicarse en el hospital con una embolia vinculada con una neumonía, porque fueron omitidas contramedidas eficaces (BGH 31, 96 [98 ss.] con comentarios de *Puppe*, NStZ 1983, págs. 22 ss. y *Hirsch*, JR 1983, pág. 78) [37]. El § 239 b II en conexión con el § 239 a II resultan de aplicación cuando la muerte del rehén es consecuencia de una acción destinada a su liberación, pero no cuando su fallecimiento sucede por desconocimiento de la situación por parte de la policía (BGH 33, 322 con comentario de *Krehl*, StV 1986, pág. 432 y *Wolter*, JR 1986, págs. 465 y 468 ss. quienes se manifiestan en contra de la segunda parte de la sentencia). Además, el § 226 [38] resulta aplicable cuando la víctima, en una situación de torpeza producida por los graves maltratos que sufría, cae mortalmente desde una ventana (BGH JR 1992, pág. 342 con comentario de *Graul*).

Cada vez con más frecuencia, el legislador exige en los delitos cualificados por el resultado la temeridad como forma más grave de manifestación de la imprudencia (vgr., §§ 176 IV [39], 177 III [40], 218 II núm. 2, 239 a II [41], 251) [42]. Acerca del concepto de la imprudencia temeraria vid.

---

244 ss.); vid. *Küper*, NJW 1976, págs. 545 ss.; *Meyer-Gerhards*, JuS 1976, 230 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 250 núm. 24; *Jakobs*, Allg. Teil 9/30; de otra opinión *Dreher/Tröndle*, § 18 núm. 2.

[32] También el Derecho penal austríaco, suizo y español conocen los delitos cualificados por el resultado en este sentido. El § 18 se corresponde con el § 7 II StGB austríaco y el art. 1 II 2 Cp español [En el Código penal de 1995 han desaparecido —salvo error u omisión— la totalidad de los delitos cualificados por el resultado; de ahí que el texto punitivo vigente ya no necesite de un precepto similar al art. 1, párrafo segundo, CPTR 73; *sí existen, no obstante*, delitos que prevén como "resultado" cualificado la producción de un peligro adicional; cfr., por ejemplo, el art. 325 *in fine* del vigente texto punitivo español (N del T)]. En Suiza el elemento de la previsibilidad individual está contenida en las propias disposiciones penales afectadas. Acerca del Derecho austríaco con exposición de ejemplos *Burgstaller*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 357 ss. Promoviendo para el Derecho penal italiano una regulación que se corresponda con el § 18, *Dolcini*, Dalla responsibilità oggettiva págs. 255 ss.

[33] Para más detalles *Oehler*, ZStW 69 (1957) págs. 508 ss.; *Wolter*, GA 1984, págs. 443 ss.; *Geilen*, Welzel-Festschrift págs. 655 ss.; *Hirsch*, Oehler-Festschrift págs. 111 ss.

[34] Actual § 227 StGB (N del T).

[35] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 306b II núm. 1 (N del T).

[36] Vid. nota a pie núm. 34 (N del T).

[37] Críticamente al respecto, *Maiwald*, JuS 1984, págs. 439 ss.; *Küpper*, JA 1983, págs. 229 ss.

[38] Vid. nota a pie núm. 34 (N del T).

[39] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 176b (N del T).

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

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

[42] Al respecto, *Maiwald*, GA 1974, págs. 265 ss. Defienden la introducción del requisito de la

infra § 54 II 2. Las dificultades surgidas en la determinación de la pena y en el castigo de la tentativa en los casos donde existe *dolo* de matar, por faltar en estas disposiciones la expresión "al menos" contenida en el § 18, ha conducido al Pleno de la Sala de lo Penal del BGH a la decisión de que en estos casos el tipo del delito cualificado por el resultado comprende también la producción dolosa del resultado mortal (BGH-GS 39, en contra de la BGH 26, 175) [43].

Los delitos cualificados por el resultado son tipos penales que poseen una combinación especial entre el dolo y la imprudencia: el delito básico doloso (que, excepcionalmente, también puede ser imprudente) es como tal punible mientras que el acaecimiento del resultado agrava la punibilidad (combinación *impropia* de dolo e imprudencia). En otros casos (por ejemplo, § 315 c III núm. 1 en combinación con el § 315 c I núm. 1b), por el contrario, la parte dolosa del hecho no es punible autónomamente sino que el umbral de la punibilidad sólo se atraviesa con la realización de su parte imprudente (combinación *propia* entre dolo e imprudencia) (sobre la cuestión vid. *infra* § 54 III 1) [44].

Los delitos cualificados por el resultado deben distinguirse de los tipos en los que este último despliega un efecto *fundamentador* de la responsabilidad penal. En estos supuestos el resultado es una condición objetiva de punibilidad (vid. *infra* § 53 II a) y, al mismo tiempo, una causa de limitación de la pena pues sólo con el acaecimiento de aquél la acción básica pasa a ser punible (vid., por ejemplo, §§ 227 I [45], 320 [46] y 323 a) [47].

Aquellos delitos de resultado en los que su efecto permanece durante un cierto espacio de tiempo pueden dividirse a su vez en delitos permanentes y delitos de estado. En los **delitos permanentes** [48] el mantenimiento de la situación antijurídica creada por la acción punible depende de la voluntad del autor, de modo que en cierta medida el hecho se renueva permanentemente (vgr., detenciones ilegales del § 239; puesta en peligro de la circulación vial a causa de la embriaguez del § 315c I núm. 1 a —vid. BGH 22, 67 [71]— o del § 316 —vid. BGH VRS 48, pág. 354—). En los **delitos de estado** el resultado consiste igualmente en la producción de una si-

---

imprudencia temeraria en todos los delitos cualificados por el resultado de muerte *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte pág. 292; *Wolter*, JuS 1981, pág. 178 nota a pie núm. 151; *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núm. 111. Acerca de lo inacostumbrado del marco penal en los delitos cualificados por el resultado *Jakobs*, Allg. Teil 9/ 37.

[43] Tal y como hasta ahora propugnaron *Dreher/Tröndle*, § 18 núm. 5; *Laubenthal*, JZ 1987, pág. 1068; *Paeffgen*, JZ 1989, pág. 223, la expresión "al menos" del § 18 se extiende a todos los casos en los que el límite de la imputación fue elevado hasta el grado de la imprudencia temeraria. A través de la decisión del Pleno de la Sala, se ha acabado con la solución de la *anterior edición* de esta obra (pág. 236) que pretendía la supresión del límite mínimo de la pena para los supuestos de producción por imprudencia temeraria del resultado de muerte (asimismo, *Tenckhoff*, ZStW 88 [1976] pág. 914). *Lackner*, § 251 núm. 4 acoge esta postura al estimar que la decisión del Pleno infringe la barrera inequívoca del tenor literal. Evidentemente, existe, no obstante, un error de redacción (vid. *supra* § 17 IV 5) que puede ser corregido por la jurisprudencia. En contra también de la solución del Pleno de la Sala, *Rengier*, StV 1992, págs. 496 ss.

[44] Con mayor detenimiento al respecto *Krey/Schneider*, NJW 1970, págs. 640 ss.; *LK (11.ª) (Schroeder)* §18 núm. 5.

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

[46] La remisión al § 320 debe entenderse realizada en la actualidad al § 318 VI y al § 314 II en conexión con el § 308 V y VI (N del T).

[47] A favor de una aplicación analógica (in bonam partem) del § 18 al supuesto del § 227, *Hirsch*, GA 1972, pág. 77 y *LK (10.ª) (Hirsch)* § 227 núms. 1 y 15. Véase la nota a pie núm. 45 (N de T).

[48] Para más detalles *Hruschka*, GA 1968, págs. 193 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 6/80.

tuación antijurídica, pero con el ocasionamiento de este último el hecho está jurídicamente consumado (por ejemplo, usurpación del estado civil del § 169, bigamia del § 171 [49] o los daños materiales del § 303) [50].

b) Por el contrario, en los **delitos de mera actividad** el tipo de injusto se agota en la acción del autor sin que el resultado (en el sentido de un efecto externo diferenciable espacio-temporalmente) deba sobrevenir.

Ejemplos: La mayoría de las infracciones sexuales son delitos de actividad (§§ 174 ss.), así como la apropiación indebida (*§ 246*) y el *falso testimonio* (*§ 154*).

c) El **resultado típico** debe distinguirse del **menoscabo del bien jurídico protegido**. El primero supone la lesión o puesta en peligro del objeto material separable de la acción en una dimensión espacial y temporal, mientras que la lesión del bien jurídico afecta a la relación de la acción típica con la pretensión de respeto que posee el valor protegido por la disposición penal [51]. También los delitos de actividad contienen, pues, una lesión del bien jurídico.

2. De acuerdo con la intensidad del menoscabo al objeto material se distingue entre **delitos de lesión y delitos de peligro (concreto)** [52]. En los primeros el tipo presupone un perjuicio en el objeto material protegido mientras que en los segundos es suficiente el riesgo de su lesión como resultado de la acción [53]. El acaecimiento del peligro es un elemento del tipo y tiene que ser verificado en el caso concreto [54]. El *concepto de peligro* es difícil de determinar y muy discutido [55]. Según la jurisprudencia el peligro es una situación desacostumbrada e irregular en la que, para un juicio especializado, "de acuerdo con las circunstancias concretas imperantes aparece

---

[49] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 172 (N del T).

[50] Un significado práctico para el concurso de delitos y la prescripción tiene la determinación del momento hasta el cual resulta admisible la complicidad; dicho momento fue decisivo para negar la punibilidad de un alto funcionario del gobierno acusado de complicidad en un delito de alta traición durante su permanencia al servicio de la dictadura en Grecia; vid. *Spinellis*, ZStW 94 (1982) págs. 1094 ss.

[51] Con más detenimiento *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 9 antes del § 13; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 37 y 205.

[52] Vid. *Binding*, Normen Tomo I págs. 364 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 20 núm. 31; *Jakobs*, ZStW 97 (1985) págs. 767 ss.; *Schünemann*, JA 1975, pág. 793.; *Kindhäuser*, Gefährdung págs. 189 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núms. 122 ss.; *Schroeder*, ZStW Beiheft Caracas, 1982, págs. 1 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núms. 25 ss.; *Weber*, Vorverlegung des Strafrechtsschutzes, ZStW Beiheft Göttingen, 1987, págs. 11 ss. con colaboraciones adicionales sobre Austria *(Platzgummer)* pág. 37; Italia *(Grasso)* pág. 57; Hungría *(Györgyi)* pág. 97; Polonia *(Spotowski)* pág. 125 y un informe sobre la discusión *(Maier)* pág. 141. Sobre los delitos de peligro desde una perspectiva de Derecho comparado *Parodi Giusino*, I reati di pericolo págs. 217 ss. Acerca del fundamento de los delitos de peligro ante la exigencias de seguridad de la sociedad *Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit págs. 70 ss.

[53] Vid. *Lackner*, Das konkrete Gefährdungsdelikt pág. 7.

[54] Acerca del dolo de peligro vid. vgl. BGH 22, 67 (73 ss.); sobre el juicio de peligro *Gallas*, Heinitz-Festschrift págs. 177 ss.

[55] En relación con el concepto de peligro vid. *Lackner*, Das konkrete Gefährdungsdelikt págs. 16 ss.; *Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte págs. 143 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 207 ss.; *Schünemann*, JA 1975, págs. 793 ss.; *Demuth*, Der normative Gefahrbegriff pág. 218; *Angioni*, Il pericolo concreto págs. 121 ss. *Hirsch*, Arthur Kaufmann-Festschrift págs. 557ss. distingue con acierto entre el *peligro* al que es sometido el objeto material y la *peligrosidad* de una acción que puede materializarse de un modo abstracto o concreto.

como probable la producción de un daño o está próxima la posibilidad del mismo" (RG 30, 178 [179]; BGH 8, 28 [32 ss.]; 13, 66 [70]; 18, 271 [272 ss.]).

Ejemplos: Son delitos de lesión el homicidio (§ 212), los daños materiales (§ 303) o la provocación de escándalo público (§ 183 a). El incendio básico (§ 308) [56] es un delito de peligro en su primera modalidad mientras que en la segunda es un delito de peligro (abstracto). Delitos de peligro concreto son el abandono de personas (§ 221), la producción de un peligro de incendio (§ 310 a) [57] y los delitos de tráfico (§§ 315-315c).

Los **delitos de peligro abstracto** deben diferenciarse de aquellos que materializan un peligro concreto. Aquéllos son delitos de actividad cuyo merecimiento de pena descansa sobre la *peligrosidad general* de la acción típica para determinados bienes jurídicos. El acaecimiento del peligro mismo no pertenece aquí al tipo; pero al comportamiento correspondiente "le es típicamente propia la producción de un peligro concreto" [58]. Según ello, los indicios de la peligrosidad están fijados en la Ley misma mientras que en los delitos de peligro concreto el advenimiento éste como elemento del tipo debe ser comprobado por el juez. También son delitos de peligro abstracto aquellos tipos en los que la determinación de la peligrosidad general de la acción se abandona al criterio del juez, a través del elemento de la "aptitud" de aquélla para producir un resultado determinado (vgr., §§ 186, 187, 229 [59] y 308 [60] en su segundo inciso; § 8 en conexión con el § 51 núm. 1 LMBG) [61]. A pesar de que la existencia de un peligro concreto no pertenece al tipo de los delitos de peligro abstracto, de conformidad con una amplia opinión de la doctrina decae su punibilidad si el peligro para el objeto material protegido por el tipo (por ejemplo, la vida de la persona en el § 306 núm. 2 [62]) estaba *absolutamente excluido* [63]. Sin embargo y con

---

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

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

[58] Vid., con más detalle, *Cramer,* Der Vollrauschtatbestand págs. 68 ss.; *Bohnert,* JuS 1984, págs. 182 ss.; *Jakobs,* ZStW 97 (1985) págs. 767 ss.; *Kindhäuser,* Gefährdung págs. 225 ss.; *Jakobs,* Allg. Teil 6/86 ss.; *Roxin,* Allg. Teil I § 11 núm. 119; *Graul,* Abstrakte Gefährdungsdelikte págs. 140 ss. (acerca de su fundamento).

[59] La modalidad de lesiones producidas a través del envenenamiento regulada anteriormente en el § 229 StGB ha desaparecido en la actualidad; el § 224 I 1 sí recoge, en cambio, como "lesión corporal peligrosa" la que se causa a través de veneno u otras sustancias peligrosas para la salud, pero este precepto ya no alude expresamente en su tenor literal a la "idoneidad" de la acción peligrosa, aunque este elemento podría entenderse ínsito en la expresión "perjudicial para la salud" (N del T).

[60] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 306, aunque este precepto ya no recoge la modalidad que servía para el ejemplo propuesto en el texto original (N del T).

[61] Así, *Gallas,* Heinitz-Festschrift págs. 174 ss. en contra de *Schröder,* JZ 1967, pág. 22; sobre ello, además, *Schröder,* ZStW 81 (1969) págs. 18 ss. En el sentido del texto *Roxin,* Allg. Teil I § 11 núm. 127. Acreca de la crítica a los delitos de peligro abstracto *Herzog,* Gesellschaftliche Unsicherheit págs. 109 ss. y *Prittwitz,* Strafrecht und Risiko págs. 246 ss. En contra, con razón, *Kuhlen,* GA 1994, págs. 362 ss.

[62] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 306 a I 1 (N del T).

[63] Acerca de la posibilidad de una "prueba contraria que evidencie la inocuidad" de la conducta, *Cramer,* Vollrauschtatbestand págs. 55 ss.; *Schröder,* ZStW 81 (1969) págs. 15 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer,* nota preliminar núm. 3a antes del § 306; *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 135; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 255 nota a pie núm. 74; *Schünemann,* JA 1975, págs. 797 ss. En el supuesto en que concurra una aboluta exclusión del perjuicio, *Berz,* Tatbestandsverwirklichung págs. 116 ss. acepta la exclusión del tipo; por el contrario, con acierto, *Graul,* Abstrakte Gefährdungsdelikte págs. 355 ss. sostiene una simple exclusión de la pena puesto que el injusto del hecho no decae completamente, sino que tan sólo ha bajado por debajo del límite del merecimiento de pena. Con razón, sin embargo, quiere excepcionar *Brehm,* Gefährdungsdelikt págs.

razón, la jurisprudencia se ha mostrado cauta frente a esta posibilidad (BGH 23, 308 [311]; 23, 313 [315 ss.]; 26, 121 [124]; BGH NJW 1982, pág. 2329). No obstante, el propio legislador la admite en principio tal y como sucede en la cláusula de peligrosidad mínima del § 326 V [64].

Ejemplos: Son delitos de peligro abstracto la difamación y la calumnia (§§ 186, 187) porque las afirmaciones sobre hechos sólo deben ser idóneas para desacreditar al ofendido frente a la opinión pública o para poner en peligro su crédito, los delitos de falso testimonio (§§ 153 ss.) al ser sólo exigible una posible puesta en peligro de la Administración de Justicia, el encubrimiento real (§ 257) debido a la aptitud de la prestación de auxilio para producir un aseguramiento del provecho delictivo, la embriaguez plena (§ 323 a) por la desaparición del patrimonio inhibitorio del embriagado ante la comisión del delito, el incendio (§ 306 núm. 2) [65] a causa de su peligrosidad general para la vida de las personas y el delito de conducción bajo los efectos del alcohol u otras sustancias tóxicas (§ 316) por la mera peligrosidad para las otras personas que toman parte en el tráfico vial.

3. De acuerdo con las dos formas básicas del comportamiento humano, la actividad y la pasividad, se distingue entre **delitos de comisión y delitos de omisión** (vid. *infra* § 58 II 1). De modo correlativo a los delitos de resultado y de actividad aquí existen *delitos de omisión propia e impropia.* Estos últimos consisten en no evitar el acaecimiento del resultado típico frente a la vigencia de un deber de garante, mientras que los primeros se fundan en la mera permanencia inactiva frente al mandato normativo de intervención que impone una disposición. En tanto que, por su propia definición, los delitos de omisión propia deben estar siempre contenidos en la Ley, en cambio y de conformidad con el § 13, la mayoría de los delitos de omisión impropia se configuran a través de la interpretación de los tipos que contienen delitos de comisión ya que tan sólo algunos de aquéllos han sido regulados expresamente por el legislador (vid. más detalladamente *infra* § 58 III 4) [66].

Ejemplos: Delitos de omisión propia son la omisión de la denuncia de delitos cuya comisión es inminente (§ 138), la omisión del deber de socorro (§ 323c), la omisión de colaboración debida del superior en el proceso penal (§ 40 WStG). Delitos de omisión impropia asumidos explícitamente por el legislador son la infracción del deber de tutela y de educación (§ 170d) [67], la producción de un perjuicio a la salud a través de la desatención del deber de cuidado (§ 223b en su último caso) [68] y la deficiente inspección jerárquica (§ 41 WStG).

4. Según el número de bienes jurídicos protegidos por la disposición penal existen **delitos simples y delitos compuestos.** Con carácter general los tipos sólo protegen un bien jurídico (vgr., la integridad corporal en el § 223). Sin embargo, hay disposiciones en las que son varios los bienes jurídicos tutelados. Y así, el hurto (§ 242) se dirige contra la propiedad y la posesión, el robo (§ 249) contra la libertad, la propiedad y la posesión, y la extorsión (§ 253) contra la libertad y el patrimonio. También los delitos cualificados por el resultado (vid. *supra* § 26 II 1 a)

---

139 ss., la posibilidad de una prueba contraria en las normas que poseen una "función" puramente "organizadora" como, por ejemplo, las disposiciones sobre el tráfico vial; y es que en estos casos las transgresiones no pueden quedar impunes bajo ninguna circunstancia.

64 La remisión debe entenderse realizada al vigente § 326 VI (N del T).

65 La remisión debe entenderse realizada al vigente § 306 I 1(N del T).

66 Coincidiendo con la opinión del texto *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil págs. 132 ss., 151 ss.; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 20 núm. 26; *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 654 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núms. 34 ss.

67 La remisión debe entenderse realizada al vigente § 171(N del T).

68 La remisión debe entenderse realizada al vigente § 225 I (N del T).

son por regla general delitos compuestos como, por ejemplo, las lesiones corporales con resultado de muerte (§ 226) [69].

5. De acuerdo con el número de acciones recogidas en el tipo se diferencia entre **delitos de un solo acto o de varios actos**. Ejemplo de los primeros son el homicidio (§ 212) y la coacción (§ 240). Los segundos, *sin* embargo, están compuestos de diversas acciones[69a]. Y así, el robo impropio se compone de una sustracción consumada y de una coacción cualificada (§ 252), y esta última junto con la ejecución del yacimiento extramarital integran el delito de violación (§ 177) [70]. Una posición intermedia entre estas dos clases de delitos viene a ser ocupada por los **tipos mixtos alternativos**. En este grupo la Ley previene la posibilidad de aplicar distintas acciones opcionales que se encuentran sometidas a la misma conminación penal; así sucede, por ejemplo, con las lesiones corporales peligrosas que pueden ser cometidas por medio de armas, asalto alevoso, conjuntamente por varias personas o con una intervención que ponga en peligro la vida de la víctima (§ 223 a) [71]. Pero también los resultados y las modalidades del hecho pueden estar configurados de un modo alternativo, tal y como sucede en las consecuencias derivadas de las lesiones graves (§ 224) [72] o los lugares de comisión del delito en el § 106 a [72 bis]. Cometiendo el autor varias de las acciones alternativas previstas en una disposición penal deberá ser condenado por un solo hecho y no por un concurso de delitos integrado por aquéllas (BGH NJW 1994, pág. 2034).

Como grupos especiales dentro de los delitos de varios actos y de los de resultado nos encontramos también con los delitos mutilados en dos actos y los delitos de resultado cortado [73]. Con frecuencia el legislador ha trasladado el segundo acto del delito al tipo subjetivo con la intención de adelantar así la línea de defensa [74]. En los *delitos mutilados en dos actos* es suficiente con que en el momento del primer acto esté presente la intención de realizar más tarde la segunda acción que todavía se encuentra pendiente. De esta forma, en el secuestro (§ 236) [75] basta con la intención del autor de desarrollar acciones de naturaleza sexual con la víctima en un momento posterior. De esta categoría deben diferenciarse los *delitos de resultado cortado (delitos de intención)*. En éstos el advenimiento del resultado no está incluido en el tipo sino que basta con la intención del autor dirigida a la producción del mismo como ocurre, por ejemplo, con el ánimo de lucro en la estafa (§ 263). Mientras que en el primer grupo de delitos la intención está dirigida hacia un hacer *propio*, en cambio en el segundo de ellos el acaecimiento del resultado propuesto es *independiente* de la voluntad del autor. De acuerdo con ello, por ejemplo, el hurto (§ 242) es un delito mutilado en dos actos porque exige la intención de apropiación a través de la acción misma del autor.

6. Según la delimitación del posible círculo de autores se diferencia entre delitos comunes, especiales y de propia mano. En los **delitos comunes** el autor puede ser cualquiera, tal y como

---

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

[69a] Propone una "Parte General" de los delitos de varios actos *Lund*, Mehraktige Delikte págs. 291 ss.

[70] Téngase en cuenta la nueva redacción del § 177 que, además, ya no exige el carácter extramatrimonial del yacimiento en la configuración del delito de violación (N del T).

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

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

[72 bis] Actualmente, el § 106a se encuentra derogado (N del T).

[73] *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 20 núms. 22 y 38 habla aquí de "delitos de construcción incongruente" al contraponerlos frente a aquellos delitos en los que la parte objetiva y subjetiva coinciden con exactitud ("congruencia").

[74] *Hegler*, ZStW 36 (1915) habla aquí de "delitos de tendencia interna trascendente" y *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 216 ss. de "delitos de objetivo".

[75] Téngase en cuenta la nueva redacción del § 236 que ha pasado a regular el "tráfico de niños" (N del T).

muestra el "anónimo *el que*" al comienzo de la mayoría de las disposiciones penales. Por el contrario, en los **delitos especiales propios** el tipo sólo designa como autor a personas que poseen una caracterización especial (vgr., funcionarios [76] o soldados). Los **delitos especiales impropios** pueden, ciertamente, ser cometidos por cualquiera, pero su autoría por personas cualificadas constituye una causa de agravación de la pena [77]. En los **delitos de propia mano** el tipo presupone la ejecución de un acto corporal o, por lo menos, personal, que el autor debe llevar a cabo por sí mismo pues de lo contrario faltaría el especial desvalor de la acción de la correspondiente figura de delito [78].

Delitos especiales *propios* son los auténticos delitos de funcionarios como, por ejemplo, el cohecho (§§ 331, 332), la prevaricación (§ 336), así como los delitos militares (§ 1 *I* y *II* WStG). Delitos especiales *impropios* son, verbigracia, las lesiones corporales ejecutadas por un funcionario público (§ 340). Delitos *de propia mano* [79] son, en primer lugar, aquellos tipos que exigen la propia intervención corporal del autor en el hecho como es el caso de la embriaguez plena (§ 323 a), la huida del lugar del accidente sin la correspondiente autorización (§ 142), la conducción de un vehículo a motor bajo los efectos del alcohol u otras sustancias tóxicas de acuerdo con el § 315c núm. 1 a (BGH 18, 6 [9]) [80], el yacimiento entre parientes (§ 173) y el abuso sexual de incapaces (§ 179) (BGH 15, 132; KG NJW 1977, pág. 817). El segundo grupo de delitos de propia mano viene constituido por aquellos tipos que, aunque no exigen un actuar corporal del autor, *sí* requieren su intervención personal. A este grupo pertenecen la bigamia (§ 171) [81], la prevaricación (§ 336) [82] y la injuria (§ 185). El tercer grupo está compuesto por los delitos de falso testimonio en los que el Derecho procesal penal prescribe la intervención de la propia persona (§§ 153, 154 y 156).

En los delitos especiales propios y en los de propia mano sólo pueden ser autores, coautores y autores mediatos, respectivamente, las personas cualificadas o aquellas que actúan corporal o personalmente; por el contrario, la *participación* (inducción y complicidad) es admisible sin restricciones. En los delitos especiales impropios el partícipe no cualificado sólo es castigado por el delito básico (§ 28 II) [83] y en los propios se le atenúa la pena de acuerdo con el § 49 I (§ 28 I) (vid. *infra* § 61 VII 4 a, d).

7. Según el grado de realización de los elementos del tipo se distingue entre **consumación** y **tentativa** (vid. *infra* § 49 III 3). Además, en determinadas disposiciones penales (por ejemplo, §§ 81, 82, 184 1 núms. 4, 8, 9, III núm. 3, 316a, 357) está castigado el "emprendimiento"

---

[76] Sobre la cualidad de funcionario público en el sentido del § 11 I núm. 2c BGH 31, 264 (271 ss.) (miembro del consejo de administración de un banco regional); OLG Hamburg NJW 1984, pág. 624 (grupo responsable de la seguridad de una empresa privada de transportes) con comentario crítico de *C. Schröder*, NJW 1984, pág. 2510; LG Krefeld NJW 1994, pág. 2036 (concejal que desempeña funciones derivadas de la Administración pública).

[77] Vid. la definición contenida en *Langer*, Das Sonderverbrechen pág. 456. *Roxin*, *Allg. Teil I* § *10* núm. 128 denomina a los delitos especiales "delitos de deber" porque, por regla general, en ellos el autor ocupa una posición de deber.

[78] Vid., más detalladamente, *Engelsing*, Eigenhändige Delikte pág. 50; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 512; *Schall*, JuS 1979, pág. 104; *Haft*, JA 1979, págs. 651 ss.; *LK (11.ª) (Roxin)* § 25 núms. 40 ss.; de una opinión contraria desde el punto de vista del concepto unitario de autor *Roeder*, JBl 1975, págs. 569 ss.

[79] El texto sigue en este punto la investigación de *Herzberg*, ZStW 82 (1970) págs. 913 ss.

[80] Vid. *Rehberg*, Schultz-Festgabe págs. 79 ss.

[81] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 172 (N del T).

[82] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 339 (N del T).

[83] De otra opinión al respecto *Cortes Rosa*, ZStW 90 (1978) pág. 433, quien sostiene que debe ser declarado culpable por el delito especial (impropio) y condenado por el delito común.

(**delitos de emprendimiento**). De conformidad con el § 11 núm. 6 emprender un hecho significa que con su tentativa el hecho queda consumado. Así pues, en estos preceptos están equiparadas la consumación y la tentativa (delitos de emprendimiento *propios*). La especialidad de estas infracciones reside en que no rige para ellas la posibilidad de atenuación de la pena del delito intentado (§ 23) y que decae el privilegio del desistimiento (§ 24), lo que determina una anticipación de la plena punibilidad al grado de la tentativa [84]. Con independencia de ello, acerca de la cuestión de en qué medida pueden ser aplicadas a los delitos de emprendimiento propio las reglas sobre la tentativa, vid. *infra* § 49 III 2. Pero, más allá, existen tipos penales que evidencian la misma estructura que los delitos de emprendimiento propios en la medida en que la puesta en marcha de una tendencia determinada está ya sujeta a pena (delitos de emprendimiento *impropios*) [85]. Dentro de esta última categoría figuran, por ejemplo, el § 113 ("atacar"), el § 257 ("prestar ayuda") y el § 292 ("perseguir"). Resulta discutido si a estos delitos les pueden ser transmitidas las reglas generales de la tentativa (vid. *infra* § 49 VIII 2). Mucho más lejos va el adelantamiento de la punibilidad en los **delitos de preparación** (vgr., §§ 149, 275, 234 a III, 316 c III [86]).

III. La formación de los grupos de tipos

1. Por regla general las disposiciones de la Parte Especial muestran determinadas **relaciones internas** [87]. Existe, en primer lugar, la relación entre el *delito básico* y su *modificación* (que agrava o que atenúa la pena). El primero es el tipo de salida mientras que su modificación aparece *dependiente* mediante elementos adicionales que continúan configurando la forma básica recogida en el tipo de salida. Ello debe distinguirse del *delito autónomo* (delictum sui generis) [88] que, si bien posee una relación criminológica con otro delito, viene a suponer una variación autónoma de éste que justifica su separación en la configuración del sistema legal. En la estructuración de los grupos de tipos el legislador puede escoger discrecionalmente un camino u otro, de ahí que sólo a través de una *interpretación* comparativa se puedan averiguar los tipos aplicables.

Ejemplos: Quien como testigo o perito comete perjurio (§ 154) realiza necesariamente todos los elementos del falso testimonio (§ 153), por lo que en este caso debe admitirse una variación carente de autonomía (BGH 8, 301 [309]). Por el contrario, el cohecho (§ 332) constituye un delito autónomo frente a la mera aceptación de una ventaja (§ 331) porque en aquél el hecho se refiere, a diferencia del supuesto atenuado, a una acción oficial *contraria* a deber; con independencia de ello, la aceptación de un regalo en ambos preceptos puede conectar criminológicamente ambas disposiciones (BGH 12, 146 [148]) [89].

---

[84] En profundidad sobre el tema *Weber*, ZStW-Beiheft Göttingen 1986, págs. 7 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 40 núms. 79 ss.

[85] *Schröder*, Kern-Festschrift págs. 464 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 11 núm. 52; *LK (10.ª) (Tröndle)* § 11 núms. 6 ss.; *SK (Rudolphi)* § 11 núms. 23 ss.; *Berz*, Tatbestandsverwirklichung págs. 132 ss. En contra de este concepto *Sowada*, GA 1988, págs. 195 ss.

[86] La remisión del original al apartado III del § 316c StGB debe entenderse realizada al apartado IV de dicho precepto (N del T).

[87] Vid. la extensa exposición de *Maurach*, Materialien Tomo I págs. 249 ss.; además, *Jakobs*, Allg. Teil 6/95 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núms. 131 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 20 núms. 43ff ss.; *Wessels*, Allg. Teil núms. 107 ss.

[88] Para más detalles, *Nagler*, ZAK 1940, pág. 366; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 20 núm. 46; *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núms. 134 ss.; en contra de este concepto *Haffke*, JuS 1973, pág. 407; *V. Hassemer*, Delictum sui generis págs. 88 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 6/98.

[89] Vid. *Arthur Kaufmann*, JZ 1959, pág. 376.

2. Estamos en presencia de **modificaciones dependientes** cuando a un delito básico se le añaden elementos que vienen a conformar nuevos tipos penales y estos últimos aparecen como configuraciones especiales del tipo básico. Una condena en este caso presupone que el autor ha realizado tanto los elementos del tipo básico como aquéllos que integran adicionalmente el tipo modificado (por ejemplo, el § 223 a, pero *no* el § 223 y el § 223 a). Los componentes añadidos pueden expresar una agravación o atenuación del injusto o de la culpabilidad del delito básico. Según exasperen o aminoren la pena se distingue entre tipos **cualificados** y **atenuados**.

Junto con la posibilidad de formar tipos dependientes del tipo básico a través de elementos que cualifican a éste, nos encontramos también con el método consistente en la previsión de *casos especialmente agravados* (así, § 266 II en relación con el § 266 I [90]) que pueden estar determinados más detalladamente a través de *ejemplos reglados* (así, el § 243 en relación con el § 242). Además, también son reglas para la determinación de la pena (vid. *infra* § 26 V). Asimismo, el legislador también puede prescribir penas inferiores para *casos menos graves* (vgr., § 249 II frente al § 249 I).

Ejemplos: El delito básico del hurto es el hurto simple (§ 242). De él son deducidas, a través de ejemplos reglados, exasperaciones de la pena para casos especialmente graves (§ 243, vid. BGH 23, 254 [257]) como la comisión del hecho con armas o el hurto cometido en cuadrilla (§ 244) y la modalidad agravada de este último (§ 244 a). En cambio, poseen autonomía respecto al hurto tanto el robo impropio (§ 252) como la defraudación de energía eléctrica (§ 248 c). Frente al § 90 I y I, el apartado tercero de este precepto constituye un tipo cualificado por contener el elemento añadido de la intención anticonstitucional (BGH 31, 332). El hecho punible básico de los delitos contra la vida es el homicidio (§ 212) (de otra opinión BGH 1, 368 [370]). De él se deducen como supuesto agravado el asesinato (§ 211) y como privilegiados el homicidio a petición (§ 216) y el infanticidio (§ 217 [91]) (con un criterio diverso BGH 1, 235 [237]). Por el contrario, el homicidio imprudente es un delito autónomo (§ 222). Un supuesto atenuado del homicidio articulado a través del caso ejemplificativo de la provocación se contiene en el § 213.

Cuando en el marco de una modificación dependiente se reúnen elementos que cualifican o atenúan la pena y las consecuencias jurídicas de unos y otros se excluyen recíprocamente, resultará de aplicación el tipo atenuado; en otro caso dichas consecuencias serán aplicadas en forma acumulativa [92].

Ejemplos: El infanticidio ejecutado con crueldad (§ 211) sólo puede ser castigado conforme al § 217 [93], sin perjuicio de que ese elemento cualificador pueda ser considerado en la determinación de la pena dentro del marco del último precepto mencionado. El hurto doméstico y familiar cualificado por la ejecución de una fractura cae dentro de los ejemplos reglados del § 243 núm. 1 y si es cometido con armas dentro del § 244 I núms. 1 y 2; no obstante y de acuerdo con el § 247, en ambos casos la persecución penal depende de la interposición de querella por parte del ofendido.

3. Por el contrario, los **delitos autónomos** muestran un cierto parentesco con otros hechos punibles en relación con el bien jurídico protegido y la descripción de la acción, pero no existe la relación característica con un tipo básico. El nuevo tipo se ha desprendido de su relación con su grupo de delitos y constituye una norma jurídica autónoma con un contenido de injusto propio; llegado el caso resulta aplicable junto con el otro tipo en tanto que no exista

---

[90] La redacción vigente del § 266 II StGB contiene la previsión de supuestos especialmente agravados mediante la remisión al § 263 III (N del T).

[91] El § 217 StGB se encuentra actualmente derogado (N del T).

[92] Con mayor detenimiento *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 20 núm. 45; *Wessels*, Allg. Teil núm. 113.

[93] Vid. nota a pie núm. 91 (N del T).

concurso de leyes. El hecho de que dos delitos posean entre sí un parentesco criminológico no permite extraer de un modo inmediato consecuencias dogmáticas positivas ni negativas [94].

Ejemplo: El robo impropio (§ 252) contiene elementos del hurto (§ 242), de la coacción (§ 240) y del robo (§ 249). No obstante, es un delito autónomo; de ahí que, de conformidad con las reglas generales de la teoría del concurso de delitos (vid. *infra* § 66, 69), deba decidirse hasta qué punto los tipos mencionados son aplicables junto con el § 252.

IV. Elementos descriptivos y normativos del tipo

En la estructura de los tipos penales el legislador emplea elementos gráficos (descriptivos) y valorativos (normativos) que pueden ser utilizados tanto para la caracterización de circunstancias exteriores (objetivas) como también para las de naturaleza psíquica (subjetivas) (acerca del significado de la distinción para la función garantista de la Ley penal vid. *supra* § 15 I 4). A pesar de que la terminología es vacilante existe sin embargo una amplia unidad al respecto [95].

1. Los **elementos descriptivos del tipo** son conceptos que pueden ser tomados tanto del lenguaje cotidiano como del uso del lenguaje jurídico y que describen objetos del mundo real. Son susceptibles de una *verificación fáctica* y, por este motivo, también pueden ser concebidos como componentes "descriptivos" aún cuando la determinación de su más exacto contenido sólo se consiga a través de la referencia a una norma, mostrando así en cierta medida un contenido jurídico [96].

Ejemplos: Son elementos descriptivos del tipo que designan los objetos del mundo *exterior* de los sentidos, la "persona" (§§ 211, 212, 222), "edificio", "espacio cerrado" y "recipiente" (§ 243 núms. 1 y 2), "instalación eléctrica" (§ 248c), "amenaza con peligro inminente para el cuerpo o la vida" (§ 249), "matar" (§§ 211, 212), "perjudicar a la salud" (§ 223). Los objetos del mundo psíquico interno son expresados a través de elementos como la "codicia" (§ 211 II), "ánimo de apropiación" (§ 242), "ánimo de enriquecimiento" (§ 259) y "escándalo" (§ 183 a). Todos estos conceptos, en la medida en que están contenidos en normas penales, están "teñidos normativamente"; sin embargo, siguen poseyendo en un primer plano su referencia a una realidad cognoscible o aprehensible. Esto es válido también para conceptos que requieren una valoración cuantitativa como las acciones "de cierta relevancia" (§ 184 c núm.1) o que hacen necesario un enjuiciamiento cognitivo como la "falsedad de la afirmación" (§ 153), "peligro" (§§ 315 a-c) o "instrumento peligroso" (§ 223 a [97]). Descriptivos son, además, aquellos elementos que designan determinados conceptos del tipo legal por aplicación del lenguaje común como "bicicleta" (§ 248 b) o "yacimiento" (§ 177 II núm. 1).

2. Por el contrario, los **elementos normativos del tipo** aluden a "premisas que sólo pueden ser imaginadas y pensadas bajo los presupuestos lógicos de una norma" [98]. Dentro de los mismos se cuentan los *verdaderos conceptos jurídicos*, los *conceptos valorativos* y los conceptos con *relación de sentido*. Se entiende que, también en los elementos valorativos, está en juego la mayo-

---

[94] *V. Hassemer,* Delictum sui generis págs. 88 ss.; *Haffke,* JuS 1973, pág. 407.

[95] Vid. *M. E. Mayer,* Lehrbuch págs. 182 ss.; *Mezger,* Traeger-Festschrift págs. 221 ss.; *Grünhut,* Frank-Festgabe Tomo I págs. 21 ss.; *Kunert,* Die normativen Merkmale págs. 89 ss.; *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 129; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 20 núm. 55; *Schlüchter,* Irrtum págs. 3 ss.; *Kindhäuser,* Jura 1984, págs. 465 ss.; *Engisch,* Mezger-Festschrift págs. 142 ss., al que se sigue en el texto principal. Con un planteamiento opuesto *Dopslaff,* GA 1987, págs. 1 ss.

[96] Por esta vía se evita tener que afirmar que *todos* los elementos del tipo, por ser tales, son de "carácter normativo" tal y como hace *E. Wolf,* RG-Festgabe pág. 56.

[97] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 224 I núm. 2 (N del T).

[98] Así, *Engisch,* Mezger-Festschrift pág. 147. Vid., además, *Schlüchter,* Irrtum págs. 7 ss.

ría de las veces la realidad captable por los sentidos de modo que muestran asimismo una relación con el mundo de los hechos.

Ejemplos: Pertenecen a los conceptos jurídicos contenidos en los tipos penales el "matrimonio" (§ 171 [99]), "deber legal de prestación de alimentos" (§ 170b [100]), los "datos" (§ 202 a), el "documento" (§ 267), la "ventaja patrimonial" (§ 263), el "funcionario público" (§§ 331 ss. en conexión con el § 11 I núm. 2). Son conceptos valorativos el "móvil abyecto" (§ 211 II), las "medidas violentas o arbitrarias" (§ 241 a), el "atentado a las buenas costumbres" (§ 226 a [101]). Dentro de los conceptos con una relación de sentido se cuentan el "ataque a la dignidad de la persona" (§ 130), la "acción sexual" (§§ 174 ss. en conexión con el § 184 c núm. 1) o el "secreto" (§ 203).

Los elementos normativos del tipo son objeto de un tratamiento especial en la teoría del dolo y del error a través del concepto de la "valoración paralela en la esfera del profano" (vid. *infra* § 29 II 3 a).

V. Casos especialmente graves, menos graves y ejemplos reglados

1. En las causas innominadas de agravación o atenuación de la pena que el legislador prevé, respectivamente, como "casos especialmente graves" (por ejemplo, §§ 240 I, 263 III, 266 II [102], 267 III) y "casos menos graves" (vgr., 154 II, 177 II [103], 217 II [104], 249 II, 311 II [105]), el juez es básicamente libre para decidir sobre ellas y sobre las circunstancias a las que recurre en la fundamentación de unas y otras. Se trata, pues, de **reglas de determinación de la pena** cuya graduación puede ser llevada a cabo dentro del marco de la pena (BGH 2, 181 [183]; 4, 226 [228]) [106]. Un **caso especialmente grave** existe cuando las circunstancias objetivas y subjetivas del hecho mismo superan de un modo tan claro al merecimiento de pena de los casos que tienen lugar de acuerdo con la experiencia que se posee y, por ello, tenidos en cuenta en la configuración del marco penal, que éste último no alcanza a compensar el injusto y la culpabilidad del delito cometido (BGH 5, 124 [130]; 23, 319; acerca de su constitucionalidad BVerfGE 45, 365 [370 ss.]) (vid. también la definición más amplia en el § 62 E 1962) [107]. El **caso menos grave**, que ha asumido en parte la función de las anteriores "circunstancias atenuantes" y de los "casos especialmente leves" (BGH 26, 97), puede ser apoyado sobre la totalidad de las circunstancias que son tenidas en cuenta para la valoración del hecho y del autor, siendo indiferente que sean inherentes al hecho mismo, que le precedan, que le acompañen o que le sigan, siempre que per-

---

[99] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 172 (N del T).

[100] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 170 (N del T).

[101] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 228 (N del T).

[102] Vid. nota a pie núm. 90 (N del T).

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

[104] Actualmente el § 217 se encuentra derogado (N del T).

[105] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 308 IV (N del T).

[106] Por motivos derivados del Estado de Derecho se muestran en contra de la previsión de los casos especialmente graves *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 641; *Maiwald*, Gallas-Festschrift pág. 150; *el mismo*, NStZ 1984, págs. 435 ss.; *Wahle*, GA 1969, págs. 161 ss. (quien quiere transformar estos supuestos en tipos cualificados).

[107] Vid. *Dreher*, ZStW 77 (1965) págs. 227 ss.; *Lackner*, § 46 núm. 7; *Montenbruck*, NStZ 1987, 314 (sólo circunstancias agravantes individualizadas); *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 47 antes del § 38; *SK (Horn)* § 46 núms. 59 ss.

mitan una conclusión acerca de la medida de la culpabilidad del autor (BGH 4, 8 [11]) (vid. § 63 E 1962) [108]. Para la aceptación de un caso especialmente grave o de un caso más leve se requiere una valoración global del hecho y de la personalidad del autor (BGH 28, 318 [319]).

Acerca del dolo en unos y otros supuestos vid. infra § 29 II 3c.

2. Para designar las circunstancias agravantes que modifican el marco penal del delito transcrito en el tipo penal el legislador utiliza también, y cada vez en mayor medida, los **"ejemplos reglados"**. Este método ejemplificador fue recomendado sobre todo por *Lange* para la reforma del Derecho penal [109], fue asimismo asumido por el E 1962 [110] y, desde entonces, el legislador lo utiliza con frecuencia (por ejemplo, §§ 94 II, 113 II, 125 a, 243, 292 II, 302 a) para graduar el marco penal de determinadas formas delictivas a través de la introducción de un grupo de casos que está delimitado de un modo más concreto que la técnica innominada de los casos especialmente graves. Tampoco los ejemplos reglados son elementos cualificadores del tipo [111] sino **reglas de determinación de la pena** (BGH 23, 254 [256 ss.]; 26, 104 [105]; 29, 359 [368]; 33, 370 [374] donde los ejemplos reglados se consideran sencillamente próximos a los elementos del tipo) [112]. La especialidad de los casos reglados es doble. De un lado, la presencia de los elementos de un ejemplo sólo constituye un *indicio* para la existencia de un caso especialmente grave. El juez también puede negar tal efecto indiciario cuando de una valoración global del hecho y del autor se derive que, a pesar de la realización de los elementos del ejemplo reglado, el injusto y la culpabilidad del hecho no se desvía esencialmente de los casos que, por término medio y de acuerdo con la experiencia, suelen suceder en torno a la correspondiente figura de delito (BGH 20, 121 [125]; 23, 254 [257]; BGH JZ 1987, 366; BayObLG JZ 1973, pág. 384) [113]. De otro lado, el juez también puede aceptar un caso especialmente grave cuando no se realizan los elementos de ningún ejemplo reglado. Los hechos pueden, por una parte, ser similares al ejemplo reglado (por ejemplo, cuando alguien sustrae de una exposición una cosa de valor cultural, § 243 I núm. 5) de modo que el mismo desarrolle un efecto analógico que, al igual que en el § 223 a ("otro instrumento peligroso") o en el § 315 I núm. 4 ("ataque similar, igualmente peligroso"), es querido por el legislador porque el juez se debe orientar por el ejemplo reglado. Por otra parte, un caso especialmente grave puede también ser aceptado sin tal analogía cuando el alcance de la gravedad del hecho (por ejemplo, daños especialmente graves en el hurto), según su injusto y culpabilidad, se corresponda con la gravedad de los hechos señalados por el ejemplo reglado (BGH 29, 319 [322]). También en el hurto que queda sólo en grado de tentativa es

---

[108] Vid. *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 42; *Hettinger*, 140 Jahre GA, 1993, págs. 77ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 48 antes del § 38; *Timpe*, Strafmilderung pág. 64.

[109] *Lange*, Materialen Tomo I pág. 84.

[110] Vid. E 1962, Begründung págs. 184 ss.

[111] Así, no obstante, *Calliess*, JZ 1975, pág. 117 con referencias adicionales; en contra, con razón, *Schmitt*, Tröndle-Festschrift págs. 315 ss.; *Gössel*, ibídem pág. 358.

[112] En este sentido se pronuncia la doctrina dominante; vid. *Blei*, Heinitz-Festschrift pág. 423; *Dreher/Tröndle*, § 46 núms. 43b ss.; *Lackner*, § 46 núm. 13; *Maiwald*, NStZ 1984, pág. 434; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 62 núms. 51 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 44 antes del § 38; *Wessels*, Maurach-Festschrift pág. 299; *el mismo*, Lackner-Festschrift págs. 423 ss.; *SK (Horn)* § 46 núm. 57. Críticos con los casos reglados *Jakobs*, Allg. Teil 6/101; *Montenbruck*, NStz 1987, pág. 313.

[113] En el hurto (§ 243 II) el legislador ha excluido con carácter general la aceptación de un caso especialmente grave cuando el hecho se refiere a una cosa de un valor escaso; sobre ello *Zipf*, Dreher-Festschrift págs. 389 ss.

admisible la aceptación del ejemplo reglado caracterizado por la "fractura", en la medida en que desde luego el autor (también) se había dispuesto a realizar tal elemento (BGH 33, 370 [374]). En contraste con los elementos del tipo, el ejemplo reglado tan sólo suministra al juzgador la posibilidad de aceptar un caso especialmente grave y, por otro lado, el juez también puede, al igual que en las causas innominadas de agravación de la pena, admitir un caso especialmente grave aún cuando no exista un ejemplo reglado [114].

Los ejemplos reglados son tratados por las disposiciones de la Parte General del mismo modo que los elementos del tipo; en relación con el dolo vid. *infra* § 29 II 3c, sobre la tentativa vid. *infra* § 49 III 2, acerca de la participación vid. *infra* § 61 VII nota a pie núm. 50 y en relación con los concursos vid. *infra* § 69 II 3b nota a pie núm. 31.

3. Los casos innominados especialmente graves y menos graves, así como los ejemplos reglados, no varían la clasificación de un hecho como delito grave o menos grave (§ 12 III) (vid. *supra* § 7 IV 3).

Subsección b): Los elementos del tipo de injusto

§ 27 Los elementos objetivos del tipo

Bernard-Tulkens, L'actus reus en droit pénal anglo-américain, Diss. Louvain 1976; *Padovani,* Francesco Carrara e la teoria del reato, en: Francesco Carrara nel primo centenario della morte, Atti del convegno internazionale, 1988, 1991, pág. 253; *Sauer,* Tatbestand, Unrecht, Irrtum und Beweis, ZStW 69 (1957) pág. 1; *Schild,* "Objektiv" und "subjektiv" in der strafrechtswissenschaftlichen Terminologie, Festschrift für A. Verdroß, 1980, pág. 215; *Schmidhäuser,* "Objektiver" und "subjektiver" Tatbestand: eine verfehlte Unterscheidung, Festgabe für H. Schultz, 1977, pág. 61; *Zimmerl,* Zur Lehre vom Tatbestand, Strafr. Abh. H. 237, 1928.

I. La esencia de lo "objetivo" en el tipo

1. En el mundo del Derecho la voluntad maliciosa nunca es castigada por sí misma [1]. Lo que el autor ha querido debe aparecer siempre externamente a través de una acción o de la omi-

---

[114] Por motivos derivados del Estado de Derecho se manifiesta en contra del método ejemplificador, *Maiwald,* Gallas-Festschrift págs. 158 ss., con ejemplos extraídos de la jurisprudencia que evidencian que el juez, tan pronto como se introduce en los ejemplos reglados, se ve forzado a aplicar criterios incontrolables de carácter puramente cuantitativo.

[1] El Derecho penal francés exige, además de un "élément moral" un "élément matériel"; vid. *Stefani/Levasseur/Bouloc,* Droit pénal général núms 169, 211. De forma correlativa la doctrina belga distingue en el delito un "materieel element" y un "strafrechtelijke schuld"; vid. *Dupont/Verstraeten,* Handboek núms. 293, 396. También el Derecho penal anglo-americano requiere siempre, además del "mens rea", un "actus reus"; vid. *Honig,* Das amerikanische Strafrecht pág. 54; *La Fave/Scott,* Substantive Criminal Law I págs. 273 ss.; *Glanville Williams,* Criminal Law págs. 1 ss.; *Bernard-Tulkens,* L'actus reus, 1976. Igualmente, en la estructura del delito la doctrina tradicional italiana diferencia entre un "principio di materialità" y un "principio di soggetività" que es equiparada al principio "nullum crimen sine culpa"; vid. *Mantovani,* Diritto penale págs. 155, 291. La distinción se remonta a *Carrara* (1805-1888). Acerca del significado de Carrara para el desarrollo de la moderna Dogmática italiana del Derecho penal *Padovani,* Francesco Carrara e la teoria del reato págs. 253 ss. Una parte de la doctrina italiana cercana a la Ciencia alemana ya conecta en el tipo los elementos objetivos y subjetivos; representativo de dicho sector es *Fiore,* Diritto penale I pág. 158.

sión de una acción esperada (vid. *supra* § 23 VI 2d). La imagen exterior de esta manifestación del hecho es descrita a través de los elementos del tipo. Constituye el "núcleo real y objetivo de todo delito"[2]. Sin embargo, los elementos objetivos del tipo no señalan sólo objetos del mundo externo. En ellos se encuentra, más bien, **todo lo que está fuera del ámbito psíquico del autor**[3]. Lo que se quiere decir con los elementos objetivos del tipo en un sentido amplio es que, cuando en la disposición sobre el error de tipo (§ 16 I) se habla de "circunstancias", con ello se alude "a las que pertenecen al tipo legal". Según ello, los elementos objetivos del tipo son tan sólo en parte objetos y sucesos del mundo sensorial perceptible como "persona", "mujer", "animal", "cosa", "matar", "quemar", "perjudicar". En la mayoría de ellos se trata, más bien, de conceptos complicados cuyo significado no puede ser captado, o sólo puede serlo parcialmente, a través de su simple observación, sino que vienen determinados en todo o en parte por procesos anímicos y valoraciones sociales.

Ejemplos: Un resultado psíquico es la "provocación de escándalo" (§ 183 a) o la puesta en peligro del desarrollo de un niño (§ 170 d[4]). Elementos normativos del tipo como "documento" (§ 267) o "acción sexual" (§ 184 c núm. 1) requieren generalmente valoraciones de distinto tipo. También los elementos descriptivos muestran a menudo una relación normativa que va más allá del ámbito de la simple observación (vid. *supra* § 26 IV 1). Para los verbos que señalan una actividad final (por ejemplo, "perseguir" en el § 292) la descripción de la acción está tan profundamente unida a la voluntad del autor (vid. *supra* § 24 III 4d), que los elementos objetivos del tipo están determinados en parte por momentos subjetivos de la propia psique del autor.

El concepto de "lo objetivo" en el tipo no puede, en consecuencia, ser tan fácilmente situado en el reino de las manifestaciones externas, sino que con frecuencia viene impuesto por factores subjetivos y valoraciones normativas que hacen completamente imposible llevar a cabo una rigurosa separación formal del tipo en componentes objetivos y subjetivos. Tampoco resulta completamente correcta la equiparación del concepto de los elementos objetivos del tipo con todas las circunstancias situadas fuera de la psique del autor, puesto que la esfera anímica del autor también es relevante para los verbos que describen actividades finales[5].

2. La parte objetiva del tipo no tiene nada que ver con el *carácter objetivo del juicio de antijuricidad*. Esta última es una categoría objetiva a causa de que su baremo es el mismo para cualquiera. De ahí que en este contexto el concepto de "lo objetivo" debe entenderse en el sentido de **"validez general"**. De ahí, por tanto, que no esté excluida la introducción de elementos subjetivos del tipo (vid. *supra* § 24 III 4b)[6].

---

[2] Así, *Welzel*, Lehrbuch pág. 62; *Sauer*, ZStW 69 (1957) pág. 2. Vid. además, en relación con su estructura, *Jakobs*, Allg. Teil 7/1 ss., 8/1 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núms. 54 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 200 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 62 antes del § 13.

[3] En relación con esta delimitación vid. *Zimmerl*, Zur Lehre vom Tatbestand pág. 12; *Wessels*, Allg. Teil núm. 134; *Schild*, Verdroß-Festschrift págs. 223 ss.

[4] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 171 (N del T).

[5] La separación entre tipo "objetivo" y "subjetivo" es calificada por *Schmidhäuser*, Schultz-Festgabe págs. 66 ss., como completamente errónea; este autor la evita desdoblando el dolo en la voluntad dirigida a la acción antijurídica y el conocimiento que pertenece a la culpabilidad.

[6] La misma contraposición realizan *Zimmerl*, Zur Lehre vom Verbrechen pág. 29 y *Schild*, Verdroß-Festschrift págs. 225 ss.

II. Los elementos objetivos del tipo en particular

Los elementos objetivos del tipo describen la acción, el objeto material, el resultado (en su caso), las circunstancias externas del hecho y la persona del autor [7].

1. El núcleo de todo tipo es la **acción**; ésta puede ser determinada de un modo más detallado a través de circunstancias de distinto tipo como su relación con personas o cosas, su relación con el tiempo o el espacio, la forma y modo de su ejecución, así como mediante su conexión con otras acciones.

Ejemplos: Comete una perturbación de la paz de los difuntos (§ 168) quien durante un entierro desarrolla un comportamiento injurioso. El encubrimiento real (§ 257) se refiere a otra persona que ha cometido un hecho antijurídico y al beneficio obtenido por el hecho.

2. El **objeto material** es aquel elemento del mundo exterior sobre el que o en relación con el cual se realiza la acción delictiva (vid. *supra* § 26 I 4). Dentro del mismo se engloba a las personas, las cosas y también a los objetos incorpóreos. Además, también hay tipos que por lo general carecen de este componente. Estos son los delitos de mera actividad como la bigamia (§ 171 [8]), la usurpación del estado civil (§ 169) o la deserción militar (§ 16 WStG). A menudo también el objeto material se concreta más detenidamente por medio de adjetivos calificativos.

Ejemplos: El objeto material del infanticidio (§ 217 [9]) es el niño recién nacido de condición extramatrimonial. El del hurto (§ 242) es la cosa mueble ajena. Así pues, el niño intramarital no puede ser objeto del infanticidio y una prestación espiritual tampoco puede serlo del hurto. También en el caso concreto el objeto de la acción (o del ataque) puede ser concretado a través del objeto del hecho correspondiente (el niño X, la bicicleta del estudiante Y).

3. El **resultado** en sentido estricto, esto es, como efecto exterior de la acción diferenciable espacio-temporalmente, tiene que ser objeto de una consideración separada. El resultado no es una parte integrante de la acción, pero sí es (con frecuencia) un elemento del tipo. Este componente también puede ser determinado en el tipo de una forma más detallada a través de elementos adicionales.

Ejemplo: El § 224 [9 bis] presupone como consecuencia de la lesión corporal la pérdida de un miembro importante o una grave deformación permanente.

4. Al tipo objetivo pertenecen también la **relación de causalidad** entre la acción y el resultado (en los delitos de omisión impropia es la probabilidad cercana a la seguridad de que con la realización de la acción debida no habría acaecido el resultado, BGH 37, 106 [126]; BGH JZ 1973, pág. 173) y la **imputación objetiva** del mismo que lo haga aparecer como "obra" del autor (vid. *infra* § 28) [10].

5. Las **circunstancias externas del hecho** designan la situación en la que la acción debe tener lugar para ser merecedora de pena.

Ejemplos: La injuria al miembro de un gobierno extranjero es punible conforme al § 103 cuando el ofendido se encuentra en misión oficial y dentro del país. Según el § 113 la resistencia frente a un funcionario

---

[7] En relación a lo que sigue vid. *Beling*, págs. 76 y 81; *M.E. Mayer*, Lehrbuch págs. 89 ss.; *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs.131 ss.

[8] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 172 (N del T).

[9] Actualmente el § 217 StGB está derogado (N del T).

[9 bis] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 226 (N de T).

[10] *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núm. 55; *Wessels*, Allg. Teil núm. 154; *Jakobs*, Allg. Teil 7/4 a.

ejecutivo debe referirse a la realización de una acción oficial. Finalmente, el § 154 presupone que el autor afirma datos falsos ante un tribunal o ante cualquier otro lugar competente para la toma de la declaración bajo juramento.

6. En los delitos especiales propios el **círculo de autores** está limitado a personas con determinados elementos objetivos relativos al autor; en los impropios, los sujetos que pertenecen al círculo de personas cualificadas son castigados más severamente (vid. *supra* § 26 II 6). Prescindiendo de los elementos referidos al autor, que designan una cualidad jurídica o una posición especial de deber, también se tienen en cuenta cualidades naturales como "hombre" (§ 183) o "embarazada" (§ 218 III). Los elementos naturales vinculados al autor pertenecen asimismo al tipo objetivo.

§ 28 Causalidad e imputación objetiva

Beling, Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre, GS 101 (1932) pág. 1; *Bruns*, Ungeklärte materiellrechtliche Fragen des Contergan-Prozesses, Festschrift für E. Heinitz, 1972, págs. 317 ss.; *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974; *el mismo*, Erfolgszurechnung bei nachträglichem Fehlverhalten usw., Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 356; *v. Buri* Über Causalität und deren Verantwortung, 1873; *el mismo*, Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885; *Bustos Ramírez*, Die objektive Zurechnung, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 213; *v. Caemmerer*, Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, 1956; *Castaldo*, L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento, 1989; *Donini*, Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato, 1991; *Ebert/Kühl*, Kausalität und objektive Zurechnung, Jura 1979, pág. 561; *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 1, 332, JZ 1951, pág. 787; *el mismo*, Das Problem der psichischen Kausalität beim Betrug, Festschrift für H. v. Weber, 1963, pág. 247; *el mismo*, Vom Weltbild des Juristen, 2.ª Ed. 1965, *Erb*, Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht, 1991; *el mismo*, Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht, JuS 1994, pág. 449; *Eser*, Sterbewille und ärztliche Verantwortung, Medizinrecht 1985, pág. 6; *Frisch*, Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, 1973; *el mismo*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *Fünfsinn*, Anmerkung zu BGH StV 1985, pág. 56; *Geilen*, Suizid und Mitverantwortung, JZ 1974, pág. 145; *J. Glaser*, Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht, 1858; *Gmür*, Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht, 1970; *Hardwig*, Verursachung und Erfolgszurechnung, JZ 1968, pág. 289; *Hart/Honoré*, Causation in the Law, 2.ª Ed. 1985; *Hartmann*, Das Kausalproblem im Strafrecht, Strafr. Abh. Heft 27, 1900; *Hassemer*, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994; *Herzberg*, Beteiligung an einer Selbsttötung usw., JA 1985, pág. 269; *Hilgendorf*, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft", 1993; *Reinhard v. Hippel*, Gefahrurteile und Prognoseentscheidungen in der Strafrechtspraxis, 1972; *Hirsch*, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln, 1988, pág. 399; *Honig*, Kausalität und objektive Zurechnung, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 174; *Honori*, Die Kausalitätslehre im angloamerikanischen Recht im Vergleich zum deutschen Recht, ZStW 69 (1957) pág. 463; *Jakobs*, Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 307; *Jauernig/Schlechtriem/Stürner*, BGB, 7.ª Ed. 1994; *Kahrs*, Das Vermeidbarkeitsprinzip und die conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht, 1968; *Armin Kaufmann*, Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren, JZ 1971, 569; *el mismo*, Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt? Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 251; *Arthur Kaufmann*, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 200; *Kienapfel*, Die Fahrlässigkeit usw., Zeitschrift für Verkehrsrecht 1977, 1; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 32, 262, JZ 1984, pág. 751; *Knoche*, Die Entwicklung der Lehre vom Kausalzusammenhang im Zivil-und Strafrecht, Diss. Marburg 1959; *v. Kries*, Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung, 1886; *el mismo*, Über den Begriff der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht, ZStW 9 (1889) pág. 528; *Krümpelmann*, Schutzzweck und Schutzreflex der Sorgfaltspflicht, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 443; *Küper*, Überlegungen zum sog.

Pflichtwidrigkeitszusammenhang, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 246; *Küpper,* Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990; *Kuhlen,* Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989; *Lampe,* Die Kausalität und ihre strafrechtliche Funktion, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 189; *H. Lange,* Adäquanztheorie usw., JZ 1976, pág. 198; *Larenz,* Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, Diss. Göttingen 1927; *Maiwald,* Kausalität und Strafrecht, 1980; *Mir* Puig, Die "ex ante" -Betrachtung im Strafrecht, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 337; *Mueller,* Causing Criminal Harm, en: Essays in Criminal Science, 1961, pág. 169; *M. L. Müller,* Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf-und Schadensersatzrecht, 1912; *Naucke,* Über das Regreßverbot im Strafrecht, ZStW 76 (1964), pág. 409; *Noll,* Strafrecht im Übergang, GA 1970, pág. 176; *Nowakowski,* Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, pág. 19; *Otto,* Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 91; *el mismo,* Grenzen der Fahrlässigkeit im Strafrecht, JuS 1974, pág. 702; *el mismo,* Selbstgefährdung und Fremdverantwortung, Jura 1984, pág. 536; *el mismo,* Eigenverantwortliche Selbstschädigung usw., Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 157; *Puppe,* Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 92 (1980) pág. 863; *la misma,* Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung, JuS 1982, pág. 292; *la misma,* Zurechnung und Wahrscheinlichkeit, ZStW 95 (1983) pág. 287; *la misma,* Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, ZStW 99 (1987) S. 595; *la misma,* Kausalität, SchwZStr 107 (1990) pág. 141; *la misma,* Anmerkung zu BGH 37, 106, JR 1992, pág. 30; *la misma,* Naturalismus und Normativismus usw., GA 1994, pág. 297; *la misma,* "Naturgesetze" vor Gericht, JZ 1994, pág. 1147; *Radbruch,* Die Lehre von der adäquaten Verursachung, 1902; *Roxin,* Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Festschrift für R. Honig, 1970, pág. 132; *el mismo,* Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 241; *el mismo,* Anmerkung zu BGH NStZ 1984, pág. 411; *el mismo,* Anmerkung zu BGH NStZ 1985, pág. 319; *el mismo,* Bemerkungen zum Regreßverbot, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 177; *el mismo,* Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 303; *el mismo,* Finalität und objektive Zurechnung, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 237; *Salm,* Das vollendete Verbrechen, Tomo I, 2, 1967; *Samson,* Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht 1972; *el mismo,* Probleme strafrechtlicher Produkthaftung, StV 1991, pág. 183; *Schaffstein,* Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip usw., Festschrift für R. Honig, 1970, pág. 169; *Schlüchter,* Grundfälle der Lehre von der Kausalität, JuS 1976, pág. 312; *Schmoller,* Die Kategorie der Kausalität usw., ÖJZ 1982, pág. 449; *Schünemann,* Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-und Gefährdungsdelikte, JA 1975, pág. 715; *Schulz,* Gesetzmäßige Bedingung und kausale Erklärung, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 39; *Schumann,* Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der anderen, 1986; *Sowada,* Zur strafrechtlichen Zurechenbarkeit von Retterunfällen, JZ 1994, pág. 663; *Spendel,* Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte, Diss. Heidelberg 1948; *el mismo,* Beihilfe und Kausalität, Festschrift für E. Dreher, 1977, pág. 167; *Stella,* Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale, 1975; *Stoll,* Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, 1968; *el mismo,* Neuere Entwicklungen auf dem Gebiet des Schadensersatzrechtes, 1976; *Stree,* Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung, JuS 1985, pág. 179; *Struensee,* Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit, GA 1987, pág. 97; *Tarnowski,* Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbeeriffs, 1927; *Traeger,* Der Kausalbegriff im Straf-und Zivilrecht, 1904; *Triffterer,* Die Theorie der objektiven Zurechnung in der österreichischen Rechtsprechung, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 419; *Ulsenheimer,* Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen usw., JZ 1969, pág. 364; *Walder,* Die Kausalität im Strafrecht, SchwZStr 93 (1977) pág. 113; *E. A. Wolff,* Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965; *Wolter,* Adäquanz-und Relevanztheorie, GA 1977, pág. 257; *el mismo,* Objektive und personale Zurechnung usw., en: *Schünemann* (Ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pág. 103.

I. Causalidad e imputación objetiva como fundamentos de la responsabilidad penal

1. En los delitos de resultado la aceptación de un delito consumado depende del acaeci-

miento del resultado típico. Sin embargo, la acción y el resultado no están desconectados entre sí sino que deben mostrar entre ellos una relación suficiente que permita poder imputar al autor el resultado como una consecuencia de su acción. En la descripción de la relación entre la acción y el resultado la Ley parte, evidentemente, de que esa relación consiste en la **causalidad** (vid., por ejemplo, el § 222: "Quien *cause* la muerte de una persona por imprudencia"). Esta idea se fundamenta en la siguiente reflexión: el Derecho penal aspira a la conservación de bienes haciendo responsable a quien los menoscaba. De ello resulta que alguien cuyo comportamiento *no* ha contribuido al quebranto del objeto del bien jurídico —prescindiendo de los supuestos de tentativa punible— tampoco puede ser castigado. De ahí que la causalidad del comportamiento del autor para el advenimiento del resultado sea una *condición necesaria* para su punibilidad; o más exactamente: para que pueda ser imputable al autor el resultado acaecido [1] (acerca de las excepciones vid. *infra* § 28 I 2).

En Derecho penal el *concepto de causalidad científico-natural* (declaración de acontecimientos sucesivos de acuerdo con las leyes de la naturaleza) no puede ser aplicado sin más, pues la causa de un efecto sería la *totalidad de las condiciones* en cuya existencia se basa la consecuencia, es decir, todas aquellas condiciones —igualmente necesarias y del mismo valor— que constituyen la causa de un efecto, planteamiento éste que impide una consideración aislada de cada una de tales condiciones. No obstante, para los fines del Derecho penal la cuestión depende de una condición completamente determinada: la acción humana; se trata de comprobar si entre ésta y el resultado existe una relación que justifique la imputación de ese acontecimiento como producto de su acción. Pero la especial toma en consideración de la acción en Derecho penal no es sólo necesaria por razones dogmáticas, sino que se encuentra también *justificada* internamente en tanto que la persona está ampliamente capacitada para la dirección del curso causal y, por ello, su comportamiento puede ser tratado como una "causa de carácter especial". Así pues, para la afirmación de la causalidad de una acción es necesario como mínimo que ésta *también* forme parte de las condiciones del resultado: la acción debe haber *co*-causado el mismo.

2. Por regla general al autor le es también imputado un resultado que él ha co-causado en este sentido: lo que se ha ocasionado por un hacer propio debe asumirse penalmente. Sin embargo, las categorías de la imputación objetiva [2] y de la causalidad no son en modo alguno idénticas. Tal y como ha puesto de relieve con acierto la nueva doctrina [3], la pregunta acerca de la imputación de un resultado al comportamiento de un individuo debe decidirse en Derecho penal de acuerdo con sus criterios *normativos* específicos. De ahí que para la solución del problema de la imputación, la categoría científico-natural de la causalidad puede suministrar el marco ex-

---

[1] Vid. *Engisch*, Kausalität pág. 4.

[2] Se habla de imputación "objetiva" cuando aquí la cuestión reside en saber si el resultado se considera la "obra" del autor. Este aspecto debe diferenciarse de la imputación "subjetiva"; en esta última nos preguntamos acerca de la actitud interna del autor sobre su hecho.

[3] Así, *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 63ss.; *Ebert/Kühl*, Jura 1979, págs. 568 ss.; *H. Mayer*, Grundriß págs. 72 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 18 núm. 42; *Jakobs*, Allg. Teil 7/29; *Küper*, Lackner-Festschrift pág. 247; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 4A núms. 56 ss.; *Roxin*, Honig-Festschrift págs. 133 ss.; *el mismo*, Allg. Teil I § 11 núms. 36 ss.; *Schaffstein*, Honig-Festschrift pág. 170; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 228 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núms. 71 y 91 ss.antes del § 13; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núms. 52 ss. antes del § 1; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 223; *Wessels*, Allg. Teil núms. 176 ss.; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung págs. 109 ss. Crítico con la imputación objetiva *Armin Kaufmann*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 251 ss.; *Hirsch*, Kölner Festschrift pág. 406; *Küpper*, Grenzen págs. 83 ss.; *Lampe*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift pág. 203. La categoría de la imputación objetiva no es en absoluto nueva vid., por ejemplo, *Larenz*, Hegels Zurechnungslehre págs. 60 ss. así como *Beling*, GS 101 (1932) pág. 7; *Honig*, Frank-Festgabe Tomo I págs. 179 ss.

terno pero no la respuesta definitiva. Puede suceder perfectamente que a alguien no le sea imputado un resultado a pesar de que su comportamiento fue causal para el mismo (sobre ello vid. *infra* § 28 III y IV); esta solución descansa sobre una decisión valorativa que, por ejemplo, hace retroceder la contribución causal del autor frente al consciente autoperjuicio de la víctima.

Ejemplo: El autor proporciona heroína a un drogodependiente; la víctima (plenamenre responsable) se inyecta el veneno consciente de que con ello se causa daños a la salud. Al autor no le es imputado el envenenamiento de la víctima a pesar de que el suministro del veneno fue co-causal para la muerte acaecida de la víctima (vid. BGH 32, 262).

El criterio de la imputación objetiva [4] limita eventualmente la responsabilidad que se derivaría de la mera causación del resultado. Pero, al contrario, también hay supuestos en los que el Derecho penal hace responsable a alguien por un resultado que no ha causado en sentido naturalístico [5]. Esto último rige para los autores de una omisión que, contrariamente a su deber, no impiden un daño inminente (vid. *infra* § 59 III) (acerca de otros casos vid. la edición anterior de esta obra § 28 I 2, pág. 250).

Ejemplo: Una niñera observa inmóvil cómo el niño pequeño que le ha sido confiado cae en una piscina y se ahoga. *No* puede afirmarse que la niñera ha *causado* la muerte del niño; no obstante, le es imputada de acuerdo con el § 13.

Pero, en estos casos, resulta completamente necesario probar que el autor de la omisión habría podido evitar el resultado; por tanto, la imputación aquí también está conectada con una comprobación (si bien meramente hipotética) de la causalidad. Las desviaciones de la fundamentación de la imputación objetiva mediante la causalidad son sin embargo excepcionales. Normalmente para la imputación objetiva del resultado es necesario, y a veces también suficiente, que el autor lo haya causado [6].

II. La comprobación de la causalidad

1. La pregunta relativa a si alguien ha causado un resultado ha sido contestada en Alemania de modo completamente dominante con ayuda de la **teoría de la condición** [7]: un resultado

---

[4] El criterio de la imputación objetiva del resultado típico es más estrecho que el criterio de la imputación en el marco de la teoría de la acción: mientras que allí sólo depende de la capacidad de dominio del comportamiento (vid. *supra* § 23 VI 2 a), en la imputación aquí utilizada también juegan un rol esencial los fines de la norma penal correspondiente; vid. *Jakobs*, Welzel-Festschrift pág. 314.

[5] En contra *Spendel*, Dreher-Festschrift pág. 169.

[6] Así, en el caso Contergan también se trató con acierto la cuestión de la causalidad de la talidomida, en relación con los daños en el sistema nervioso y las malformaciones producidas a los recién nacidos, cuya existencia fue afirmada por el Tribunal; vid. LG Aachen JZ 1971, pág. 507 (págs. 510 ss.). Crítico con el método de la comprobación de la causalidad *Armin Kaufmann*, JZ 1971, págs. 572 ss.; *Reinhard v. Hippel*, Gefahrurteile págs. 69 ss.; *Bruns*, Heinitz-Festschrift págs. 331 ss.; *Puppe*, SchwZStr 107 (1990) págs.150 ss.

[7] En el *extranjero* el concepto de la causalidad es concebido de modo distinto según se aplica en la estructura del delito. *Rittler*, Tomo I pág. 101 y *Nowakowski*, Grundriß pág. 48 defienden la teoría de la condición, de acuerdo también con el vigente österr. StGB, *Kienapfel*, Grundriß Z 10 núm. 7; *Leukauf/Steininger*, nota preliminar núm. 19 antes del § 1; *WK (Burgstaller)* § 6 núm. 61; *Schmoller*, ÖJZ 1982, pág. 490. *Triffterer*, Klug-Festschrift Tomo II págs. 438 ss. recomienda la teoría de la imputación objetiva. Por el contrario, *Hafter*, Allg. Teil págs. 81 ss. se muestra favorable a una corrección de la teoría de la condición a través de la idea de adecuación, y también el Tribunal Federal suizo en la BGE 54 I 348 así como en la 68

es causado por una acción cuando ésta no puede ser mentalmente suprimida sin que aquél desaparezca. Expresado de otro modo: la acción debe ser, pues, una "*conditio sine qua non*" del resultado. De esta forma todas las condiciones de un resultado son consideradas del mismo valor (equivalentes), motivo por el cual la teoría de las condiciones se denomina también *teoría de la equivalencia.* Encontrándose varias acciones bajo las condiciones del resultado son todas ellas causales del mismo, puesto que en el plano conceptual de la causa no puede ser verificada una distinción entre la causalidad penalmente relevante y la irrelevante. La restricción del ámbito extraordinariamente amplio de responsabilidad que fundamenta la causalidad opera a través de tres correcciones: por medio de la teoría de la imputación objetiva, de los elementos del tipo correspondiente y de los requisitos del dolo y la imprudencia.

Ejemplo: En la fiesta de una asociación un invitado, que quería buscar el patio del establecimiento, se precipitó en la oscuridad por un pozo descubierto falleciendo por la caída. Entre otros, causales del resultado fueron el constructor de dicho pozo, el hijo del hostelero que había dejado abierto el pozo tras su trabajo, el hostelero mismo que ante la llegada de los invitados no había comprobado si el pozo estaba cerrado, el presidente de la asociación que previamente había abierto la puerta del salón que conectaba con el patio y, finalmente, el empleado del establecimiento que, en la creencia de que la puerta permanecería cerrada, había apagado la luz del patio (RG 57, 148). La pregunta de quién de estas personas puede ser hecha *penalmente responsable* por la muerte de la víctima se determina únicamente, dado que se afirma la causalidad de todos los cooperadores, de conformidad con el baremo de la imprudencia en el sentido del § 222.

2. La teoría de la condición [8] fue introducida por el procesalista austríaco *Julius Glaser* [9] y desarrollada por *Maximiliam v. Buri* que fue un miembro del Tribunal Imperial en el momento de su fundación [10]. El RG ha aplicado esta teoría a través de una jurisprudencia constante (RG 1, 373 [374] hasta 77, 17 [18]), y el BGH se ha adherido igualmente a ella (BGH 1, 332 con comentario crítico de *Engisch,* JZ 1951, pág. 787; 2, 20 [24]; 7, 112 [114]; 24, 31 [34]) así como el resto de la jurisprudencia (OLG Stuttgart JZ 1980, pág. 618). También la literatura la defiende de modo completamente mayoritario [11].

IV 19 sostiene la teoría de la adecuación. Sobre ello *Gmür,* Kausalzusammenhang págs. 97 ss. Por el contrario, se muestra a favor de la fórmula de la "condición adecuada a la ley natural" *Schultz,* Einführung Tomo I pág. 124 así como *Walder,* SchwZStr 93 (1977) págs. 136 ss. El Tribunal de Casación francés mantiene un planteamiento cercano a la teoría de la condición (vid. Cass. v. 3.11.1955, D.PÁG. 1956, Jurisprudence pág. 25; Cass. v. 15.1.1958, J.C.PÁG. 1959 II núm. 11026), así como *Merle/Vitu,* Traité núm. 536 y la doctrina belga, vid. *Hennau/Verhaegen,* Droit pénal général núms. 174 ss. En Italia *Bettiol/Pettoello Mantovani,* Diritto penale pág. 313 defienden la teoría de la adecuación "che circola nelle vene del codice", mientras que *Fiandaca/Musco,* Diritto penale págs. 189 ss.; *Mantovani,* Diritto penale págs. 179 ss.; *Stella,* Leggi scientifiche pág. 100 y *Donini,* Illecito págs. 291 ss. y en España *Cerezo Mir,* Curso págs. 343 ss.; *Bustos Ramírez,* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 213 ss. y *Mir Puig,* Derecho penal págs. 189 ss. siguen la teoría de la imputación objetiva. La idea de imputación objetiva es destacada también por *Pompe,* Handboek pág. 94; a favor de la teoría de la relevancia *Hazewinkel/Suringa/Remmelink,* Inleiding págs. 179 ss. El Código penal brasileño parte de la teoría de la condición en el art. 13; sobre ello *Fragoso,* Lições págs. 169 ss.; *da Costa jr.,* Comentários, Art. 13 anotación núm. 1114. Sobre toda la cuestión desde una perspectiva de Derecho comparado *Castaldo,* L'imputazione oggettiva, 1989.

[8] Una exposición de su historia dogmática se encuentra en *Knoche,* Entwicklung págs. 23 ss., 128 ss., 179 ss., 221 ss.

[9] Vid. *J. Glaser,* Abhandlungen pág. 298.

[10] Vid. *v. Buri,* Über Causalität pág. 1; *el mismo,* Die Causalität pág. 1.

[11] *Baumann/Weber,* Allg. Teil págs. 219 ss.; *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núm. 17 antes del § 13; *Kohlrausch/Lange,* nota preliminar núm. II B 1; *Lackner,* nota preliminar núm. 9 antes del § 13; *LK (9.ª)*

Las **objeciones** —bastante discutidas— que han sido formuladas en contra de la teoría de la condición están en parte superadas y, en parte también, pueden ser neutralizadas. Anteriormente, en los delitos cualificados por el resultado esta teoría pudo conducir a ciertas iniquidades puesto que, a menudo, acciones típicas de escasa relevancia arrastraban consigo graves consecuencias (RG 5, 29: ceguera causada a través de una simple bofetada; RG 54, 349: muerte de un hemofílico por medio de una pedrada). Con posterioridad a 1945, en casos de esta naturaleza donde concurre una extraordinaria concatenación de circunstancias, la jurisprudencia ha aplicado ocasionalmente la teoría de la adecuación (vid. *infra* § 28 III 2) (LG Heidelberg SJZ 1948, pág. 207 con comentario de *Engisch*) aunque el BGH ha retrocedido a la teoría de la condición del RG (BGH 1, 132: muerte causada por la imprudencia del conductor de un vehículo a una persona que auxiliaba a un individuo ebrio tirado en la calle). Sin embargo, este problema ha perdido su significado con la introducción del § 18 (§ 56 en su redacción anterior). La idea de que en algunos supuestos la teoría de la condición resulta, en parte, ser unas veces más amplia y otras más estrecha [12], no es acertada en una interpretación adecuada al sentido de los tipos. Quien vierte el contenido de una artesa en la corriente de agua que procede de la ruptura de un dique, ciertamente incrementa de modo puramente teórico la masa de agua pero no ocasiona una "inundación" (§ 312) [13]. Para la obtención de este resultado no se requiere la intervención correctiva de la imputación objetiva sino que aquél ya se deriva de una interpretación del tipo adecuada a su sentido. El ejemplo para la concepción, supuestamente demasiado estrecha, de la teoría de la condición es asimismo desacertado, a saber: quien impide al socorrista sacar del agua a alguien que se ahoga hace fracasar la evitación del resultado. En estos casos, así como en los delitos de omisión impropia, puede ser aplicada la teoría de la condición en el marco del examen de la causalidad hipotética.

3. La problemática de la teoría de la condición no reside en estas cuestiones sino en la **prueba de la relación de causalidad** mediante la fórmula de la "conditio sine qua non". En la misma es aplicado un procedimiento hipotético eliminatorio en virtud del cual la acción, cuya causalidad para el resultado debe ser examinada, es suprimida mentalmente con la finalidad de comprobar si el resultado permanece o desaparece. En la jurisprudencia son muchos los casos dudosos que se han resuelto de conformidad con esta fórmula [14].

Ejemplos: La relación de causalidad es afirmada en los supuestos en los que la víctima posee una constitución psíquica o corporal anómala (RG 5, 29 [31]; 27, 93), en los que existe una cooperación culpable del ofendido (RG 6, 249 [250]; 22, 173 [175]; BGH 7, 112 [114]), cuando se produce el atragantamiento mortal de la víctima del accidente en el hospital (OLG Stuttgart JR 1982, pág. 419), en la coincidencia de

---

(Heimann-Trosien) Introducción núms. 91 ss.; *v. Liszt/Schmidt,* pág. 162; *Preisendanz,* nota preliminar B IV 2; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 218; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 18 núms. 17 ss.; *Schlüchter,* JuS 1976, pág. 313; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 73 antes del § 13; *Welzel,* Lehrbuch pág. 46. Mostrándose crítica *Puppe,* ZStW 92 (1980) págs. 863 ss.; ZStW 99 (1987) págs. 595 ss.; SchwZStr 107 (1990) págs. 141 ss.

[12] Al respecto vid. *E. A. Wolf,* Kausalität págs. 15 ss.

[13] El ejemplo es de *Traeger,* Der Kausalbegriff pág. 41.

[14] También en la literatura es aplicada con frecuencia la fórmula de la conditio sine qua non, vid. *Mezger,* Lehrbuch pág. 114; *H. Mayer,* Lehrbuch pág. 133; *Lackner,* nota preliminar núms. 9 ss. antes del § 13 (las objeciones las formula en la anotación preliminar núm. 10); *Kohlrausch/Lange,* nota preliminar II B 1; *LK (9.ª) (Heimann-Trosien)* Introducción núm. 91; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 218 (igualmente con limitaciones manifestadas en el núm. 219). Según *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núm. 16 antes del § 13, "la fórmula es, ciertamente, susceptible de reparos pero también utilizable". Favorable también a su uso restringido *Salm,* Das vollendete Verbrechen págs. 93 ss. *Nowakowski,* JBl 1972, pág. 26 subraya el "valor heurístico" de la fórmula eliminatoria. Con un planteamiento crítico sobre todo ello *Engisch,* Weltbild págs. 132 ss.; *Armin Kaufmann,* JZ 1971, pág. 374; *Schünemann,* JA 1975, pág. 580; *Frisch,* Tatbestandsmäßiges Verhalten págs. 521 ss.

las acciones de varias personas que actúan de modo independiente entre sí (RG 56, 343 [348]; OGH 2, 352 [355]) y en el supuesto de error sobre el curso causal (RG 67, 258; OGH 2, 284 [286]; BGH 10, 291 [294]). Tampoco la interposición de la actuación imprudente (e incluso dolosa) de un tercero produce una **"interrupción del curso causal"** [15]. Su ausencia es evidente para los casos en los que se posibilita a través del autor la acción *imprudente* de un tercero (RG 34, 91 [92 ss.]: supuesto en el que se dispara "bromeando" un revólver cargado y sin seguro que se encontraba en el interior del bolsillo de un abrigo entregado en el guardarropa de un teatro; BGH 4, 360 [362]: accidente de tráfico causado por una patrulla que detenía a un camión que circulaba sin luces), aunque también se mantiene en supuestos de interposición *dolosa* de un tercero (RG 61, 318 [320]: alquiler de una vivienda en peligro de incendio que posteriormente es quemada de forma dolosa; RG 63, 382 [386]: celebración dolosa de unos comicios en los que también se desarrollan irregularidades intencionadas; RG 64, 316 [318]: deliberadamente se deja sola a una embarazada que va a dar a luz a un hijo extramatrimonial y al que posteriormente mata; RG 64, 370 [372]: abandono negligente del veneno ante quien está ya decido a morir; RG 77, 17 [18]: lesión corporal mediante la entrega de sustancias estupefacientes a una persona adicta; BGH *Dallinger*, MDR 1956, pág. 526: disparo de gracia que mata a un moribundo). También en el caso de que un tercero, con la finalidad de acelerar el proceso mortal, se aprovecha del desamparo de una víctima inconsciente que ha sido objeto de una acción homicida, no impide esta última siga siendo causal para el resultado de muerte (en un sentido diverso BGH NJW 1966, pág. 1823). Igualmente, tampoco opera una interrupción de la relación de causalidad el comportamiento equivocado que desarrolla el ofendido con posterioridad al delito (tratamiento médico negligente) [16]. La relación condicional sólo desaparece si un acontecimiento posterior elimina completamente la continuación del anterior y produce por sí mismo el resultado (RG 69, 44 [47 ss.]: no hay estafa procesal cuando el resultado del procedimiento no depende de la declaración del testigo).

En todos estos casos, lo dudoso no es la relación de causalidad entre el comportamiento del primer autor y el resultado finalmente acontecido, sino únicamente la imputación de este último al primero.

4. La fórmula utilizada por la jurisprudencia, que compara el suceso real con un curso causal hipotético, evidencia sin embargo un **doble error** [17]. *De una parte*, no comprende de un modo inmediato a la relación de causalidad sino que la concibe como un presupuesto lógico, pues sólo cuando ya se sabe que existe una relación causal entre la acción y el resultado puede decirse que sin dicha causa el resultado no habría acaecido. Por el contrario, si es desconocido el modo en el que la causa desencadena el efecto, la "supresión mental" tampoco instruye nada acerca de si

---

[15] La "*prohibición de regreso*" fundada por *Frank*, § 1 nota preliminar III 2a (pág. 14), y defendida por *H. Mayer*, Lehrbuch págs. 138 ss.; *Naucke* ZStW 76 (1964) págs. 408 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 7/59; *Otto*, Maurach-Festschrift págs. 98 ss., en relación con todas las condiciones previas a un ocasionamiento doloso del resultado, es rechazada por ser incompatible con la esencia de la teoría de la equivalencia; vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 222 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 18 núm. 62; *Roxin*, Tröndle-Festschrift pág. 177; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núms. 77 ss. antes del § 13; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 49 antes del § 1; *Schlüchter*, JuS 1976, pág. 378; *Wessels*, Allg. Teil núm. 166.

[16] *Burgstaller*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 357 ss. (con ejemplos procedentes de la jurisprudencia austríaca).

[17] *Engisch*, Kausalität págs. 14 ss.; *el mismo*, Weltbild págs. 130 ss.; *el mismo*, v. Weber-Festschrift pág. 261. Coincidiendo en ello *Honoré*, ZStW 69 (1957) págs. 466 ss.; *Arthur Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift págs. 207 ss.; *Armin Kaufmann*, JZ 1971, pág. 574; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 18 núm. 20; *Roxin*, Allg. Teil I § 11 núm. 11; *Jakobs*, Allg. Teil 7/9 ss.; *Maiwald*, Kausalität pág. 5; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 226 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 74 antes del § 13; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 40 antes del § 1; *Wessels*, Allg. Teil núms. 156 ss.

aquélla ha tenido o no influencia sobre el resultado (vid., por ejemplo, la discutida cuestión de la causalidad del medicamento de la talidomida para los daños corporales en la fase embrionaria [LG Aachen JZ 1971, págs. 510 ss.]). A lo sumo, la fórmula puede ser aplicada para el control en el hallazgo de ulteriores resultados. *De otra*, la comparación del suceso real con otro curso causal imaginario, conduce a resultados erróneos cuando, en caso de ausencia de acción, otra causa haya producido el mismo resultado tiempo después *(causalidad por adelantamiento)* o, incluso, de igual manera y simultáneamente *(causalidad hipotética)*, así como cuando el resultado tuvo lugar como producto de varias condiciones simultáneas e independientes unas de otras *(causalidad acumulativa)* (por ejemplo, el asesinato de César por veintitrés puñaladas). En estas hipótesis no puede dudarse de la causalidad y por ello la jurisprudencia la ha afirmado aquí también, a pesar de que en tales supuestos tendría que haber sido negada la conexión causal por aplicación del procedimiento hipotético eliminatorio.

Ejemplos: El incendio de la parte todavía intacta de un edificio que se encuentra en llamas determina la responsabilidad por daños a las cosas, aún cuando el fuego declarado hubiera destruido todo en poco tiempo (RG 22, 325). La cooperación en la confección de listas para la eliminación de enfermos mentales constituye complicidad en el homicidio, a pesar de que de no haber sido así otros las habrían elaborado en lugar de los médicos del establecimiento (BGH 1, 321[330]). La solicitud de internamiento de judíos en el campo de concentración es también causal para su muerte, aunque de todas formas las víctimas hubieran sido exterminadas (BGH 2, 20 [24]). El estafador causa la disposición patrimonial a pesar de que el estafado también le hubiera proporcionado el dinero sin el suministro de la información falsa (BGH 13, 13 [14]). En un accidente en cadena sigue existiendo la causalidad derivada de la infracción del deber de cuidado del primer conductor, aún cuando los daños habrían sido ocasionados del mismo modo por el conductor siguiente (BGH 30, 228 [231 ss.] [18]). Cuando varios intervinientes infieren a la víctima de un robo lesiones mortales, cada una de las acciones homicidas es causal para el resultado muerte (RG 19, 141[145]) [19]. Vid. también BGH 39, 195 (198).

También en estos casos, la Ciencia ha intentado rescatar a través de diversas vías la idea del procedimiento hipotético de eliminación. *Traeger* quiso centrarse en el dato de si con la ausencia del comportamiento correspondiente habría acaecido un resultado *jurídico* del mismo valor [20]. *Hartmann* dirigió la mirada a la configuración del *curso* causal concreto [21]. Sin embargo, también frente a estos planteamientos se formulan objeciones. Y es que si lo correcto en el examen de la causalidad es partir siempre de la forma en que se origina y configura el suceso real (OGH 1, 229 [232]; BGH 10, 369 [370]), entonces, en los casos en los que concurre una identidad completa entre el curso causal real y el representado, tan sólo se llega a la conclusión circular de que hay que considerar causal a la acción porque fue ella la que produjo el resultado. Por ello, *Spendel* ha recomendado una mejora de la fórmula usual de la causalidad dirigida a excluir la causalidad hipotética. De acuerdo con ello sólo se tienen en cuenta "las circunstancias realmente acaecidas" [22]. Pero también este planteamiento es insatisfactorio pues si quedan fuera de toda consideración los factores sustitutivos que, aunque existentes, no han sido realizados sólo a causa de la acción del autor, ya se

---

[18] En profundidad sobre la cuestión *Puppe*, JuS 1982, págs. 292 ss.

[19] En el supuesto de que no se compruebe cuál de las lesiones ha producido la muerte, sólo puede aplicarse para todos los intervinientes la pena por una tentativa siempre que no exista coautoría; vid. *Mezger*, Lehrbuch pág. 115.

[20] *Traeger*, Der Kausalbegriff págs. 46 ss. En contra, con acierto, *M. L. Müller*, Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs págs. 10 ss.

[21] *Hartmann*, Das Kausalproblem pág. 77. Sobre ello vid. la convincente crítica de *Puppe*, ZStW 99 (1987) págs. 596 ss.

[22] *Spendel*, Die Kausalitätsformel pág. 38.

ha renunciado en la práctica al pensamiento de la "conditio sine qua non" [23]. Además, la fórmula de *Spendel* falla en los supuestos de causalidad acumulativa porque aquí las condiciones sustitutivas se han realizado materialmente. De ahí que para estos casos *Tarnowski* haga la siguiente propuesta: De entre varias condiciones son causales para el resultado aquellas que sólo pueden ser suprimidas mentalmente de forma alternativa, no acumulativa, sin que el resultado desaparezca [24]. No obstante, la contestación a la cuestión de si las condiciones acumulativas pueden ser suprimidas mentalmente presupone de nuevo que su causalidad ha sido clarificada con anterioridad.

De ahí que lo correcto sea no preguntarse en absoluto si el resultado, según el estado de las cosas, también habría acaecido sin la acción cuya causalidad es objeto de examen, pues para que una acción adquiera la cualidad de condición sólo depende de si ésta ha producido realmente el resultado sobre la base de una ley causal determinada *conforme a nuestro conocimiento experimental.* Pero para ello resulta necesario investigar las *relaciones regulares* del caso concreto para, de este modo, preguntarse de acuerdo con la experiencia si la clase de acción desarrollada origina generalmente el tipo de consecuencias acontecidas en el supuesto que se analiza. De acuerdo con lo afirmado, la causalidad en el sentido de la teoría de la condición sólo depende de *si las modificaciones en el mundo exterior temporalmente consecutivas a una acción y conectadas con ella,* aparecen como consecuencias que *estuvieron vinculadas a la acción de modo necesario según las leyes de la naturaleza que nos son conocidas,* presentándose de este modo como resultado típico **(fórmula de la condición adecuada a las leyes naturales)** [25]. Nada puede aportar aquí la fórmula de la "conditio sine cua non" cuyo papel viene a ser en realidad cubierto por el juicio experto del especialista.

Desde luego que hay casos en los que, de acuerdo con el conocimiento científico, la relación regular entre la acción y el resultado resulta altamente probable pero no puede ser comprobada de un modo absoluto, aspecto este último que naturalmente no impide que otras causas puedan ser descartables como la acción en cuestión (así, LG Aachen JZ 1971, pág. 507 en el "caso Contergan": producción de malformaciones en recién nacidos producidas tras la ingestión de talidomida por parte de las madres durante el embarazo). Aquí debe bastar la aceptación de una relación de causalidad basada en una probabilidad rayana en la seguridad[25a]. Por el contrario, es dudosa la verificación de la relación de causalidad cuando no está probada una ley causal que aclare la relación entre la acción y el resultado, y que obliga a fundamentar dicha conexión

---

[23] *Arthur Kaufmann,* Eb. Schmidt-Festschrift pág. 209.

[24] *Tarnowski,* Die systematische Bedeutung pág. 47; igualmente, *Spendel,* Die Kausalitätsformel pág. 82 y *Welzel,* Lehrbuch pág. 45.

[25] Así, *Engisch,* Kausalität págs. 21, 25 ss. a quien le siguen *Arthur Kaufmann,* Eb. Schmidt-Festschrift pág. 210; *Noll,* GA 1970, pág. 180; *Hardwig,* GA 1956, págs. 12 ss.; *Jakobs,* Allg. Teil 7/12 notas a pie núms. 13 ss.; *Erb,* JuS 1994, pág. 452; *Kühl,* Allg. Teil § 4 núm. 27; *Puppe,* ZStW 92 (1980) pág. 874; *NK (Puppe)* nota preliminar núm. 83 ss. antes del § 13; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 75 antes del § 13; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 41 antes del § 1; *Schulz,* Lackner-Festschrift págs. 39 ss.; *Samson,* Hypothetische Kausalverläufe págs. 31 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núm. 159. Acerca de la cuestión de si también existen tales condiciones en la "causalidad psíquica" vid. *Engisch, u* Weber-Festschrift pág. 269 (en relación con la BGH 13, 13 [15]); *Roxin,* Allg. Teil I § 11 núms. 27 ss.; crítica al respecto *Puppe,* ZStW 95 (1983) págs. 297 ss. Según *Puppe,* JZ 1994, pág. 1151, también una ley causal *no indiscutida* en la ciencia empírica correspondiente, fundamenta una relación causal siempre y cuando represente "una proposición general bien confirmada y defendida por una parte representativa de dicha ciencia". Los criterios de la relación causal adecuada a las leyes naturales son analizados en concreto por *Stella,* Leggi scientifiche págs. 231 ss.

[25a] En contra, *Armin Kaufamann,* JZ 1971, pág. 575; *Maiwald,* Kausalität págs. 109 ss.

únicamente en que no existe otro motivo evidente que explique el acaecimiento del resultado típico (así BGH 37, 106 en el "caso del spray del cuero": aparición de edema pulmonar tras el uso de un producto de conservación del cuero; Tribunal Supremo español, NStZ 1994, pág. 37: fallecimientos por el consumo de aceite de colza contaminado). La comprobación de una condición causal adecuada a las leyes naturales a través de la exclusión de causas alternativas es discutida [26], pero no puede ser objetada cuando procede razonablemente la exclusión de otras causas.

5. La fórmula de la condición causal adecuada a las leyes naturales también conduce a resultados convincentes en los casos de **causalidad por adelantamiento**.

Ejemplo: X bebe dos tazas de café seguidas. En la primera A vertió una dosis mortal de veneno y en la segunda lo hizo B pero de modo independiente a la acción de A. No obstante, el veneno de B actúa más rápidamente que el primero y X fallece por los efectos del mismo. Aquí hay que negar el efecto causal de la dosis de veneno de A, porque B con sus dosis elimina dicho efecto y pone en marcha una nueva cadena causal que es la que ha producido el resultado *(causalidad interrumpida)*. De ahí que A es sólo responsable por el intento de muerte (vid. también OGH 2, 285).

La fórmula de la "conditio sine qua non" debe recurrir aquí al hecho de que, en realidad, X también —aunque algo más tarde— habría muerto como consecuencia del veneno de A, de modo que la dosis de veneno de B no puede ser suprimida mentalmente en el instante del fallecimiento de X. No pudiéndose comprobar si X bebió la taza de A o la de B, entonces ambos sólo pueden responder por el homicidio intentado (una solución similar se ofrece en el caso de la BGH NJW 1966, pág. 1823 (in dubio pro reo vid. *supra* § 16 II). Si A y B no han actuado de modo independiente sino que han cooperado como coautores, entonces ambos son castigados por la muerte consumada porque a cada uno de ellos se le debe imputar la actuación del otro como un hecho propio (vid. *infra* § 63 I 2).

III. Limitaciones de la imputación objetiva de acuerdo con la teoría tradicional

1. La teoría de la condición, puesto que se fundamenta en la regularidad empírica de la relación de causalidad, conduce teóricamente al infinito: bajo este punto de vista también los padres y los antecesores del asesino han causado la muerte de la víctima. Por ello se explican los intentos que, radicados en formulaciones de validez general, se dirigen a seleccionar de entre la totalidad de las condiciones que según ese concepto son causales para el resultado, aquellas **causas jurídicamente significativas**. De acuerdo con esto, la función del concepto causal es sólo señalar para la valoración jurídica la *totalidad* de los hechos que *generalmente* se tienen en cuenta, mientras que la responsabilidad penal se determina sólo dentro de este marco que resulta ser lo más amplio posible. La jurisprudencia (RG 61, 320; BGH 4, 182; 12, 75 [78]; OLG Stuttgart NJW 1959, pág. 2320) y un sector de la doctrina [27] llevan a cabo las restricciones necesarias en el **examen del dolo y la imprudencia**.

---

[26] De acuerdo *Otto*, Grundkurs págs. 58 ss.; *Kuhlen*, Produkthaftung págs. 63 ss.; *Erb*, JuS 1994, pág. 453; *Hilgendorf*, Strafrechtliche Produzentenhaftung págs. 121, 124. Disienten *Puppe*, JR 1992, págs. 30 ss.; *NK (Puppe)* nota preliminar núm. 120 antes del § 13; *Hassemer*, Produktverantwortung págs. 33 ss.; *Samson*, StV 1991, pág. 183.

[27] Vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 222; *LK (11.ª) (Heimann-Trosien)* Introducción núm. 94; *Schlüchter*, JuS 1976, págs. 314 y 519; *Welzel*, Lehrbuch pág. 45.

Ejemplos: El ofendido al ser hemofílico muere a consecuencia de una herida en la cabeza de poca importancia causada por descuido mediante una pedrada (RG 54, 349). Un curandero provoca una enfermedad mental a una paciente a través de una ruda declaración en la que le comunicó su sospecha de que padecía cáncer (RG 66, 181 [184]). El autor lesiona de modo imprudente a otro mediante la explosión anticipada de artefactos pirotécnicos, muriendo posteriormente como consecuencia de la anestesia en una operación de transplante de piel (RG 29, 218 [222]). Un trabajador muere como consecuencia del derrumbamiento del muro de la fachada en reforma ocurrido en un lugar donde, según las disposiciones preventivas de accidentes laborales, no debía encontrarse la víctima (RG 56, 343 [350]). La responsabilidad penal por el *(involuntario)* resultado de muerte también puede ser considerada como una cuestión de la previsibilidad objetiva del resultado y del curso causal y, bajo este punto de vista, ser negada su existencia (vid. *infra* § 55 II 3). En una muerte pasional en la que durante su comisión el autor padecía una alteración de la consciencia que excluía su capacidad de culpabilidad (§ 20), el dolo fue enjuiciado de acuerdo con los principios relativos a la desviación entre el curso causal acontecido y el imaginado (BGH 7, 325 [329]).

La vía del dolo o la imprudencia como modo de restringir la responsabilidad es viable como último recurso. Pero, en realidad, se trata de un problema propio de la imputación *objetiva* [28] (vid. *infra* § 28 IV).

2. También la **teoría de la adecuación** sirve para delimitar la responsabilidad penalmente relevante en el marco de la causalidad. Para que la acción pueda ser considerada causal, esta tesis exige que el acaecimiento del resultado producido por el autor en el desarrollo de su acción debe poder ser considerado, hasta cierto punto, como *probable*. La condición debe ser adecuada al resultado y adecuadas son sólo aquellas condiciones que *típicamente* son idóneas para producir aquél [29]. Originariamente la teoría de la adecuación fue entendida como una verdadera teoría de la causalidad y no como una teoría de la imputación objetiva en el marco de la relación de causalidad delimitada conforme a la teoría de la condición. Pero esto descansa sobre un concepto equivocado de causalidad. El fundamento material de la teoría de la adecuación reside en que sólo la aceptación de un *riesgo* jurídicamente desvalorado puede corresponderse con el sentido de la norma de prohibición, por lo que sólo son imputables aquellos resultados en los que dicho riesgo se ha *realizado*.

El fundador de la teoría de la adecuación no fue un jurista, sino un médico fisiólogo de Friburgo llamado *Johannes v. Kries* (1853-1928) [30]. No obstante, este autor hizo que su teoría también fuera útil para el Derecho penal sobre todo para corregir las iniquidades que podían surgir en la aplicación de la teoría de la condición a los delitos cualificados por el resultado. De acuerdo con este autor, la justificación de la agravación punitiva en los delitos cualificados por el resultado sólo reside en que el delito básico origina el peligro de que se materialice la consecuencia más grave, de modo que sólo puede ser tenido en cuenta para la exasperación de la pena un comportamiento del autor que promueva de forma típica el ocasionamiento del resultado. Ciertamente, la teoría de la adecuación ha encontrado respaldo en la literatura jurídico-penal [31],

---

[28] Ocasionalmente, la jurisprudencia también habla de causalidad "en sentido jurídico-penal", para delimitarla de la cuestión de la imputación de la causalidad "en un sentido mecánico y científico-natural" (BGH 11, 1 [7]; 33, 61 [63 ss.]).

[29] Con más detenimiento *Engisch*, Kausalität págs. 41 ss.; *Walder*, SchwZStr 93 (1977) págs. 144 ss.

[30] Vid. *v. Kries*, Prinzipien págs. 75 ss.; *el mismo*, ZStW 9 (1889) pág. 528.

[31] Vid. *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 64 ss.; *Frank*, § 1 anotación III 1 d; *v. Hippel*, Tomo II págs. 144 ss.; *Traeger*, Der Kausalbegriff págs. 159ff.; *Engisch*, Kausalität págs. 41 ss.; *Radbruch*, Adäquate Verursachung págs. 64 ss. (limitada a los delitos cualificados por el resultado); *Maurach/ Zipf*, Allg. Teil I § 18 núm. 30; *Walder*, SchwZStr 93 (1977) págs. 144 ss.; *Schlüchter*, JuS 1976, págs. 313 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 223.

pero nunca ha sido asumida por las Salas de lo Penal del RG o del BGH porque en la rama punitiva el dolo y la imprudencia parecían ofrecer correctivos suficientes para el marco demasiado extenso de la responsabilidad penal. Por el contrario, las Salas de lo Civil de tales Tribunales han aplicado a menudo la teoría de la adecuación (RGZ 42, 291; 50, 219; 69, 57; desde la 78, 270 en jurisprudencia constante; BGHZ 3, 261; 7, 198) porque en Derecho civil hay responsabilidad sin culpabilidad (responsabilidad por el peligro), y porque también en la responsabilidad basada en la culpabilidad ésta debe referirse sólo al factor desencadenante del daño, pues una vez que concurre la culpa se responde generalmente por todas las consecuencias, incluidas también aquellas a las que dicho elemento subjetivo no se extiende. Pero la teoría de la adecuación, como principio delimitador de la responsabilidad, apenas ha jugado un verdadero papel en la praxis, lo que permite reconocer que la jurisprudencia casi siempre ha afirmado la relación de causalidad adecuada. De ahí que actualmente el Derecho civil solucione mayoritariamente la cuestión relativa a los límites de la responsabilidad a través de la consideración del sentido y alcance de la norma que la fundamenta (BGHZ 27, 137) y no a través de inexactos juicios de probabilidad [32]. Con otras palabras, depende del fin de protección de la norma infringida; esta idea también constituye en Derecho penal un criterio para la imputación objetiva en el marco de los delitos imprudentes (vid. *infra* § 55 II 2b bb).

La "adecuación" del comportamiento del autor al resultado producido es entendida de acuerdo con el criterio de la probabilidad como presupuesto para que dicho resultado pueda ser objetivamente imputado al autor [33]. Para no restringir demasiado el marco de la imputación se ha dado a la fórmula de la adecuación una redacción negativa: "no puede ser sencillamente improbable que la acción se dirija hacia el resultado" [34]. El juicio de probabilidad se refiere a la relación entre la acción y el resultado típico; es suficiente con esa configuración negativa para segregar cursos causales completamente improbables por ser su existencia relativamente rara [35]. También se toman por base las circunstancias que eran conocidas o reconocibles en el momento y lugar del hecho (ex ante). Y es que en relación con la imputación objetiva al preguntarse cuál es el comportamiento *objetivamente* correcto para evitar el resultado, el conocimiento y la posibilidad del mismo que posea el autor no pueden ser por sí solos concluyentes. Más bien debe pensarse en completar el *conocimiento causal del autor* con las circunstancias con las que habría contado en sus reflexiones una "*persona razonable*" (el denominado **pronóstico objetivo posterior**) (BGHZ 3, 261 [266 ss.]) [36]. Se habla además de pronóstico "posterior" porque es el juez quien se sitúa con su pensamiento en el instante de la acción. Prescindiendo del resultado, tampoco la forma y modo del *curso* causal puede haber sido completamente improbable, porque la imputación objetiva sólo está justificada cuando en el resultado se ha realizado el peligro específico tal y como estaba contenido en la acción.

---

[32] Vid. *Caemmerer*, Kausalzusammenhang págs. 11 ss.; *Stoll*, Kausalzusammenhang und Normzweck págs. 5 ss.; *el mismo*, Neuere Entwicklungen págs. 79 ss. Partidario de la aplicación de ambos métodos de restricción *Teichmann*, en: *Jauernig/Schlechtriem/Stürner*, nota preliminar V 4c antes del § 249 BGB.

[33] Vid. *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 65; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 163; *Honig*, Frank-Festgabe, Tomo I pág. 182; *Engisch*, Weltbild pág. 137. Vid., además, BGHZ 3, 261 (265 ss.); 18, 286 (288); BGH NJW 1981, 983.

[34] Así, *Engisch*, Kausalität pág. 46; RGZ 152, pág. 401; Vid., además, *Traeger*, Kausalbegriff pág. 159.

[35] Por ello la teoría de la adecuación es considerada demasiado amplia como para limitar la imputación a riesgos de importancia; vid. *Frisch*, Das Fahrlässigkeitsdelikt págs. 94 ss.; *Wolter*, GA 1977, pág. 273. Por el contrario, no se entiende que no deba existir una adecuación de un curso causal determinado a una consecuencia, tal y como *Jakobs*, Allg. Teil 7/32 sostiene.

[36] Al respecto, *Mir Puig*, Jescheck-Festschrift Tomo I pág. 345. Crítico con la mezcla del aspecto objetivo y subjetivo del hecho *Jakobs*, Allg. Teil 7/32.

3. El punto de partida de la **teoría de la relevancia** [37] es también la distinción entre la causalidad en el sentido de la teoría de la condición y la cuestión de la responsabilidad penal del autor por el resultado. Para esta teoría, de la equivalencia de todas las condiciones del resultado no se sigue su mismo peso jurídico para la cuestión de la imputación. Pero, a diferencia de la teoría de la adecuación, quiere comprobar a qué condiciones del resultado está limitada la responsabilidad penal en el caso concreto de acuerdo, no con un juicio de probabilidad, sino con el sentido del tipo cuya aplicación se cuestiona. Por ello no dispone de criterios generales para la restricción de la conexión causal. La justificada pretensión de esta teoría ha cedido el paso en los últimos tiempos a criterios precisos para la imputación objetiva del resultado causado por el autor.

IV. La nueva teoría de la imputación objetiva

Los puntos de vista desarrollados por las teorías de la adecuación y de la relevancia para la restricción de la responsabilidad penal, son asumidos por la Dogmática más reciente y han sido enlazados con argumentos adicionales que caminan hacia una teoría de la imputación objetiva que proporciona una visión de los grupos de casos a considerar y de los criterios conforme a los cuales se solucionan [38]. La base de la teoría de la imputación objetiva, al igual que la de la adecuación, es el entendimiento derivado de la propia esencia de la norma penal de que un resultado causado por una acción humana (en el sentido de la teoría de la condición) sólo puede serle imputable cuando dicha **acción ha creado una puesta en peligro jurídicamente prohibida del objeto material protegido y el riesgo se ha realizado en el resultado típico** [39]. Para la resolución de los distintos grupos de casos entran en juego, respectivamente, puntos de vista adicionales que, no obstante, se derivan en su totalidad de la misma idea básica.

---

[37] Así, *Mezger,* Lehrbuch págs. 122 ss.; *Gerland,* Lehrbuch pág. 116; *Blei,* Allg. Teil págs. 104 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núm. 173; BGH 11, 1 (7).

[38] Vid. *Otto,* Maurach-Festschrift págs. 91 ss.; *Roxin,* Honig-Festschrift págs. 133 ss.; *el mismo,* Allg. Teil I § 11 núms. 36 ss.; *Jakobs,* Allg. Teil 7/35 ss.; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 18 núms. 42 ss.; *Frisch,* Tatbestandsmäßiges Verhalten págs. 69 ss.; *Schaffstein,* Honig-Festschrift págs. 169 ss.; *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 228 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núms. 91 ss. antes del § 13; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núms. 57 ss. antes del § 1; *Ulsenheimer,* JZ 1969, págs. 364 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núms. 176 ss.; *Wolter,* Zurechnung págs. 330 ss.; *Schünemann,* JA 1975, pág. 721.

[39] Coincidiendo con la opinión expuesta, *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 57 antes del § 11; *Kühl,* Allg. Teil § 4 núm. 43; *Roxin,* Honig-Festschrift págs. 135 ss.; *el mismo,* Allg. Teil I § 11 núm. 41; *Jakobs,* Allg. Teil 7/35 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 92 antes del § 13; *Eser/Burkhardt,* Strafrecht I Nr. 4 A núm. 61; *Kienapfel,* Zeitschrift für Verkehrsrecht 1977, pág. 7. Algo diversa es la formulación de *Kahrs,* Vermeidbarkeitsprinzip pág. 267; *Wessels,* Allg. Teil núm. 182. *Puppe,* GA 1994, págs. 316 ss. exige acertadamente que tiene que ser aclarado de qué hechos debe depender el juicio sobre el riesgo para fundamentar la imputación objetiva. Vid. también *Hart/Honoré,* Causation págs. 363 ss. *Frisch,* Tatbestandsmäßiges Verhalten págs. 66 ss. limita el enjuiciamiento del riesgo jurídicamente prohibido al comportamiento típico y considera la imputación del resultado como una simple cuestión de la causación del resultado a través de la acción jurídicamente prohibida. Sin embargo, el riesgo de la acción y la imputación del resultado deben estar relacionados recíprocamente. *Struensee,* GA 1987, págs. 97 ss. quiere resolver los casos en los que el resultado no es imputable recurriendo a las reglas del error. En contra, con razón, *Roxin,* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 247 ss.

1. La imputación objetiva hay que negarla en los supuestos de **ausencia de un peligro jurídicamente relevante**[40]. Aquí se trata de no imputar riesgos normales de la vida como en los conocidos casos académicos en el que el empleador manda a su peón al bosque en plena tormenta para ser electrocutado por un rayo, el sobrino que convence a su tío —de quien espera heredar— para que realice numerosos viajes aéreos en vuelos "charter" baratos para que fallezca en un accidente, así como la comunicación de la muerte de un pariente cercano que produce a la víctima el fallecimiento por paro cardíaco. Sin embargo, en el tercer caso se acepta un riesgo jurídicamente relevante y desaprobado si el autor se inventa la noticia de la muerte y tiene lugar el efecto mortal sobre una víctima que padecía dolencias cardíacas. En este supuesto también habría que afirmar el dolo mientras que en los anteriores no existe una acción homicida dolosa por estar ausente el dominio sobre el curso causal.

2. Bajo el punto de vista de la **disminución del riesgo** tampoco es imputable el resultado causado por el autor para evitar otro inminente de mayor gravedad[41]. Así sucede, por ejemplo, con quien desvía hacia el hombro el golpe mortal que va dirigido a la cabeza de la víctima. El motivo para ello reside en que la disminución del daño no puede ser una puesta en peligro del objeto material jurídicamente prohibida. Esto no rige, sin embargo, cuando a través de la acción de rescate se crea un nuevo peligro con autonomía propia (vgr., el lanzamiento de un niño a la lona de salvamento de los bomberos a consecuencia del cual sufre lesiones). No obstante, el hecho queda justificado a través del auxilio necesario.

3. La imputación objetiva falta, además, cuando el **resultado se encuentra fuera del ámbito de protección de la norma** que el autor ha infringido con su acción, porque en este caso no se ha realizado en el resultado un riesgo creado por el autor y jurídicamente desaprobado, sino otro que resulta ser diverso[42]. Así ocurre con la persona que, habiendo sido herida como consecuencia de un intento de asesinato, no puede moverse del lugar del hecho y es carbonizada por la caída de un rayo, fallece a causa de un accidente en su traslado al hospital (BGH 1, 332 [334]) o muere como consecuencia de un error médico (OLG Celle NJW 1958, pág. 271). Lo mismo sucede en el accidente ocasionado durante un adelantamiento indebido a causa de un defecto material oculto (BGH 12, 75 [79]). Distinto es el caso en el que acaece la muerte en el hospital por una infección que es consecuencia del debilitamiento del estado de salud del paciente causado por el accidente (OLG Köln VRS 20, 278; vid. también OLG Stuttgart NJW 1982, pág. 295).

4. También decae la imputación objetiva en las hipótesis de *favorecimiento de la autolesión ajena* que tiene lugar a través de una **actuación plenamente responsable del ofendido**, debido a que en este caso el resultado es imputable a la esfera de riesgo de la víctima (BGH 24, 342: cooperación imprudente a un

---

[40] Igualmente, *Otto*, Maurach-Festschrift págs. 99 ss.; *Roxin*, Honig-Festschrift págs. 136 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 93 antes del § 13; *Jakobs*, Allg. Teil 7/35 ss.; *Roxin*, Klug-Festschrift Tomo II pág. 310; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten págs. 388 ss.; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 62 antes del § 1; *Wessels*, Allg. Teil núm. 194.

[41] Vid. *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 63; *Roxin*, Honig-Festschrift pág. 136; *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe págs. 96 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 94 antes del § 13; *Puppe*, ZStW 95 (1983) pág. 292; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 58 antes del § 1; *Wessels*, Allg. Teil núms. 190 ss.; *E. A. Wolff*, Kausalität págs. 17 y 23.

[42] De acuerdo con ello *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt págs. 99 ss.; *Hardwig*, JZ 1968, pág. 291; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 18 núms. 46 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 7/79, 81; *Krümpelmann*, Bockelmann-Festschrift págs. 453 ss.; *Roxin*, Gallas-Festschrift pág. 242; *Otto*, JuS 1974, págs. 704 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núms. 95 ss. antes del § 13; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 64 antes del § 1; *Wolter*, Objektive Zurechnung págs. 341 ss. Desde luego que si el comportamiento del primer sujeto dañoso continúa influyendo sobre el daño posterior (por ejemplo, el conductor de la ambulancia conduce demasiado deprisa para salvar al lesionado), también este último daño es objetivamente imputable al primer interviniente vid. *Puppe*, ZStW 99 (1987) págs. 610 ss. Crítico en relación con la teoría del ámbito de protección de la norma *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten págs. 80 ss.

suicidio; BGH 32, 262: participación en el consumo conjunto de heroína a consecuencia del cual fallece la otra persona; BGH NStZ 1985 pág. 25: accidente mortal del interviniente en un consumo compartido de sustancias estupefacientes; un supuesto distinto lo constituyen las BGH 32, 367 y BGH NStZ 1984, pág. 452 en las que existía una posición de garante del autor en relación con el cuerpo o la vida de quien se autolesiona, así como en las BGH NStZ 1986, pág. 266 y OLG Stuttgart NStZ 1985, pág. 25 en las que concurría un conocimiento detenido de los hechos por parte del autor) [43]. Lo mismo sucede cuando la víctima de una lesión corporal origina por su culpa su propia muerte cuando, por ejemplo, rechaza una operación que presumiblemente le salvaría la vida. Por el contrario, hay que afirmar la imputación objetiva en una autolesión inferida a través de *acciones de salvamento peligrosas* que el autor ha desencadenado mediante la comisión de su delito, sin tener en cuenta la existencia de un deber de rescate o si la puesta en peligro del auxiliador pertenece a la esfera de riesgo del autor (BGH JZ 1994, pág. 687 con comentario de *Sowada* pág. 663). Si con la imprudencia el autor pone en peligro a otras personas, le es imputable la muerte o los daños a la salud causados si con ello ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, aún cuando los ofendidos se expusieran al peligro en el cumplimiento de su deber y teniendo conocimiento de aquél [44] (BGH 17, 359: contagio imprudente de la viruela al personal de la clínica).

5. Asimismo, en los delitos imprudentes tampoco es imputable el resultado producido por el comportamiento contrario a deber que, con una probabilidad cercana a la seguridad, también habría acaecido en el supuesto de haberse desarrollado una conducta adecuada al deber **(caso del comportamiento alternativo adecuado a Derecho)** (BGH 11, 1 [7]; 24, 31 [34]; 33, 61 [63]) [45]. Aquí sólo se discute la cuestión de cómo solucionar el supuesto en el que la infracción del deber de cuidado trajo consigo un incremento del riesgo para el objeto protegido que es considerablemente superior a lo normal *(problema del incremento del riesgo)* (vid. más detalladamente *infra* § 55 II 2baa). Continúa existiendo la imputación objetiva del resultado si, de no haber sido causado éste por el autor, habría acaecido por otra causa con la misma intensidad y al mismo tiempo **(cursos causales hipotéticos)** (BGH 1, 330; 2, 24; 13, 13; 30, 228 con comentario de *Puppe*, JuS 1982, pág. 660; LG München VRS 62, 40) [46]. Esto rige también cuando la causa hipoté-

---

[43] Crítico al respecto, *Geilen*, *JZ* 1974, págs. 145 ss. Entretanto, se ha impuesto la impunidad de la colaboración al suicidio de otro o a una autopuesta en peligro ajena que se desarrollan libremente y bajo la propia responsabilidad, siempre que dicha colaboración se lleva a cabo por un autor que carece de la posición de garante y sin un conocimiento reflexivo de la siutación; vid. *Roxin*, NStZ 1984, pág. 411; *el mismo*, NStZ 1985, pág. 319; *Schünemann*, JA 1975, pág. 721; *Otto*, Jura 1984, pág. 536; *el mismo*, Tröndle-Festschrift págs. 157 ss.; *Kienapfel*, JZ 1984, pág. 533; *Stree*, JuS 1985, pág. 179; *Herzberg*, JA 1985, págs. 135 ss.; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núms. 79 ss. antes del § 1; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núms. 101 ss. antes del § 13; *Wessels*, Allg. Teil núm. 187; *Schumann*, Selbstverantwortung pág. 6. Sin embargo, se muestran críticos con la responsabilidad derivada de la posición de garante *Eser*, Medizinrecht 1985, págs. 11 ss.; *Roxin*, NStZ 1985, pág. 319; *Stree*, JuS 1985, pág. 183; *Fünfsinn*, StV 1985, pág. 59. En el sentido del BGH *Herzberg*, JA 1985, págs. 184 ss. No obstante, en los supuestos relacionados con las drogas la no imputación del resultado en la autopuesta en peligro de la víctima llevada a cabo de forma consciente y plenamente responsable, tiene que limitarse mediante la idea de que el bien jurídico protegido en los delitos relativos al tráfico de estupefacientes no es sólo la vida y el cuerpo del sujeto en particular, sino que el protagonismo lo posee la salud pública (BGH 37, 179 [182]).

[44] *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 81 antes del § 1. Disienten de ello *Roxin*, Gallas-Festschrift págs. 246 ss.; *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt págs. 112 ss.

[45] *Roxin*, Allg. Teil I § 11 núms. 72 ss.; *Erb*, Rechtmäßiges Alternativverhalten págs. 295 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 99 antes del § 13; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten págs. 529 ss.

[46] *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 97 antes del § 13; *Jakobs*, Allg. Teil 7/92 ss.; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núms. 59 ss. antes del § 1; *Roxin*, Allg. Teil I § 11 núms. 48 ss.; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten págs. 562 ss. Disienten parcialmente *Kahrs*, Vermeidbarkeitsprinzip págs. 78 ss.; *Arthur Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift págs. 200 ss.; *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe págs. 86 ss., 142 ss.

tica sustitutiva de la real viene constituida por un fenómeno natural (el autor derriba un avión mediante la colocación de una bomba aunque aquél se habría precipitado al mismo tiempo a causa de los daños en el motor). Tampoco es admisible una excepción en el supuesto de que por su parte el autor hipotético hubiera desarrollado una conducta permitida (el caso académico del padre que empuja al verdugo y consigue por sí mismo que la guillotina caiga sobre el asesino de sus hijos).

6. Hay que afirmar la imputación objetiva incluso cuando el ofendido sufre los daños sólo como consecuencia de su **constitución anormal**, puesto que el ámbito de protección de la norma también abarca *puestas en peligro tan atípicas y el riesgo jurídicamente desaprobado se ha plasmado en el resultado* (RG 54, 349, BGH 14, 52: casos de hemofílicos; BGH LM § 222 núm. 1: muerte por anquilosis de la columna vertebral del ciclista accidentado; OLG Stuttgart NJW 1956, págs. 1451 ss.: muerte de una persona accidentada a causa de su elevada predisposición a la trombosis). *El problema en estos casos reside en la cuestión relativa a la previsibilidad de la muerte.*

7. Finalmente, la imputación del resultado más grave en los **delitos cualificados por el resultado** *sólo es afirmable cuando éste está vinculado de tal modo con la figura básica que el riesgo específico de ésta* se ha materializado en el resultado. Además, tal y como ha señalado la jurisprudencia más reciente, ello no depende de la inmediatez temporal de la relación. Lo decisivo es, más bien, que el *riesgo típicamente vinculado* con la acción del hecho se ha realizado en el resultado (vid. *supra* § 26 II 1 a).

V. Las teorías individualizadoras de la causalidad

En la actualidad estas teorías han dejado de poseer significado alguno (al respecto vid. la 2.ª ed. de esta obra pág. 215).

§ 29 Dolo y error de tipo

Ambrosius, Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung, 1966; *Arzt,* Bedingter Entschluß und Vorbereitungshandlung, JZ 1969, pág. 54; *Bähr,* Strafbarkeit ohne Verschulden (Strict Liability) im Strafrecht der USA, 1974; *Behrendt,* Vorsatzgrenze usw., en: *Schwarze/Graf Vitzthum* (Edrs.), Grundrechtsschutz im nationalen und internationalen Recht, 1983, pág. 1; *Bockelmann,* Anmerkung zu BGH 9, 142, JZ 1956, pág. 698; *el mismo,* Über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie, Gedächtnisschrift für G. Radbruch, 1968, pág. 252; *Brammsen,* Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes usw., JZ 1989, pág. 71; *Buchata,* Der Dolus eventualis in der polnischen Strafrechtslehre und Rechtsprechung, Festschrift für H.-H Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 377; *Cramer,* Anmerkung zu BayObLG, JZ 1968, pág. 29; *Engelmann,* Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung, 1895; *Engisch,* Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *el mismo,* Der finale Handlungsbegriff, Festschrift für E. Kohlrausch, 1944, pág. 141; *el mismo,* Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands-und Unrechtselementen, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 165; *Fletcher,* Rethinking Criminal Law, 1978; *de Francesco,* Dolo eventuale e colpa cosciente, Riv it dir proc pen 1988, pág. 113; *Frisch,* Die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat, GA 1972, pág. 321; *el mismo,* Vorsatz und Risiko, 1983; *el mismo,* Vorsatz und Mitbewußtsein usw., Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 311; *el mismo,* Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs usw., Gedächtnisschrift für K. Meyer, 1990, pág. 533; *el mismo,* Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat? JuS, 1990, pág. 362; *el mismo,* Offene Fragen des dolus eventualis, NStZ 1991, pág. 23; *Geck,* Die Grenzen der Vorsatzhaftung im französischen Strafrecht, Diss. Freiburg 1967; *Gehrig,* Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen, 1986; *Geilen,* Zur Problematik des schuldausschließenden Affekts, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 173; *Geppert,* Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, Jura 1986, pág. 610; *Germann,* Grundlagen der Strafbarkeit nach dem Entwurf des Allgemeinen Teils eines deutschen StGB von 1958, ZStW 71 (1959) pág. 157; *el mismo,* Vorsatzprobleme usw., SchwZStr 77 (1961) pág. 345; *Großmann,* Die Grenzen von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1924; *Grünwald,* Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts, Festschrift für H. Mayer,

1966, pág. 281; *Gschwind,* Zur Kriminologie des Vorsatzes, Festschrift für O. A. Germann, 1969, pág. 59; *Hardwig,* Die Zurechnung, 1957; *Hassemer,* Kennzeichen des Vorsatzes, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 289; *Herzberg,* Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit usw., JuS 1986, pág. 249; *el mismo,* Wegfall subjektiver Tatbestandsvoraussetzungen usw., Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 163; *el mismo,* Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten, JZ 1988, págs. 573, 635; *Hettinger,* Die Bewertung der "aberratio ictus" beim Alleintäter, GA 1990, págs. 53 1; *Hillenkamp,* Dolus eventualis und Vermeidewillen, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 351; *el mismo,* Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen usw., 1971; *v. Hippel,* Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1903; *el mismo,* Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, VDA, Tomo III, 1908, pág. 373; *Hruschka,* Zum Tatvorsatz bei zweiaktigen Delikten usw., JZ 1973, pág. 12; *el mismo,* Rückkehr zum dolus subsequens, JZ 1973, pág. 278; *el mismo,* Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes, Festschrift für Th. Kleinknecht, 1985, pág. 191; *Jakobs,* Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten, 1967; *Jescheck,* Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff, Festschrift für E. Wolf, 1962, pág. 473; *Joerden,* Der auf Verwirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Vorsatz, ZStW 95 (1983) pág. 565; *Kargl,* Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie, 1993; *Armin Kaufmann,* Der dolus eventualis im Deliktsaufbau, ZStW 70 (1958), pág. 64; *Arthur Kaufmann,* Die Parallelwertung in der Laiensphäre, 1982; *Ekkehard Kaufmann,* Die Erfolgshaftung, 1958; *Kindhäuser,* Der Vorsatz als Zurechnungskriterium, ZStW 96 (1984) pág. 1; *el mismo,* Zur Unterscheidung von Tat-und Rechtsirrtum, GA 1990, pág. 407; *Köhler,* Vorsatzbegriff und Bewußtseinsform des Vorsatzes, GA 1981, pág. 285; *Koriath,* Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994; *Krümpelmann,* Motivation und Handlung im Affekt, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 327; *el mismo,* Vorsatz und Motivation, ZStW 87 (1975) pág. 888; *Kühl,* Grundfälle zu Vorbereitung usw., JuS 1980, pág. 273; *Küper,* Vorsatz und Risiko usw., GA 1987, pág. 479; *Küpper,* Das Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, ZStW 100 (1988) pág. 758; *Lacmann,* Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre usw., ZStW 31 (1911) pág. 142; *Langer,* Das Sonderverbrechen, 1971; *Lenckner,* Zum Begriff der Täuschungsabsicht in § 267 StGB, NJW 1967, pág. 1890; *Less,* Genügt "bedingtes Wollen" zum strafbaren Verbrechensversuch? GA 1956, pág. 33; *Levenson,* Good Faith Defenses, Cornell Law Review 78 (1993) pág. 401; *Liebscher,* Strafrecht im Umbruch, ZfRV 1970, pág. 181; *Liepmann,* Gedanken über den Rechtsirrtum im Strafrecht, ZStW 38 (1917) pág. 21; 39 (1918) pág. 115; *Löffler,* Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, 1895; *Morkel,* Abgrenzung zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat, NStZ 1981, pág. 177; *Nowakowski,* Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, JZ 1958, págs. 355, 388; *el mismo,* Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, pág. 19; *Pallin,* Lage und Zukunftsaussichten der österreichischen Strafrechtsreform im Vergleich mit der deutschen, ZStW 84 (1972) pág. 198; *Philipps,* Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko, ZStW 85 (1973) pág. 27; *Platzgummer,* Die Bewußtseinsform des Vorsatzes, 1964; *el mismo,* Die "Allgemeinen Bestimmungen" des StGE im Lichte der neueren Strafrechtsdogmatik, JBl 1971, pág. 236; *Prittwitz,* Dolus eventualis und Affekt, GA 1994, pág. 454; *Prosdocimi,* Dolus eventualis, 1993; *Puppe,* Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA 1990, pág. 145; *la misma,* Zum Vorstellungsinhalt des dolus eventualis, ZStW 103 (1991) pág. 41; *la misma,* Vorsatz und Zurechnung, 1992; *Ross,* Über den Vorsatz, 1979; *Roxin,* Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, JuS 1964, pág. 53; *el mismo,* Zur Kritik dei finalen Handlungslehre, ZStW 74 (1962) pág. 516; *el mismo,* Unterlassung usw. im neuen StGB, JuS 1973, pág. 197; *Samson,* Absicht und direkter Vorsatz im Strafrecht, JA 1989, pág. 449; *Schewe,* Bewußtsein und Vorsatz, 1967; *el mismo,* Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz, 1972; *Schild,* Vorsatz als "sachgedankliches Mitbewußtsein", Festschrift für W. Stree und J. Wessels, 1993, pág. 241; *Schlehofer,* Risikovorsatz und zeitliche Reichweite, NJW 1989, pág. 2017; *Schlüchter,* Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 1983; *la misma,* Abgrenzung von Tatbestands-und Verbotsirrtum-zu BayObLG NJW 1992, pág. 2306, JuS 1993, pág. 14; *W. Schmid,* "Bedingter Handlungswille" beim Versuch und im Bereich der strafbaren Vorbereitshandlungen, ZStW 74 (1962) pág. 48; *Schmidhäuser,* Willkürlichkeit und Finalität als Unrechtsmerkmale im Strafrechtssystem, ZStW 66 (1954) pág. 27; *el mismo,* Der Begriff des bedingten Vorsatzes usw., GA 1958, 161; *el mismo,* Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht, 1968; *el mismo,* Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat, JuS 1980, pág. 241; *el mismo,*

Strafrechtlicher Vorsatzbegriff und Alltagssprachgebrauch, Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 135; *R. Schmitt,* Rücktritt von der Verabredung zu einem Verbrechen, JuS 1961, pág. 25; *Schmoller,* Das voluntative Vorsatzelement, ÖJZ 1982, pág. 259; *Schneider,* Über die Behandlung des alternativen Vorsatzes, GA 1956, pág. 257; *Schröder,* Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs, Festschrift für W. Sauer, 1949, pág. 207; *Schroth,* Die Rechtsprechung des BGH zum Tötungsvorsatz in der Form des "dolus eventualis", NStZ 1990, pág. 324; *el mismo,* Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale, 1994; *Schünemann,* Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Tötung usw., JR 1989, pág. 89; *Schultz,* Eventualvorsatz, bedingter Vorsatz und bedingter Handlungswille, Festschrift für G. Spendel, 1992, pág. 303; *Schumann,* Zur Wiederbelebung des "voluntativen" Vorsatzelements durch den BGH, JZ 1989, pág. 427; *Spendel,* Zum Begriff des Vorsatzes, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 167; *E. Steininger,* Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, JBl 1987, 205; *Stratenwerth,* Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit, ZStW 71 (1959), pág. 51; *Warda,* Vorsatz und Schuld bei ungewisser Tätervorstellung usw., Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 119; *Weigend,* Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, ZStW 93 (1981) pág. 657; *Welzel,* Vom Vergänglichen und Bleibenden usw., Erinnerungsgabe für M. Grünhut, 1965, pág. 173; *E. A. Wolff,* Die Grenzen des dolus eventualis und der willentlichen Verletzung, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 197; *Wolter,* Alternative und eindeutige Verurteilung usw-, 1972; *Ziegert,* Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987.

I. El requisito de la comisión dolosa del hecho

1. La **regla general** es que el Derecho penal exige el **dolo** para el tipo subjetivo mientras que el castigo de la actuación imprudente se erige en la excepción. Esto se deriva de la disposición general relativa a la redacción de los preceptos penales, según la cual, el comportamiento doloso es punible y el imprudente impune cuando este último no está conminado expresamente con una pena (§ 15). Sobre la base de esta regulación pudo ser simplificada la utilización del lenguaje de la Ley en la Parte General. Del § 15 se desprende, además, que un hecho no puede ser imputado a su autor si no lo ha cometido dolosamente o, como mínimo, de forma imprudente [1].

2. El § 15 no estipula nada acerca de lo que deba entenderse por dolo. Las **definiciones** de los conceptos de "dolo", "intención" y "a sabiendas" contenidas en los §§ 16 y 17 E 1962 o las de "dolo" y "a

---

[1] En Derecho penal alemán no existe responsabilidad objetiva como hasta ahora ocurría en Francia con los "délits purement matériels"; vid., en relación con el Derecho anterior, *Stefani/Levasseur/Bouloc,* Droit pénal général núm. 234. El nuevo Código penal francés en su art. 121-3, párrafo primero, señala que los delitos graves y menos graves presuponen la actuación dolosa. Los comportamientos imprudentes, para ser punibles, deben estar conminados expresamente con pena (art. 121-3, párrafo segundo, Cp). De acuerdo con el art. 339 de la Ley de Adaptación de 16.12.1992, el requisito de la imprudencia también rige para los delitos menos graves del Derecho penal especial que, hasta el momento, sólo presuponían la responsabilidad objetiva; esto rige, incluso, aunque su comisión negligente no esté prevista expresamente por la Ley. La responsabilidad objetiva tan sólo subsiste para las faltas (contraventions) (art. 121-3, párrafo tercero, Cp); sobre ello *Pradel,* Le nouveau Code pénal pág. 93. También existe responsabilidad objetiva en Derecho anglo-americano en los casos de "strict liability"; vid. *Grünhut,* Das englische Strafrecht págs. 201 ss.; *Smith/Hogan,* Criminal Law págs. 99 ss.; *Honig,* Das amerikanische Strafrecht págs. 35 ss.; *Bähr,* Strafbarkeit ohne Verschulden págs. 34 ss.; *LaFave/Scott,* Substantive Criminal Law I págs. 340 ss.; *Fletcher,* Rethinking págs. 442 ss.; *Levenson,* Cornell Law Review 78 (1993) pág. 401. Asimismo, el Derecho penal italiano acoge casos de responsabilidad objetiva. Sólo el art. 12 del Proyecto de 1992 pretende suprimirlos. A favor de la introducción de un grado intermedio de acuerdo con el modelo americano de la "recklessness" que englobaría el dolo eventual y la imprudencia consciente, *Weigend,* ZStW 93 (1981) págs. 657 ss.

sabiendas" del § 17 AE no han sido asumidas finalmente por el legislador [2], a pesar de que la fundamentación del E 1962 (pág. 129) había otorgado un valor especial, por motivos de "seguridad y claridad jurídicas", a la determinación legal de la frontera entre el dolo y la imprudencia. Por ello, la naturaleza y el contenido del dolo deben ser desarrollados a partir de las dos disposiciones relativas al error (§§ 16 y 17) y de la contraposición del dolo y la imprudencia en el § 15 (vid. *infra* § 29 II 2).

3. En los delitos cualificados por el resultado (vid. *supra* § 26 II 1 a) la consecuencia más grave recae sobre el autor o el partícipe si, en relación con la misma, existió "al menos imprudencia" (§ 18). De ello se deduce, asimismo, que el delito cualificado por el resultado también existe cuando el autor actúa dolosamente en relación con el desenlace más grave. Naturalmente, en este caso puede ser realizado otro precepto penal que prevea una pena más alta que desplace al delito cualificado por el resultado. En numerosos supuestos en los que se prevén infracciones de esta naturaleza, la Ley no sólo exige imprudencia sino temeridad (por ejemplo, §§ 176 IV [3], 177 III [4], 251) (vid. *infra* § 54 II 2). De todas formas el dolo referido al suceso más grave entra dentro del tipo del delito cualificado por el resultado, puesto que el § 18 debe entenderse en el sentido de incluir también la temeridad (BGH-GS 39, 100).

Ejemplos: La lesión corporal dolosa con producción imprudente de un daño corporal más grave (vgr., la pérdida de un ojo) entra dentro del § 224 [5]. Por el contrario, si la lesión más grave fue producida por temeridad o dolo eventual entonces es aplicable el § 225 I [6]. En caso de que concurra intención o conciencia ("wissentlichkeit") estaremos en presencia del caso cualificado de la lesión corporal especialmente grave (§ 225 II) [7]. El § 251 presupone que el ladrón ha causado temerariamente (esto es, por imprudencia grave) la muerte de otro; si mata con dolo eventual o, incluso, intencionadamente, junto a los §§ 211/212 se aplica en concurso ideal el § 251 pues una forma de culpa más grave como el dolo, en atención al estrecho límite mínimo de los §§ 251 y 250 II [8] frente al § 213, no puede ser tratada más benignamente que la temeridad como modalidad de culpa más leve (vid. *supra* § 26 II 1 a).

II. Origen, esencia y objeto del dolo

1. El concepto de dolo se remonta al Derecho romano tardío y fue una de sus grandes aportaciones [9]. Por el contrario, el Derecho común conservó durante largo tiempo la idea de la responsabilidad por el resultado y tan sólo dejó impunes determinados supuestos *típicos* de hechos inintencionados que aparecían como

---

[2] Acerca de su fundamentación BT-Drucksache V/4095 pág. 8. Con razón exige *Roxin*, JuS 1973, pág. 201, como mínimo una definición de dolo eventual con la que se pueda determinar legalmente su delimitación frente a la imprudencia consciente. El dolo aparece definido en el § 5 österr. StGB así como en el art. 18 II del StGB suizo.

[3] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 176 b (N del T).

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

[5] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 226 I (N del T).

[6] Debe tenerse en cuenta que el § 226 II vigente, cuyo contenido se corresponde parcialmente con el anterior § 225, ya no contiene la comisión del resultado más grave mediando temeridad. Actualmente sólo alude a su ocasionamiento "intencional" ("absichtlich") o "a sabiendas" ("wissentlich") (N del T).

[7] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 226 II. Vid., asimismo, la nota a pie precedente (N del T).

[8] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 250 III (N del T).

[9] Vid. el conocido rescripto del Emperador Adriano (117-138) "In maleficiis voluntas spectatur, non exitus" (Dig. 48, 8, 14); sobre ello, con más detalle, *Löffler*, Schuldformen págs. 67 ss.; *Mommsen*, Römisches Strafrecht págs. 85 ss.

obra del azar [10]. Los juristas italianos de la Edad Media tomaron del Derecho romano el concepto de "dolus" convirtiéndolo en presupuesto de todos los delitos graves. La CCC y la emergente doctrina penal alemana se adhirieron a la Ciencia jurídica italiana [11]. En verdad que aunque la praxis del Derecho común, por motivos probatorios, retornaba siempre a una imputación orientada a los elementos objetivos (indicios) y negaba el punto de vista de la probabilidad (dolus indirectus) en el tratamiento de los daños consecutivos del delito, sin embargo el concepto de dolo permaneció en su integridad como una indiscutible herencia común de los ordenamientos punitivos de la Europa continental [12].

2. De acuerdo con una definición inexacta aunque usual, el dolo significa **conocer y querer los elementos objetivos que pertenecen al tipo legal** (RG 58, 247 [248]; 70, 257 [258]; BGH 36, 1 [9]; BGH NStZ 1988, pág. 175) [13]. Para ser exactos, la voluntad que aspira a la consecución del resultado sólo es parte integrante de la forma más frecuente del dolo: la intención ("Absicht") (vid. *infra* § 29 III 1). En el dolo directo (vid. *infra* § 29 III 2) y en el eventual (vid. *infra* § 29 III 3) el autor no pretende alcanzar el resultado sino que, simplemente, sabe que el mismo está vinculado de forma necesaria o posible con la acción desarrollada *voluntariamente*. A causa de la diversidad de las modalidades del dolo aquí se renuncia a una definición global del mismo. Basta con definir por sí misma cada una de ellas (vid. *infra* § 29 III). No obstante, con carácter general puede decirse que, aunque de un modo diferenciado, las tres clases de dolo se

---

[10] Al respecto vid. *Eb. Schmidt*, Einführung págs. 31 ss. en contra de *Ekkehard Kaufmann*, Die Erfolgshaftung págs. 66 ss.

[11] Vid. *Engelmann*, Die Schuldlehre der Postglossatoren págs. 36 ss.; *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren págs. 107 ss.

[12] Las mismas estructuras que en el Derecho penal alemán se confieren al dolo pueden encontrarse también en Austria, vid. *WK (Nowakowski)* § 5 núms. 2 ss.; *Triffterer*, Allg. Teil págs. 160 ss.; *Kienapfel*, Grundriß Z 15 núms. 2 ss. y en Suiza, vid. *Germann*, SchwZStr 77 (1961) págs. 348 ss.; *Noll/Trechsel*, Allg. Teil I págs. 78 ss. También la doctrina francesa diferencia en el dolo (dol) un elemento intelectual y otro volitivo ("conscience et volonté infractionnelles"); vid. *Merle/Vitu*, Traité I núm. 547; *Geck*, Grenzen der Vorsatzhaftung págs. 4 ss.; lo mismo sucede con la literatura belga; vid. *Dupont/Verstraeten*, Handboek núms. 420 ss. En Italia existe una discusión muy parecida a la que se desarrolla en Alemania; vid. *Fiandaca/Musco*, Diritto penale págs. 261 ss.; *Mantovani*, Diritto penale págs. 319 ss. Lo mismo rige para España, vid. *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 459 ss.; *Cerezo Mir*, Curso págs. 363 ss. En relación a la definición de dolo en el art. 18 I del Código penal brasileño *Fragoso*, Lições págs. 175 ss. (en adhesión a la teoría italiana) así como *da Costa jr.*, Comentários, Art. 18 comentarios II y III. La doctrina y jurisprudencia neerlandesas luchan especialmente por una delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente; vid. *Pompe*, Handboek págs. 172 ss.; *Hazewinkel/Suringa/Remmelink*, Inleiding págs. 199 ss.; *Pompe*, Das niederländische Strafrecht págs. 79 ss.; *van Bemmelen/van Veen*, Ons Strafrecht págs. 111 ss. (acerca del dolo eventual de modo parecido a como aquí se expone en el texto principal pág. 122). Por el contrario y de un modo diverso, el Derecho penal anglo-americano conecta con la vieja responsabilidad por el resultado en los casos del "constructive intent", vid. *Grünhut*, Das englische Strafrecht págs. 194 ss. y *Honig*, Das amerikanische Strafrecht págs. 116 ss. Pero, básicamente, aquí también rige la máxima: "actus non facit reum nisi mens sit rea"; vid. sobre ello *Glanville Williams*, Criminal Law pág. 31; *Kenny/Turner*, Outlines págs. 26 ss.; *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I pág. 270; *Smith/Hogan*, Criminal Law págs. 53 ss.; *Ross*, Über Vorsatz págs. 47 ss.

[13] Así, por ejemplo, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 389; *Dreher/Tröndle*, § 15 núm. 2; *Lackner*, § 15 núm. 3; *Roxin*, Allg. Teil I § 12 núm. 4; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 9; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 1; *Wessels*, Allg. Teil núm. 203. Negando la diferenciación entre el conocer y el querer *Kargl*, Der strafrechtliche Vorsatz pág. 71.

significan por poseer un momento intelectual y otro volitivo [14]. El momento *intelectual* del dolo (el conocimiento) se toma del § 16 relativo al error de tipo. Si se excluye el dolo por la falta de conocimiento de las circunstancias que pertenecen al tipo legal, de ello se deduce a *sensu contrario* que el dolo requiere el conocimiento de tales circunstancias. De la regulación del error de prohibición en el § 17 se concluye, además, que el dolo no presupone el conocimiento de la antijuricidad puesto que de acuerdo con el § 17, inciso segundo, en el supuesto de un *error* de prohibición vencible es de aplicación el tipo doloso, si bien con la atenuación de la pena prevista en el § 49 I. El momento *volitivo* se desprende de la confrontación entre el dolo y la imprudencia que realiza el § 15, pues de una comprensión prejurídica de los conceptos de dolo e imprudencia ya resulta que la distinción entre ambas formas de imputación subjetiva reside en la voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo. Sin embargo, como ya se dijo, hay que tener en cuenta que el resultado típico sólo integra el contenido de la voluntad en la intención ("Absicht"), mientras que en el dolo directo y eventual dicha voluntad se limita a la ejecución de la acción típica que pone en peligro el objeto de la acción.

Ejemplo: Si los autores son conscientes de que el estrangulamiento de la víctima puede originar su muerte y aceptan ese riesgo pero quieren evitar su fallecimiento, entonces está ausente la voluntad dirigida al resultado. No obstante, la acción del estrangulador se efectúa conscientemente. A causa de ello entra en juego el dolo aunque sólo en su modalidad eventual porque el autor se ha conformado con la muerte para el caso de que ésta acaezca (BGH 7, 363 [369 ss.]; de otra opinión la BGH NStZ 1988, pág. 175, donde el autor no se había conformado con el advenimiento de la muerte del niño confiado a su cuidado a raíz de un golpe que le propinó en la cabeza).

El conocimiento del autor debe referirse a los elementos del tipo que residen tanto en el pasado como en el presente. Además, el autor debe prever que el resultado exigido por el tipo sucederá o podrá suceder, debiendo reconocer en sus rasgos esenciales la forma en la que su acción origina dicho resultado. El elemento volitivo del dolo consiste en la resolución dirigida a la realización de la acción típica y en la ejecución de tal decisión; en la intención ("Absicht") también estriba en alcanzar el resultado típico [15]. Mediante la resolución el dolo se diferencia de las

---

[14] Un sector minoritario de la doctrina niega la existencia de un elemento volitivo en el dolo; así, *Frisch,* Vorsatz und Risiko págs. 255 ss.; *Herzberg,* JZ 1988, pág. 573; *Kindhäuser,* ZStW 96 (1984) págs. 1 ss.; *Schlehofer,* NJW 1989, págs. 2019 ss.; *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 178 ss.; *el mismo,* Vorsatzbegriff págs. 14 ss.; *el mismo,* Oehler-Festschrift págs. 156 ss.; *Schmoller,* ÖJZ 1982, pág. 285; *Schumann,* JZ 1989, pág. 430. En contra, lo exigen también para el dolo eventual, *Brammsen,* JZ 1989, pág. 71; *Küper,* GA 1987, pág. 508; *Roxin,* Allg. Teil I § 12 núm. 61; *Küpper,* ZStW 100 (1988) págs. 764 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núm. 203; *Ziegert,* Vorsatz págs. 59 ss.; *Spendel,* Lackner-Festschrift págs. 181 ss.

[15] Por el contrario, según *Frisch,* Vorsatz und Risiko págs. 57 ss., el dolo no debe ir referido al resultado. De otra opinión, con razón, *Küper,* GA 1987, pág. 503. Acerca de la aplicación a los hechos dolosos de los esquemas generales de interpretación de índole psicológica, vid. *Platzgummer,* Die Bewußtseinsform des Vorsatzes págs. 26 ss. Aquí se evidencia especialmente que el momento intelectual del dolo puede consistir en una representación imprecisa e irreflexiva ("coconciencia") a la que no se le presta atención (págs. 91 ss.). Sobre esto también *Schewe,* Bewußtsein págs. 120 ss.; *Bockelmann,* Radbruch-Gedächtnisschrift págs. 255 ss. así como (parcialmente crítico) *Frisch,* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 342 ss. y *Schild,* Stree-Wessels-Festschrift págs. 263 ss. Ocasionalmente ello no es tenido en consideración por la jurisprudencia (vid. RG 73, 164 [168]; BGH NJW 1953, pág. 152; acertadamente, BayObLG NJW 1977, pág. 1974; crítico al respecto, *Köhler,* GA 1981, págs. 296 ss.). Acertadamente sobre el impulso instintivo como elemento volitivo *Gschwind,* Germann-Festschrift págs. 59 ss. Las consecuencias que extrae para la determinación de la pena (pág. 68) deben ser admitidas. En relación con las acciones pasionales y en cortocircuito

simples ilusiones, deseos y esperanzas. Asimismo, el dolo debe existir en el momento del hecho, por lo que es irrelevante un dolo precedente o posterior (dolus antecedens y subsequens, respectivamente) [16].

Ejemplo: La esposa se había refugiado en el vestíbulo de la vivienda huyendo de los malos tratos de su marido. Allí sufrió una caída que le produjo una hemorragia cerebral. El marido la pateó repetidas veces en la cara con ánimo de matarla y la muerte le sobrevino horas después a causa del avance de la hemorragia cerebral. En este supuesto sólo existe un homicidio intentado y no uno consumado porque el dolo de matar fue posterior a la caída en la que residía la causa del fallecimiento (BGH NStZ 1983, pág. 452). En la sentencia no se discutió el problema relativo a un homicidio doloso por la omisión del auxilio.

3. El dolo debe referirse a todos los elementos del **tipo objetivo**.

a) Los objetos del mundo real son los más fácilmente reconocibles por el autor al ser inmediatamente accesibles a la percepción (persona, animal, hombre, mujer, edificio, barco, puente, corriente de agua). En los elementos *descriptivos* del tipo (vid. *supra* § 26 IV 1), que presuponen un conocimiento espiritual, debe haber sido entendido su significado natural (por ejemplo, "dañar" en el § 303). En los elementos *normativos* del tipo (vid. *supra* § 26 IV 2) se requiere el pleno conocimiento de su significado (vgr., "cosa mueble ajena" en el § 242 [al respecto, OLG Celle, Nds. Rpfl. 1985, pág. 148]; "documento público" en el § 271; "peligro común o necesidad" en el § 323c; lo mismo rige para los elementos del autor como "funcionario público", §§ 11 I núm. 2, 331 ss., o "juez", §§ 11 I núm. 3, 336 [17]) [18]. Sin embargo, aquí no es necesario que el autor conozca la definición jurídica del concepto correspondiente (de lo contrario, sólo los juristas podrían actuar dolosamente), sino que basta con que posea una idea de cuáles son los hechos a los que el legislador quiso extender la protección de la norma penal. Con otras palabras, en relación con los elementos normativos del tipo el dolo presupone que el autor vislumbra por sí mismo, a su propio nivel de comprensión, la valoración del legislador materializada en el concepto correspondiente (**"valoración paralela en la esfera del profano"**) [19].

---

como un comportamiento directivo pero inconsciente *Schewe*, Reflexbewegung págs. 27 ss. No puede dudarse de que también estas acciones son dolosas en el sentido del Derecho penal. *Schewe* se sitúa para ello en el curso exterior de la acción (págs. 110 ss.). *Krümpelmann*, Welzel-Festschrift págs. 334 ss. subraya con razón el significado de los *pre*-estadios *conscientes* de los hechos pasionales. En lo tocante a la prueba del dolo inferida de los hechos externos *Hruschka*, Kleinknecht-Festschrift pág. 201.

[16] El dolo debe subsistir hasta el momento en el que el autor ha concluido la acción que considera necesaria para el ocasionamiento del resultado; en el caso de que el dolo cese antes de la producción del resultado el autor sigue siendo responsable por la consumación; vid. *Herzberg*, Oehler-Festschrift págs. 167 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 12 núm. 76. Que en los delitos mutilados en dos actos (vid. supra § 26 II 5) el dolo, en la ejecución del primer acto, ya debe estar dirigido a la realización del segundo, es algo que se desprende de la interpretación del tipo correspondiente (vgr., §§ 249, 237 [el § 237 se encuentra actualmente derogado N del T], 257); sobre la cuestión vid. *Hruschka*, JZ 1973, págs. 12 y 278; *Dreher*, JZ 1973, pág. 276; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 25. En relación con la variación del dolo durante la ejecución del hecho, *Hillenkamp*, Vorsatzkonkretisierungen págs. 5 ss.

[17] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 339 (N del T).

[18] En contra, *Frisch*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift pág. 327; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 42. De acuerdo con la doctrina mayoritaria, también la edad de la víctima debe ser conocida por el autor cuando aquélla se contiene en el tipo (ej. § 176); vid. *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 176 núm. 10. De otra opinión al respecto, *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 490 nota a pie núm. 9.

[19] Esta es la conocida teoría que ha desarrollado *Mezger*, Lehrbuch pág. 238, en adhesión a *Binding*, Normen Tomo III págs. 146 ss., y que posee un reconocimiento generalizado; vid. *Maurach/Zipf*, Allg. Teil

Ejemplos: Quien perjudica el rendimiento de un caballo dañando su sistema nervioso (§ 303) no puede hacer valer que él no consideraba al caballo como una cosa (RG 37, 411). No puede ser estimada la alegación de un minorista de calzados consistente en que no consideraba como documento (§ 267) la impresión del precio en los zapatos, si había comprendido el significado material de la información como una declaración relevante a efectos de prueba (RG 53, 237 [240]). El abogado que "contrariamente a su deber" actúa para ambas partes en un mismo proceso (§ 356), debe haber reconocido los intereses contrapuestos existentes entre los mandantes (BGH 7, 17 [21ss.]). En el falso testimonio el autor debe saber que jura ante una "autoridad competente para tomar juramento" (BGH 3, 247 [255]; incorrectamente, BGH 1, 13 [17]). En los negocios crediticios se debe haber reconocido la función económica del empresario como "institución de crédito" (BGH 4, 347 [352]). Naturalmente que quien no advierte correctamente el significado de un elemento normativo del tipo también está sujeto al error de prohibición como sucede, por ejemplo, cuando el autor piensa que desinflar intencionadamente los neumáticos de un vehículo no es "dañar" en el sentido del § 303 (BGH 13, 207) (vid. *infra* § 29 V 7 a).

b) Si la producción de un resultado o de un peligro concreto pertenece al tipo, entonces el dolo debe extenderse a su acaecimiento; además, debe abarcar en sus rasgos esenciales al curso causal que conduce a la realización del resultado.

c) Asimismo, el dolo debe referirse a los *ejemplos reglados* cuando concurra un caso especialmente grave (por ejemplo, § 243), aunque aquéllos no pertenezcan al tipo y sí al ámbito de la determinación de la pena (BGH 26, 176 [180 ss.]; 244 ss.) (vid. *supra* § 26 V 2). Lo mismo sucede con los *"casos (innominados) especialmente graves"* (vgr., § 263 III) (vid. *supra* § 26 V 1). Aquí el dolo debe haber comprendido las circunstancias en las que el juez divisa el caso especialmente grave [20], pues no puede establecerse diferencia alguna entre el supuesto donde el propio legislador ha formulado los presupuestos de una agravación de la pena y aquel otro en el que ha delegado su determinación al juez (de otra opinión, RG JW 1936, pág. 1677; RG JW 1938, pág. 504). Más allá, el dolo es exigido para todas las *circunstancias* objetivas que influyen en la *determinación de la pena* y que deben ser tenidas en cuenta en perjuicio del autor. Esto rige también para ciertas consecuencias del delito (§ 46 II: secuelas del hecho *realizadas de forma culpable*), pues de haberlas configurado el legislador como elementos del tipo deberían ser asimismo abarcadas por el dolo [21]. Sólo se plantea una excepción cuando se trata de un resultado lesivo que pone de manifiesto la realización del peligro típico consustancial a la acción del tipo penal. Para estos casos puede recurrirse por analogía al § 18 y, con ello, conformarse con la existencia de imprudencia, pues dicho precepto sería de aplicación si el legislador hubiera configurado la consecuencia más grave como elemento del tipo (vid., con más detalle, *infra* § 83 II 3) [22].

I § 22 núm. 49; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 15 núm. 43; *Jakobs,* Allg. Teil 8/49; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 23. En relación con el acercamiento entre el idioma especializado y el cotidiano en el "proceso de comunicación entre el juez y el autor", *Arthur Kaufmann,* Parallelwertung págs. 36 ss. Limitadamente *Schlüchter,* Irrtum págs. 115 ss., a través de la teoría de que el autor sólo debe haber reconocido "el significado lesivo de su comportamiento". Mostrando su rechazo a la valoración paralela, *Kindhäuser,* GA 1990, pág. 417; *Puppe,* GA 1990, pág. 157.

[20] Así, con razón, *Schönke/Schröder/Cramer,* § 15 núm. 29; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 8.

[21] En este sentido, *Schönke/Schröder/Cramer,* § 15 núm. 31; mostrando sus dudas *Lackner,* § 46 núm. 34; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 8.

[22] Así, *Bruns,* Strafzumessungsrecht págs. 422 ss.; *Frisch,* GA 1972, págs. 330 ss.; *SK (Horn)* § 46 núm. 109 (limitado sólo al ámbito de protección de la norma). Por lo general debe bastar con la imprudencia según *LK (10.ª) (G. Hirsch)* § 46 núm. 47. Exigen el dolo en todos los casos *Schönke/Schröder/Stree,* §

d) Para que pueda ser indagado su punto de referencia con el dolo, los *elementos de la valoración global del hecho* (vid. *supra* § 25 II 2) deben dividirse en aquellas partes integrantes que describen los hechos (elementos del tipo) y aquellas destinadas a su valoración jurídica (antijuricidad). Según ello el dolo sólo debe comprender la dimensión fáctica porque la valoración jurídica es tratada de conformidad con las reglas relativas al conocimiento de la antijuricidad (vid. *infra* § 41 II 1 a) [23]. Lo mismo sucede con los *elementos de la culpabilidad* concebidos objetivamente que presuponen una determinada configuración exterior del hecho (vid. *infra* § 42 II 1). También aquí el autor debe ser consciente de la situación objetiva pero no necesita haber reflexionado sobre la valoración de su disposición interna.

4. Los **elementos subjetivos del tipo** se sitúan *junto* al dolo. No son por sí mismos objeto del dolo pero la mayoría de ellos poseen por su parte puntos de referencia objetivos (por ejemplo, la obtención de una ventaja patrimonial ilícita en el § 263) [24].

III. Las clases de dolo

Se distinguen **tres tipos de dolo**: la intención, el dolo directo (dolus directus) y el dolo eventual (dolus eventualis) (vid. § 225 I y II [25]) [26].

1. La **intención** significa que el autor persigue bien la acción típica, bien el resultado presupuesto por el tipo o ambos a la vez [27]. En la intención domina el *factor volitivo* del dolo.

Ejemplos: Al exhibicionista le es característica la acción como tal en el sentido del § 183, pero para la incomodidad como resultado basta el dolo eventual. Actúa con una intención contraria a la Constitución cuando se pretende perjudicar a dicha norma (BGH 18, 246 [248]). Quien quiere eliminar a un testigo peligroso actúa con intención de matar (BGH 21, 283).

---

46 núms. 26 ss.; el criterio mantenido por la BGH 10, 259 está superado pues el § 46 II alude a las secuelas del hecho "realizadas culpablemente".

[23] Asimismo, *Schönke/Schröder/Cramer,* § 15 núm. 22; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 17.

[24] Igualmente, *Dreher/Tröndle,* § 16 núms. 3 y 13; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 15 núm. 24. Con mayor detenimiento *Engisch,* Rittler-Festschrift pág. 172.

[25] Vid. nota a pie núm. 6 (N del T).

[26] En parte se utiliza una terminología diversa. *Blei,* Allg. Teil págs. 113 ss. denomina a la intención "dolo inmediato" o "dolo directo de primer grado", al dolo directo lo llama "dolo mediato" o "dolo de segundo grado". *Schönke/Schröder/Cramer,* § 15 núm. 64 distingue entre "dolo directo" ("dolus directus") y dolo eventual ("dolus eventualis"); para estos autores, pues, el dolo directo engloba tanto los casos de intención como los que se caracterizan por un conocimiento cierto. En ocasiones el "dolo directo" también se denomina "conciencia". De todas formas, no existe ninguna diferencia material en relación con lo expuesto en el texto principal. En el mismo sentido que aquí, *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 22 núm. 23; *Jakobs,* Allg. Teil 8/15 ss.; *Roxin,* Allg. Teil I § 12 núm. 2; *LK (11.ª) (Schroeder)* § 16 núms. 76 ss.; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 36; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núms. 250 ss. *Wessels,* Allg. Teil núms. 210 ss., así como BGH 18, 248; österr. OGH JBl 1972, pág. 377; *Schultz,* Einführung I núms. 193 ss. Característico del veloz desarrollo de la Dogmática penal norteamericana es la configuración ampliamente diferenciada de las clases de dolo e imprudencia contenidas en la Sección 2.02 del Código penal modelo (traducido por *Honig).* Vid. al respecto *Low,* en: Commentaries, Part I § 2.02; *LaFave/Scott,* Substantive Criminal Law I págs. 296 ss.

[27] Asimismo, *LK (11.ª) (Schroeder)* § 16 núm. 76; *Roxin,* Allg. Teil I § 12 núm. 7; *Samson,* JA 1989, págs. 450 ss.; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 36. De modo incorrecto *Schönke/Schröder/Cramer,* § 15 núm. 66 limitan la intención a la persecución del resultado.

a) Se habla especialmente de intención cuando se presenta como elemento subjetivo del tipo (vid. *infra* § 30 II 1), esto es, cuando el autor persigue un resultado que va más allá del tipo objetivo, que se debe proponer conseguir conforme al mismo, pero que no precisa ser alcanzado; así ocurre, por ejemplo, con la apropiación de la cosa robada en el hurto (RG 49, 140 [142]). Característico de la intención es que el autor ajuste su comportamiento al fin propuesto y que actúe movido por el interés de su consecución. Por el contrario, es indiferente si se toma el resultado como algo seguro o tan sólo como algo probable (BGH 21, 283 [284 ss.]). Resulta asimismo irrelevante si el resultado es el móvil (el motivo) del hecho o si tan sólo se trata de una meta intermedia del autor que se muestra como paso para alcanzar objetivos adicionales, mientras que la finalidad última del hecho está situada más allá del primer cometido (RG 27, 217: el motivo de la maquinación fraudulenta no era alcanzar una ventaja patrimonial sino la satisfacción de la ambición profesional del autor) [28]. Para evitar cualquier reminiscencia acerca de la motivación, la jurisprudencia aplica generalmente la fórmula de que la intención existe cuando la producción del resultado previsto por la Ley **es importante** para el autor [29].

Ejemplos: El preso que sustrae las llaves de la prisión para utilizarlas en su fuga actúa con ánimo de apropiación puesto que ésta se encuentra en función de la disponibilidad de las llaves (BGH MDR 1960, pág. 689). Posee la intención en el sentido del § 91 en su redacción anterior (actual § 89), quien se dispone a socavar la disponibilidad de servicio de la policía con independencia de qué fines políticos pueda perseguir con ello (BGH 18, 151 [155]; vid. también BGH 9, 142 [146] con comentario de *Bockelmann* JZ 1956, pág. 698, donde la expresión "dolus directus" es utilizada en un sentido diverso). Por el contrario, no posee intención de estafar el funcionario de policía berlinés que, en el tiempo en el que la zona Berlín-oeste todavía estaba separada del territorio federal, declara haber utilizado el avión como gastos de viaje para no tener que declarar que, contrariamente al reglamento, condujo hasta la República Federal atravesando el territorio de la RDA; la razón de ello reside en que el funcionario no perseguía obtener el coste más alto del vuelo sino tan sólo evitar un procedimiento disciplinario (correcta en cuanto al resultado, KG NJW 1957, pág. 882). Lo mismo sucede con alguien que en el último momento sube sin billete al tren para no perderse una clase (de otro criterio, BGH 16, 1 [5]). En el asesinato pueden concurrir el dolo eventual y el ánimo de ocultación (BGH 11, 268 [270]; 15, 291 [297]), a no ser que el autor *sólo* pueda conseguir su objetivo a través de la muerte de la víctima (BGH 21, 283 [284]).

La intención del autor sólo puede ir dirigida a un acontecimiento futuro. En relación con las circunstancias preexistentes o concomitantes al hecho no se habla de intención sino de certeza.

b) La Ley no utiliza de un modo unívoco la expresión "intención" o su proposición equivalente "para", lo que puede conducir a dificultades interpretativas [30]. De vez en cuando con el término "intención" sólo es excluido el dolo eventual, por lo que se declara que es suficiente la presencia de dolo directo; así sucede, por ejemplo, con la intención de dar lugar a un procedimiento oficial en el § 164 I (BGH 13, 219 [221]), la intención de asegurar una ventaja en el encubrimiento real del § 257 (BGH 4, 107) o la intención de engañar en la falsedad documen-

---

[28] Por ello es objetable la definición de *Frank*, § 59 Anm. VI, de que la intención es el "pensamiento motivador del resultado". En esta dirección, sin embargo, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 399, quienes conciben a la intención como "móvil principal".

[29] Al respecto vid. *Engisch*, Untersuchungen págs. 141 ss.; además, *Gehrig*, Der Absichtsbegriff, 1986.

[30] De ahí que la RG 24, 369 exigía para el § 225 [vid. nota a pie núm. 6 (N del T)] la voluntad dirigida a un objetivo (intención), mientras que según la BGH 21, 194 y *LK (10.ª) (Hirsch)* § 225 núm. 2; *Schönke/Schröder/Stree*, § 225 núm. 2, basta con el dolo directo.

tal del § 267 (de otra opinión, BayObLG JZ 1968, pág. 29, con comentario crítico de *Cramer*) [31]. No obstante, la mayor parte de las veces la intención se entiende como voluntad dirigida a un objetivo. En la Parte Especial la intención se refiere frecuentemente a metas que se encuentran fuera del tipo objetivo (por ejemplo, §§ 242, 263, 184 I núm. 8 [sobre ello, BGH 29, 72 ss.]) (vid. *infra* § 30 II 1), aunque también existen ejemplos de lo contrario (§§ 87 I, 142 III 2, 225 II [32] y 344, así como la utilización "final" de los verbos [vid. *supra* § 24 III 4d]). El E 1962 quiso determinar como sigue la definición legal de la intención: "actúa intencionadamente aquél a quien le importa realizar el hecho para el cual la Ley presupone una actuación intencionada" (§ 17 I) [33].

2. El **dolo directo** (dolus directus) significa que el autor sabe *con seguridad* que concurren determinados elementos del tipo o que lo harán durante su acción y, particularmente, que **prevé como cierto** el acaecimiento del resultado típico [34]. Aquí domina, pues, el factor *cognoscitivo* del dolo. Por el contrario, le falta el momento característico de la intención consistente en la determinación de la acción hacia un objetivo propuesto. No obstante, dado que existe la certeza de que de todos modos el tipo se realiza, el dolo directo y la intención son asimilables en cuanto al contenido de injusto y de culpabilidad [35]. El caso en el que el autor considera el advenimiento del resultado típico como algo **extremadamente probable** hay que tratarlo del mismo modo que cuando existe certeza sobre su concurrencia, puesto que la mayoría de los acontecimientos futuros no pueden ser previstos con absoluta seguridad. La diferencia consiste sencillamente en que aquí al menos puede estar en juego la esperanza de que el resultado no tendrá lugar por un golpe de suerte. En cualquier caso, el autor no puede recurrir a la simple esperanza de un buen acontecimiento.

Ejemplos: En el año 1875 un tal Alexander Keith, que se hacía llamar Thomas, hizo cargar a bordo de un transatlántico en Bremerhaven una caja provista de material explosivo y temporizador mecánico, para que explosionara durante el trayecto marítimo y provocara el hundimiento del barco. El autor sólo estaba interesado en una estafa de seguro pero sabía con exactitud que la tripulación del barco y los pasajeros morirían a causa de la explosión. Sin embargo, la caja hizo explosión en el mismo muelle al resbalársele de las manos a un empleado de carga, causando así una catástrofe (dolo directo y aberratio ictus, vid. § 29 V 6c) [36]. El significado práctico que puede tener la distinción entre la intención y el dolo directo lo muestra el caso resuelto por la BGH 10, 163 (170), donde para el elemento de la intención contraria a la Constitución del § 100 II en su redacción anterior fue considerada bastante la presencia de dolo directo (Caso John).

Para la caracterización del dolo directo el StGB emplea las expresiones "a sabiendas" (vgr., §§ 87 I, 225 II [37], 344) o "de mala fe" (por ejemplo, §§ 164 I, 187). El E 1962 había previsto la siguiente definición del dolo directo: "actúa a sabiendas quien sabe o prevé con seguridad que el hecho, para el que la Ley presupone una actuación consciente, ha sucedido u ocurrirá" (§ 17 II) (coincidente con esta definición, § 17 III AE).

---

[31] *Roxin*, Allg. Teil I § 12 núm. 14; *Schönke/Schröder/Stree*, § 257 núm. 22; *Samson*, JA 1989, pág. 454; *Lenckner*, NJW 1967, pág. 1894.

[32] Vid. nota a pie núm. 6 (N del T).

[33] La doctrina mayoritaria se muestra de acuerdo con la definición reproducida; vid. *Blei*, Allg. Teil pág. 114; *LK (11.ª) (Schroeder)* § 16 núm. 76; *Roxin*, Allg. Teil I § 12 núm. 8; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 22 núm. 28; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 36.

[34] Vid. más detenidamente *Engisch*, Untersuchungen págs. 170 ss.

[35] De acuerdo, *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 68; *Roxin*, Allg. Teil I § 12 núms. 18 ss.

[36] Vid. la exposición contenida en *Binding*, Normen Tomo 2/II pág. 851 nota a pie núm. 1.

[37] Vid. la nota a pie núm. 6 (N del T).

3. La tercera clase de dolo es el **dolo eventual** (dolus eventualis).

a) El dolo eventual significa que el autor **considera seriamente la posibilidad de realización del tipo legal y se conforma con ella**[38]. *El contenido de injusto* del dolo eventual es menor que el de las otras dos clases de dolo porque aquí ni se persigue el resultado ni tampoco es visto como algo seguro, sino que es abandonado al curso de los acontecimientos aún a conciencia de la puesta en peligro del bien jurídico protegido; no obstante, por lo general la Ley trata del mismo modo al dolo directo y al eventual (en otro sentido, por ejemplo, el § 225 I y II[39]). Al dolo eventual pertenece, de un lado, la conciencia de la existencia del peligro concreto de que se realice el tipo y, de otro, que el autor se toma en serio dicho peligro. Esto último significa que el autor estima que el riesgo de realización del tipo es relativamente alto. El sujeto debe, por tanto, haber reconocido la entidad y cercanía del peligro (elemento *cognitivo o intelectivo* del dolo). A la representación de la seriedad del peligro debe añadirse el hecho de que el autor se conforma con la realización del tipo (a menudo caracterizado como elemento "*volitivo*" del dolo). Con ello quiere decirse que el autor se decide a añadir al alcance del objetivo de la acción por él perseguido, la realización (incierta) del tipo. Quien ante el peligro de realización del tipo de la acción punible actúa de ese modo, demuestra un menosprecio reprochable del bien jurídico protegido a causa de que el dolo eventual en su contenido de *culpabilidad* puede ser equiparado a la intención y al dolo directo. La circunstancia de que el sujeto se conforme con la probabilidad del acaecimiento del resultado caracteriza su disposición y es, por ello, un *componente de la culpabilidad*: al autor se le formula un reproche más intenso que en el caso de la imprudencia consciente a causa de su falta de convicción frente a la pretensión de validez del bien jurídico protegido; y es que en aquélla aunque ciertamente el sujeto reconoce el peligro confía, sin embargo, en que el resultado no sobrevenga. De este modo, el dolo eventual está integrado por la voluntad de realización de la acción típica (elemento volitivo del injusto de la acción), por la seria consideración del peligro de que el resultado acaezca (momento intelectual del injusto de la acción),

---

[38] La doctrina mayoritaria se muestra de acuerdo aunque con ciertas desviaciones; vid. *Ambrosius,* Untersuchungen págs. 70 ss.; *Blei,* Allg. Teil pág. 115; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 83; *Brammsen,* JZ 1989, págs. 81 ss.; *Gallas,* Niederschriften Tomo XII pág. 121; *Germann,* SchwZStr 77 (1961) págs. 374 ss.; *Eser/Burkhardt,* Strafrecht I núm. 7 A núm. 30; *Krümpelmann,* ZStW 87 (1975) págs. 895 ss.; *Küpper,* ZStW 100 (1988) pág. 766; *Kühl,* Allg. Teil § 5 núms. 85 ss.; *Lackner,* § 15 núm. 24; *Roxin,* JuS 1964, pág. 61; *el mismo,* Allg. Teil I § 12 núm. 27; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 308; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 43; *E. A. Wolff,* Gallas-Festschrift págs. 222 ss.; *Haft,* Allg. Teil pág. 154; *WK (Nowakowski)* § 5 núms. 13 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núm. 214. *Schroth,* Vorsatz pág. 120 habla en este contexto de "apropiación" de los elementos constitutivos del injusto. *Prosdocimi,* Dolus eventualis págs. 32 ss. subraya la subordinación del bien jurídico puesto en peligro frente al propio objetivo de la acción. Crítico en relación con el elemento de la "conformidad" *Jakobs,* Allg. Teil 8/21; *Koriath,* Grundlagen pág. 647; *Frisch,* K. Meyer-Gedächtnisschrift págs. 545 ss.; *el mismo,* NStZ 1991, pág. 23; *Herzberg,* JuS 1986, págs. 249 ss.; *el mismo,* JZ 1988, págs. 635 ss.; *Puppe,* ZStW 103 (1991) pág. 41; *el mismo,* Vorsatz und Zurechnung págs. 39 ss. Puede encontrarse un resumen en *Geppert,* Jura 1986, págs. 610 ss. No siempre, aunque con frecuencia, la jurisprudencia utiliza la fórmula descrita en el texto; vid. BGH VRS 59, 184; BGH en *Holtz,* MDR 1980, pág. 812; MDR 1992, pág. 319; BGH NStZ 1984, pág. 19; BGH JZ 1989, pág. 449; BGH 36, 1 (9). En relación con la jurisprudencia *Schroth,* NStZ 1990, pág. 324. En torno a la posición del Tribunal Supremo polaco vid. *Buchata,* Jescheck-Festschrift Tomo I pág. 389. Acerca del Derecho italiano *de Francesco,* Riv it dir proc pen 1988, pág. 113.

[39] Vid. nota a pie núm. 6 (N del T).

así como, en último lugar, por la conformidad del autor con el advenimiento del resultado típico como ingrediente de la culpabilidad [40].

Ejemplos: En la perpetración del robo los autores utilizan un cinturón de cuero para comprimir el cuello de la víctima y dejarla inconsciente, pero no para matarla. A pesar de que son conscientes de que el estrangulamiento de aquélla puede originar su muerte, continuaron con el mismo hasta que la víctima dejó de moverse y murió sin que los agresores se dieran cuenta (BGH 7, 363, especialmente, 369). Cuando el autor se abalanza con su vehículo sobre un funcionario de policía y éste lo esquiva saltando en el último momento, el dolo eventual del homicidio depende de si el sujeto se había conformado con el posible resultado de muerte (BGH VRS 59, 183 [184]; BGH en *Holtz*, MDR 1980, pág. 812; coincidiendo con otros supuestos de este tipo BGH NStZ 1983, pág. 407 y 1984, pág. 19). Lo mismo sucede con el caso en el que se asesta una puñalada en la espalda de la víctima (BGH MDR 1983, pág. 854).

b) *Ambos proyectos* han recogido una definición de dolo eventual. De acuerdo con el § 16 E 1962 actúa con dolo eventual "quien tiene por posible la realización [del tipo legal] y se conforma con ello" [41]. Esta fórmula renuncia al elemento de la valoración seria sobre el advenimiento del resultado que, sin embargo, debe ser asumida en la definición para la determinación del grado de posibilidad que el autor se ha planteado. Según el § 17 II AE actúa con dolo "quien estima seriamente la realización de las circunstancias del hecho y se contenta con ello". Sin embargo, la expresión "conformarse", que ya fue utilizada anteriormente por la jurisprudencia (vid. RG 59, 3; 67, 425), es preferible a la de "contentarse" porque con aquélla queda claro que el autor soporta precisamente la incertidumbre, y se somete a ella sin dominar por su propia fuerza el curso causal en el sentido de la evitación del peligro.

c) El concepto de dolo eventual también se determina a través de la definición de la **imprudencia consciente** con la que conecta de un modo inmediato. Ésta significa que el autor, ciertamente, reconoce el peligro pero niega la existencia del riesgo concreto para el objeto de la acción, no tomándoselo en serio bien por defecto sus propias capacidades, bien por el cálculo equivocado del grado de peligro existente en una infracción contraria a deber del cuidado exigi-

---

[40] El texto sigue a *Gallas*, Beiträge pág. 55; *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 31 antes del § 3; § 5 núm. 17. En la 3.ª edición de este manual (pág. 241) también se había extendido la voluntad de la acción a la posibilidad del acaecimiento del resultado, a través de la consideración de que el autor "incluía" el resultado incierto en la resolución de la acción a través de su conformidad con el mismo. La aclaración diferenciadora sobre el dolo eventual que ahora se reproduce en el texto principal se ajusta mucho mejor a su manifestación integradora de elementos procedentes del injusto de la acción y de la culpabilidad. Consideran también la conformidad del sujeto con el resultado como un momento de la "disposición" de aquél ante la posibilidad de realización del tipo, *Kindhäuser*, ZStW 96 (1984) pág. 23; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 255; *Schumann*, JZ 1989, pág. 431. En contra *Prittwitz*, GA 1994, pág. 471, para quien también es posible el dolo eventual en los hechos pasionales porque el autor puede haberse conformado con la muerte de la víctima en el arrebato de ira y no importarle entonces matar a su víctima.

[41] Acerca de la relación de esta fórmula con la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal suizo (BGE 81 IV 202; 84 IV 128) vid. *Germann*, ZStW 71 (1959) pág. 161 y *Jescheck*, Niederschriften Tomo XII pág. 263. La praxis actual acepta la existencia de dolo eventual cuando el autor aprueba, se conforma o se contenta con el resultado cuya posibilidad se ha previsto, para el caso en el que éste sobrevenga (BGE 92 IV 65; 96 IV 100; 103 IV 68; 104 IV 36). La fórmula recomendada en el texto principal ha sido asumida en jurisprudencia constante por el OGH austríaco (vgl. OGH JBl 1972, 541; SSt 41, 19; EvBl 1971, 144; 1973, 22; 1975, 192 y 282; 1978, 47). Mostrándose de acuerdo, *Pallin*, ZStW 84 (1972) pág. 201; *Leukauf/Steininger*, § 5 núms. 14 ss.; *Liebscher*, ZfRV 1970, pág. 188; *Platzgummer*, JBl 1971, 239. La fórmula del texto ha sido además asumida por el § 5 I, segundo párrafo. österr. StGB.

ble o bien, finalmente, porque aunque se toma en serio el peligro confía en la ausencia del resultado lesivo [42] (vid. *infra* § 54 II 1). Mientras que en el dolo eventual el autor "arriesga", lo característico de la imprudencia consciente es el *descuido, la negligencia* ("Leichtsinn") [43]. De acuerdo con ello el § 18 II AE recoge la siguiente definición: actúa con imprudencia consciente quien "contrariamente a deber y de modo reprochable confía en que no lo realizará [el tipo legal]". El "conformarse con el acaecimiento" del resultado y la "confianza en su ausencia" constituyen conceptos complementarios que deben ser interpretados de tal forma que se conecten sin dejar laguna de ningún tipo: quien actúa confiado en la ausencia del resultado no se conforma con él; quien se conforma con el advenimiento del mismo no actúa confiando en su inexistencia. Como criterio para saber cuál de los dos aceptar puede servir la fórmula de *Frank*: "Si el autor se dice a sí mismo, esto puede ser o suceder de otro modo, pero en cualquier caso actúo" [44], entonces hay que aceptar el dolo eventual [45]. "Los límites de la imprudencia consciente y del dolo eventual como formas de culpabilidad están muy cerca unos de otros" (BGH NStZ 1984, pág. 19).

Ejemplos: Quien proporciona auxilio a otro bajo el riesgo de que éste haya cometido un delito grave o menos grave actúa con dolo de encubrimiento personal en el sentido del § 258 en su redacción anterior (RG 53, 342; 55, 126). Asimismo, está presente el dolo eventual de cometer un homicidio (en la omisión) en el automovilista que, habiendo causado lesiones graves a la conductora de un ciclomotor mediante una colisión, se aleja sin ocuparse de que no fallezca por la falta de auxilio (BGH NStZ 1992, pág. 125). Por el contrario, generalmente sólo actúa con imprudencia consciente en relación con los daños ocasionados, quien se da la vuelta en una autopista (§ 315 c I núm. 2 ss.), aunque la mayoría de las veces lo haga con dolo eventual respecto al acaecimiento de un riesgo concreto. La madre soltera que trae al mundo a su hijo sin auxilio ajeno y al menos se esfuerza en provocar en el recién nacido los signos de vida, sólo actúa con imprudencia consciente si el niño muere a causa de la falta de asistencia suficiente (BGH GA 1979, pág. 106, a diferencia del caso de la BGH GA 1970, 86).

d) La determinación del contenido del dolo eventual y su delimitación frente a la imprudencia consciente son cuestiones extraordinariamente discutidas. No obstante, en cuanto a su resultado práctico las *otras opiniones doctrinales* vienen a coincidir con la tesis de la doctrina mayoritaria.

aa) La **teoría de la probabilidad** [46] se basa en el grado de la misma con el que el autor espera la realización del tipo. En contra de esta teoría habla el hecho de que la mayor o menor probabilidad de reali-

---

[42] Vid. *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 84; *Roxin,* Allg. Teil I § 12 núm. 27; *Kühl,* Allg. Teil § 5 núm. 75; *Wessels,* Allg. Teil núm. 220. Sobre la jurisprudencia BGH 36, 1 [10]; BGH JZ 1989, 449; BGH NStZ 1982, pág. 506; 1983, pág. 407; 1988, pág. 175; BGHR, § 212 I dolo, eventual 2, 14. Por el contrario, el § 6 II österr. StGB no exige el elemento positivo de la confianza; vid. *WK (Burgstaller)* § 6 núm. 10.

[43] Con más detalle, *Stratenwerth,* ZStW 71 (1959) pág. 58 y Allg. Teil I núms. 1104 y 308 (para quien la mera toma en consideración de la seriedad del peligro es ya suficiente para el dolo eventual); *v. Hippel,* Vorsatz und Fahrlässigkeit págs. 125 ss.; *Welzel,* Lehrbuch pág. 68; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 43 núm. 119; *Wessels,* Allg. Teil núm. 216.

[44] *Frank,* § 59 Anm. V (pág. 190). Al respecto, *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 83.

[45] Mostrando sus objeciones frente a este criterio, *Großmann,* Vorsatz und Fahrlässigkeit págs. 68 ss. y *Engisch,* Untersuchungen pág. 206.

[46] Así, *H. Mayer,* Allg. Teil pág. 250; *Sauer,* Grundlagen pág. 618; *Ross,* Über den Vorsatz págs. 149 ss. Una variante de la teoría de la probabilidad es también la tesis de *Herzberg,* JuS 1986, págs. 259 ss., según la cual, la delimitación debe hacerse de acuerdo con el grado de peligro para el bien jurídico protegido; lo mismo sucede con el planteamiento de *Jakobs,* Allg. Teil 8/23, para quien existe dolo eventual cuando el autor "concluye que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de la acción".

zación del tipo no proporciona ninguna frontera sólida entre ambas formas de culpabilidad. Más bien constituye un indicio para la valoración seria del peligro por parte del autor.

bb) La **teoría de la posibilidad** [47] evita esta inseguridad y acepta entonces el dolo eventual cuando el autor sólo valora la realización del tipo como algo que es en concreto posible. Sin embargo, con el reconocimiento de la conciencia de la posibilidad como criterio exclusivo del dolo se desplaza demasiado el límite de éste al ámbito de la imprudencia consciente. Un acuñamiento sutil de la teoría de la posibilidad lo suministra la **teoría del riesgo**. Según ésta el dolo existe cuando el sujeto se decide por su acción habiendo valorado completamente el riesgo (ya intolerable) anudado a ésta [48]. En contra de esta última tesis se erige la misma objeción que en la de la probabilidad.

cc) La **teoría del consentimiento** [49], que es aplicada frecuentemente en la práctica (por ejemplo, RG 33, 5; 76, 115 [116]; OGH 2, 254; BGH 14, 240 [256]; BGH GA 1958, 165; BGH 21, 485; 36, 9), exige que el autor debe haber "aprobado" el resultado, que lo "haya aceptado con su aprobación" o que, finalmente, también hubiera actuado en caso de "conocimiento seguro del mismo". Además, para la prueba del consentimiento sirve otra fórmula de *Frank* que atiende a cómo se habría comportado el autor en el supuesto de hubiera tenido un conocimiento *exacto* de la realización del delito [50]. En contra de esta teoría habla la circunstancia de que en un hipotético dolo directo se restringe excesivamente este elemento subjetivo a través de la interpretación del dolo eventual; que así no se valora el hecho sino al autor (¿habría sido capaz de realizarlo si hubiera tenido la certeza sobre el mismo?); y, por último, que la teoría fracasa en los casos en los que se excluyen recíprocamente el resultado perseguido y el que se valora como posible.

Ejemplo: En la feria un tirador inseguro apuesta 20 DM a que puede disparar a una bola de cristal que tiene sobre su mano la chica de una caseta; el disparo, no obstante, alcanzó a la mujer [51]. Según la fórmula de *Frank* aquí siempre quedaría excluido el dolo eventual porque en caso de certeza sobre el infortunado suceso la apuesta habría estado perdida desde un primer momento, de modo que el autor no podía haber estado de acuerdo. Lo característico del dolo eventual es precisamente por ello la inseguridad.

dd) *Armin Kaufmann* atiende a la **manifestación objetiva** de la voluntad destinada a evitar el suceso [52]. Para este autor resulta determinante "si realmente ha sido llevado a cabo el empleo de factores contrarios destinados a evitar el resultado anexo". No obstante, también este punto de vista resulta en parte demasiado estrecho y, también en parte, demasiado amplio. Ni siquiera en el caso resuelto por la BGH 7, 363 (vid. *supra* § 29 III 3 a) habría conducido a una verificación segura del dolo, pues de todos modos los autores se habían esforzado en evitar la muerte de la víctima. En otros supuestos esta visión sería demasiado limitada pues alguien que no toma precauciones específicas también puede confiar en la ausencia del resul-

---

47 Así, *Schröder*, Sauer-Festschrift pág. 243; *Kindhäuser*, ZStW 96 (1984) pág. 25; *Morkel*, NStZ 1981, págs. 177 ss.; *Otto*, Grundkurs pág. 78; *Langer*, Sonderverbrechen págs. 356 ss.; *Schmidhäuser*, GA 1958, págs. 178 ss.; *el mismo*, Allg. Teil pág. 407; *el mismo*, JuS 1980, pág. 242; *el mismo*, Oehler-Festschrift págs. 158 ss. Vid. también *Welzel*, Lehrbuch pág. 68.

48 Así, especialmente, *Frisch*, Vorsatz und Risiko pág. 495, quien, incluso, considera al dolo eventual como "la verdadera forma básica" del dolo (pág. 496), mientras que la "intención" y el "conocimiento cierto" sólo deben poseer significado para "las exigencias inherentes a la imposición de la pena" (pág. 501). De forma parecida ya, *Philipps*, ZStW 85 (1973) pág. 38.

49 Así, *v. Hippel*, Vorsatz und Fahrlässigkeit págs. 111 ss.; *Kohlrausch/Lange*, § 59 Anm. III 1c; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 22 núm. 34; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 402; *Dreher/Tröndle*, § 15 núms. 10 ss. Por este camino transita también la teoría de *Hassemer*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift pág. 297.

50 Así, *Frank*, § 59 Anm. V (pág. 190). Sobre ello *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 82.

51 Conocido caso académico de *Lacmann*, ZStW (1911) pág. 159.

52 *Armin Kaufmann*, ZStW 70 (1958) págs. 73 ss. De modo similar *Herzberg*, JuS 1986, págs. 258 ss. con la distinción entre el peligro "conjurado" y el "no conjurado", así como *Behrendt*, Vorsatzgrenze pág. 30. En contra, *Hillenkamp*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 351 ss.

tado. De ahí que esta idea también resulte de aplicación como indicio en contra de la conformidad del autor respecto del resultado.

ee) Muy similar a la teoría de la doctrina mayoritaria es aquella concepción en virtud de la cual es suficiente para el dolo eventual con que el autor valore como posible la realización del tipo y, a pesar de ello, *muestre* su *indiferencia* frente al bien jurídico protegido [53]. En este planteamiento es correcto el hecho de que lo característico de la culpabilidad del autor que actúa con dolo eventual es su indiferencia frente al bien jurídico protegido. Sin embargo, también debe exigirse que su impasibilidad le conduzca a "*conformarse* conscientemente" con la posibilidad del advenimiento del resultado y no sólo con que "se contente" con el mismo.

e) El dolo eventual hay que diferenciarlo de la **"voluntad condicionada de la acción"**. Esta última debe tenerse en cuenta en tres casos: la situación de indecisión, la resolución adoptada sobre la base de hechos hipotéticos y, por último, la resolución con reserva de desistimiento [54]. La primera no constituye dolo en modo alguno puesto que distintivo de éste es sólo una decisión definitiva de la voluntad [55]. Y así, carece todavía de dolo de matar quien al empuñar el arma todavía no sabe si quiere disparar o tan sólo amenazar (RG 68, 339 [341]). Por el contrario, actúa ya con dolo quien adopta la resolución del hecho pero hace depender su realización de condiciones que no dependen de él. De ahí que, la decisión del marido de matar a la mujer que se había separado del mismo, caso de que aquélla no quisiera volver de nuevo con él, constituye ya dolo de matar (BGH 21, 14 [18]), la apertura de una carta por un funcionario de correos destinada a comprobar si en su interior se contiene dinero para apropiarse de él, tentativa de apropiación indebida (RG 65, 145 [148] [56]), la resolución de sustraer dinero en una taberna a una persona ebria "del modo que sea y, en caso necesario, con violencia", dolo de robar (BGH 14, 383; vid. también BGH 21, 319 [322]); lo mismo sucede, finalmente, con la decisión de utilizar la violencia para el caso de que se deba producir el hecho y la víctima se defienda (BGH 12, 306 [309]; KG GA 1971, 54 [55]). Tampoco modifica en nada el dolo la reserva de desistimiento para el supuesto en el que el delito no deba ser necesario. Y así, de acuerdo con la situación jurídica y doctrina entonces existente, existió ya una tentativa de evasión de divisas por parte de quien para viajar al extranjero cose billetes en el asiento de su coche, para el supuesto de que no pudiera obtener a tiempo la correspondiente autorización oficial (de un modo diverso en este punto, RG 71, 53).

4. Las tres clases de dolo también pueden aparecer en forma de **"dolo alternativo"**. Un caso de esta naturaleza existe cuando el autor quiere desarrollar una acción determinada pero no sabe seguro cuál de los dos tipos penales aplicables llegará a realizar [57].

---

[53] Así, *Engisch*, Untersuchungen págs. 233 ss.; *Gallas*, Beiträge pág. 55; *LK (11.ª) (Schroeder)* § 16 núm. 93; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 84.

[54] Con mayor detenimiento sobre el tema, *W. Schmid*, ZStW 74 (1962) págs. 51 ss.; *Less*, GA 1956, págs. 33 ss.; *R. Schmitt*, JuS 1961, págs. 25 ss.; disiente en parte *LK (11.ª) (Schroeder)* § 16 núms. 101 ss. *Schultz*, Spendel-Festschrift págs. 314 ss. reserva el término "dolo eventual" ("Eventualvorsatz") para el dolo en su verdadero sentido y a la resolución adoptada sobre la base de hechos hipotéticos la denomina "dolo condicionado" ("bedingter Vorsatz").

[55] Acerca del "impulso de la voluntad" como punto central de toda "acción voluntaria", *Ambrosius*, Vorsatzabgrenzung págs. 20 ss.

[56] Sobre ello, con numerosos ejemplos, *Arzt*, JZ 1969, págs. 54 ss.

[57] Vid. *LK (11.ª) (Schroeder)* § 16 núm. 106; *Joerden*, ZStW 95 (1983) pág. 565; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 22 núm. 27; *Otto*, Grundkurs pág. 74; *Wessels*, Allg. Teil núm. 231.

Ejemplos: El autor dispara a su víctima para matarla o para provocar su incapacidad para moverse. El sujeto se apropia de un corzo que se encontraba encerrado en un establo y que tiempo atrás había sido encontrado cuando era una cría y que había crecido en la granja; la sustracción se realiza sin saber si el corzo era una pieza de caza ajena (§ 292) o si integraba una propiedad ajena (§ 242) (RG 39, 247 [433]). El autor se encuentra un billetero ajeno y no sabe si éste ha sido perdido por su propietario (§ 246) o si tan sólo lo ha cambiado de lugar (§ 242).

El dolo alternativo sólo es problemático en el tratamiento del delito que no se consuma. En estos casos hay que afirmar el dolo en relación a las distintas modalidades de comisión y aceptar la unidad de acción en la medida en que la tentativa sea punible. De sobrevenir uno de los posibles resultados existirá entonces unidad de acción entre el delito consumado y el intentado, en tanto que este último no sea subsidiario del primero (como sucede, por ejemplo, con la lesión corporal frente al homicidio) [58].

IV. Dolo y finalidad

1. La *finalidad* (capacidad de dirección) se define como la capacidad de la persona de vislumbrar por anticipado el curso de las cosas, predecir mentalmente los acontecimientos causales y dirigir el suceso hacia un objetivo a través del propio comportamiento (vid. *supra* § 23 III 1). Si bien existe unidad acerca de la finalidad como tal y su fundamental significado para las acciones conscientemente voluntarias, en cambio, se discute la cuestión relativa a la extensión con la que en Derecho penal puede considerarse al comportamiento dirigido finalísticamente [59].

Como finalidad en sentido *estricto* puede ser entendida la voluntad de la acción que, dominada por la representación de un objetivo, dirige el suceso hacia la meta perseguida [60]. Desde una perspectiva jurídico-penal la finalidad coincidiría, pues, con la intención ("Absicht") mientras que el dolo directo y el eventual quedan excluidos al no perseguirse aquí la realización del tipo. En un sentido *algo más amplio*, final es todo comportamiento que generalmente es determinado por la capacidad de dirección del curso causal [61] porque aquí, en cualquier caso, existe y se realiza la facultad de influir sobre el devenir de las cosas. De acuerdo con ello, desde un punto de vista penal la finalidad vendría determinada por la intención y el dolo directo mientras que, por el contrario, el dolo eventual y la imprudencia consciente quedarían excluidos por ser supuestos caracterizados por la incertidumbre. La finalidad posee un sentido *aún más amplio* si se la equipara con el dolo [62]. Según ello, también el dolo eventual es concebido como expresión de la finalidad ya que con éste el autor tolera el posible acaecimiento del resultado añadido que considera indeseado o indiferente y, a pesar de ello, dirige su actuación hacia el ansiado objetivo. Finalmente, en su sentido *más amplio*, la finalidad puede ser entendida de tal modo que coincida con el actuar consciente con lo que también vendría a exten-

---

[58] En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Jakobs*, Allg. Teil 8/33; *Roxin*, Allg. Teil I § 12 núm. 80; *Lackner*, § 15 núm. 29; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 91; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 301; *Welzel*, Lehrbuch pág. 72; otros, en cambio, sostienen que lo decisivo es ya el dolo del delito más grave; así, *LK (11.ª) (Schroeder)* § 16 núm. 106; *Kühl*, JuS 1980, pág. 275; *Schneider*, GA 1956, pág. 257. Diferenciando todavía más, *Wessels*, Allg. Teil núms. 233 ss.

[59] Vid. *Roxin*, ZStW 74 (1962) págs. 532 ss.; *Welzel*, Grünhut-Erinnerungsgabe págs. 173 ss.; *Schewe*, Reflexbewegung págs. 27 ss.

[60] Así, *Schmidhäuser*, ZStW 66 (1954) pág. 34.

[61] Así, *Hardwig*, Zurechnung págs. 86 ss.; *Ambrosius*, Vorsatzabgrenzung pág. 79.

[62] Así sucede con los defensores de la teoría final de la acción; vid. *Welzel*, Lehrbuch pág. 35; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 16 núm. 41; *Armin Kaufmann*, ZStW 70 (1958) pág. 81; *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959) pág. 60.

derse al campo de la imprudencia consciente. Y es que si alguien actúa a la vista del reconocimiento de consecuencias típicas que sólo aparecen como posibles, entonces éstas ya no han sido causadas ciegamente sino que son resultado del acontecimiento dirigido por la persona. A través de la actuación que se desarrolla bajo la consciencia de posibles consecuencias, éstas se convierten al menos en resultados imaginables de la causalidad que ha sido puesta en marcha y dirigida por la persona misma.

2. Parece correcto entender la *finalidad* en su sentido más amplio, esto es, *como comportamiento con voluntad consciente*. Por ello las acciones pasionales e instintivas deben ser incluidas en aquélla porque aunque probablemente se cometieron inconscientemente en el estadio agudo del hecho, sin embargo, sobre la base de un pre-estadio de consciencia constituyen una actuación dirigida a un objetivo (vid. *supra* § 29 II 2 nota a pie núm. 9 *in fine*). De acuerdo con lo afirmado, el comportamiento consciente de la voluntad engloba por completo el ámbito del dolo, pero también incluye a la imprudencia consciente porque ésta, a pesar de que no desea las consecuencias, reside en la esfera de la dirección de la acción. El dolo eventual y la imprudencia consciente no se distinguen entre sí por el contenido de su injusto sino por el de su culpabilidad; el sentido final de ambas formas de comportamiento es el mismo, la diferencia reside en el grado de reprochabilidad [63].

V. El error de tipo

Backmann, Die Rechtsfolgen der aberratio ictus, JuS 1971, pág. 113; *el mismo,* Grundfälle zum strafrechtlichen Irrtum, JuS 1972, pág. 196, 1973, pág. 30 y 1974, pág. 40; *Busch,* Über die Abgrenzung von Tatbestands-und Verbotsirrtum, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 165; *Franke,* Probleme beim Irrtum über Strafmilderungsgründe, JuS 1980, pág. 172; *Frisch,* Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *D. Geerds,* Der vorsatzausschließende Irrtum, Jura 1990, pág. 421; *Hafi,* Grenzfälle des Irrtums über normative Tatbestandsmerkmale, JA 1981, pág. 281; *J. Hall,* Ignorance and Mistake in Criminal Law, Indiana Law Journal 33 (1957) pág. 1; *Herdegen,* Der Verbotsirrtum in der Rechtsprechung des BGH, en: 25 Jahre BGH, 1975, pág. 195; *Herzberg,* Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf, ZStW 85 (1973) pág. 867; *el mismo,* Aberratio ictus und error in obiecto, JA 1981, págs. 369 y 470; *el mismo,* Wegfall subjektiver Tatbestandsvoraussetzungen vor Vollendung der Tat, Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 163; *el mismo,* Zur Eingrenzung des vorsatzausschließenden Irrtums, JZ 1993, pág. 1017; *el mismo,* Tatbestands-oder Verbotsirrtum? GA 1993, pág. 439; *Hettinger,* Der sog. dolus generalis usw., Festschrift für G. Spendel, 1993, pág. 237; *Hillenkamp,* Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen usw., 1971; *Hruschka,* Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten usw., JuS 1982, pág. 317; *el mismo,* Der Standard-Fall der aberratio ictus und verwandte Fallkonstellationen, JZ 1991, pág. 488; *Jakobs,* Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *Janiszewski,* Zur Problematik der aberratio ictus, MDR 1985, 533; *Jescheck,* Zum Rechtsirrtum im deutschen und italienischen Strafrecht, en: Recht in Ost und West (Waseda-Festschrift) 1988, pág. 889; *el mismo,* Die Schuld im Entwurf eines StGB für England und Wales usw., Festschrift für R. Schmitt, 1992, pág. 56; *el mismo,* Das Schuldprinzip als Grundlage und Grenze der Strafbarkeit im deutschen und spanischen Recht, Gedächtnisschrift für I. de Loyola, 1991, pág. 405; *Armin Kaufmann,* "Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt? Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 251; *Arthur Kaufmann,* Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1985; *Kienapfel,* Zur gegenwärtigen Situation der Strafrechtsdogmatik in Österreich, JZ 1972, pág. 569; *el mismo,* Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum, ÖJZ 1976, pág. 113; *el mismo,* Unrechtsbewußtsein und

---

[63] En este sentido, *Engisch,* Kohlrausch-Festschrift págs. 155 ss.; *Gallas,* Beiträge págs. 54 ss.; *Nowakowski,* JZ 1958, págs. 338 ss.; *WK (Nowakowski)* § 5 núm. 17; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 3 antes del § 1.

Verbotsirrtum, en: Strafrechtl. Probleme 4, 1976, pág. 112; *Kindhäuser,* Zur Unterscheidung von Tat-und Rechtsirrtum, GA 1990, pág. 407; *Krümpelmann,* Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, ZStW Beiheft Budapest, 1978, pág. 6; *Kuhlen,* Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht-vorsatzausschließendem Irrtum, 1987; *Lange,* Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, JZ 1956, pág. 73; *el mismo,* Nur eine Ordnungswidrigkeit? JZ 1957, pág. 233; *Lang-Hinrichsen,* Zur Problematik der Lehre von Tatbestands-und Verbotsirrtum, JR 1952, pág. 184; *Loewenheim,* Error in objecto und aberratio ictus, JuS 1966, pág. 310; *Maiwald,* Der "dolus generalis", ZStW 78 (1966) pág. 30; *H. Mayer,* Das Problem des sogenannten dolus generalis, JZ 1956, pág. 109; *Nierwetberg,* Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum, Jura 1985, pág. 238; *Niese,* Die Vorsatzauffassung des OGH in Strafsachen, SJZ 1950, pág. 31; *Nowakowski,* Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz, ZStW 65 (1953) pág. 379; *Noll,* Tatbestand und Rechtswidrigkeit usw., ZStW 77 (1965) pág. 1; *Oehler,* Zum Eintritt eines hochgradigen Affekts während der Ausführungshandlung GA 1956, pág. 1; *Otto,* Der vorsatzausschließende Irrtum in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Gedächtnisschrift für K. Meyer, 1990, pág. 583; *Prittwitz,* Zur Diskrepanz zwischen Tatgeschehen und Tätervorstellung, GA 1983, pág. 110; *Puppe,* Zur Revision der Lehre vom "konkreten" Vorsatz usw., GA 1981, pág. 1; *la misma,* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Irrtümer usw., JZ 1989, pág. 728; *la misma,* Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA 1990, pág. 145; *la misma,* Vorsatz und Zurechnung, 1992; *Rath,* Zur strafrechtlichen Behandlung der aberratio ictus und des error in objecto des Täters, 1993; *Roxin,* Gedanken zum "dolus generalis", Festschrift für Th. Würtenberger, 1977, pág. 109; *Schaffstein,* Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, Göttinger Festschrift für das OLG Celle, 1961, pág. 175; *Schick,* Die Entschuldbarkeit rechtsirrtümlichen Handelns usw., ÖJZ 1969, pág. 535; *Schlüchter,* Grundfälle zum Bewertungsirrtum usw., JuS 1985, pág. 373; *la misma,* Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 1983; *la misma,* Zur Abgrenzung von Tatbestands-und Verbotsirrtum-BayObLG NJW 1992, pág. 2306; *Schreiber,* Grenzfälle zu "error in objecto" und "aberratio ictus", JuS 1985, pág. 873; *Schröder,* Tatbestands-und Verbotsirrtum, MDR 1951, 387; *el mismo,* Die Irrtumsrechtsprechung des BGH, ZStW 65 (1953) pág. 178; *Schultz,* Zur bundesrechtlichen Rechtsprechung über den Sachverhaltsirrtum, StrGB Art. 19, SchwZStr 77 (1961) pág. 74; *Silva Sánchez,* Aberratio ictus und objektive Zurechnung, ZStW 101 (1989) pág. 352; *E. Steininger,* Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, JBl 1987, pág. 205; *Stree,* Begünstigung, Strafvereitelung und Hehlerei, JuS, 1976, pág. 137; *Thornstedt,* Der Rechtsirrtum im schwedischen Strafrecht, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 503; *Trifferer,* Zur Theorie der objektiven Zurechnung in der österr. Rechtsprechung, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 419; *Warda,* Die Abgrenzung von Tatbestands-und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, 1955; *el mismo,* Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre, Jura 1979, págs. 1, 71, 113, 286; *el mismo,* Zur Gleichwertigkeit der verwechselten Objekte beim error in obiecto, Festschrift für G. Blau, 1985, pág. 159; *el mismo,* Zur Problematik des Irrtums über Tatbestandsalternativen, Festschrift für W. Stree und J. Wessels, 1993, pág. 267; *Welzel,* Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns, SJZ 1948, pág. 368; *el mismo,* Schuld und Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, MDR 1951, 65; *Wolter,* Der Irrtum über den Kausalverlauf usw., ZStW 89 (1977) pág. 649; *el mismo,* Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? Festschrift für H. Leferenz, 1983, pág. 545; *el mismo,* Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht, en: *Schünemann* (Ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pág. 103.

Vid. además las fuentes bibliográficas recogidas antes del § 29.

1. Las ideas equivocadas del autor pueden repercutir de modo diverso sobre su punibilidad: pueden excluir el dolo, afectar sólo a la culpabilidad o, incluso, carecer de relevancia alguna para la punibilidad. Según el punto de referencia de la representación equivocada se distinguen diversas clases de error que también conducen a consecuencias jurídicas heterogéneas. En un primer plano se encuentra la distinción entre **error de tipo y error de prohibición.**

a) Existe **error de tipo** cuando el autor no conoce uno de los elementos a los que el dolo debe extenderse según el tipo que corresponda. La consecuencia verdaderamente obvia de un error de esta naturaleza la expresa el § 16: el autor actúa sin dolo. La disposición es aplicable analógicamente a circunstancias que, aunque en realidad no pertenecen al tipo, deben ser abarcadas

por el dolo como por ejemplo sucede con las circunstancias que agravan la pena en el marco de la determinación de ésta (vid. *supra* § 29 II 3c, d). Internamente el error de tipo puede consistir tanto en una *representación falsa* como también en la *falta de representación*, pues muy genéricamente el error significa la no coincidencia entre la conciencia y la realidad [64].

Ejemplo: Un cazador dispara a un buscador de setas al confundirlo durante el crepúsculo con un jabalí. En el autor está ausente el dolo de matar a una *persona*.

b) Frente al error de tipo se encuentra el error acerca de la antijuricidad (**error de prohibición**) (vid. *infra* § 41 II y III) [65]. El error de prohibición consiste en que un comportamiento determinado, correctamente reconocido por el autor en su estado objetivo, está jurídicamente prohibido.

Ejemplo: El turista extranjero que, desconociendo que en Alemania también en los accidentes de tráfico en los que sólo se ocasionan daños materiales debe esperarse un cierto tiempo en el lugar del accidente (§ 142 I núm. 2), sigue conduciendo tras haber dañado a un coche que se encontraba estacionado.

c) La distinción entre error de tipo y de prohibición se ha impuesto tan sólo en los últimos tiempos. La jurisprudencia del RG ha tomado por base, en correspondencia con la tradición, la diferenciación entre **error de hecho** (error facti) y **error de Derecho** (error iuris) que todavía se encuentra con frecuencia en el extranjero [66] (acerca de su evolución hasta nuestros días vid. la 2.ª ed. de esta obra págs. 228 ss.).

---

[64] La incertidumbre acerca de un elemento objetivo del tipo no es ningún error, sino dolo eventual o imprudencia consciente (vid. *supra* § 29 III a y c); sobre ello, *Warda*, Jura 1979, pág. 5; *Schlüchter*, Irrtum págs. 30 ss.

[65] En relación con su historia dogmática, *H. Mayer*, Lehrbuch págs. 257 ss. así como *Liepmann*, ZStW 38 (1917) págs. 21 ss., 39 (1918) págs. 115 ss.; acerca de la jurisprudencia del RG *Krümpelmann*, ZStW Beiheft Budapest 1978 págs. 7 ss.; sobre su historia legislativa *Schlüchter*, Irrtum págs. 80 ss. En torno a la cuestión misma, sobre todo, *v. Hippel*, Tomo II págs. 331, 337 ss.; *Graf zu Dohna*, Verbrechenslehre págs. 51 ss.; *Busch*, Mezger-Festschrift págs. 165 ss.; *Herzberg*, GA 1993, págs. 439 ss.; *Arthur Kaufmann*, Das Unrechtsbewußtsein págs. 61 ss.; *Lang-Hinrichsen*, JR 1952, pág. 184; *Schaffstein*, Göttinger Festschrift págs. 175 ss.; *Schröder*, MDR 1951, pág. 387 y ZStW 65 (1953) pág. 180; *Kienapfel*, Strafrechtl. Probleme 4 págs. 112 ss. Crítico con la distinción, *Otto*, K. Meyer-Gedächtnisschrift págs. 567 ss.

[66] Frente a la distinción dominante entre error de tipo y de prohibición *Kuhlen*, Irrtum págs. 101 ss. considera que la diferenciación mantenida por el RG sigue siendo decisiva; en cuanto al resultado, también, *Puppe*, GA 1990, págs. 180 ss. De forma complementaria al respecto, *Kindhäuser*, GA 1990, pág. 423. En contra de Kuhlen *Herzberg*, JZ 1993, págs. 1020 ss. En relación con el Derecho extranjero vid. para Suiza *Schultz*, SchwZStr 77 (1961) pág. 74; *Stratenwerth*, Schweiz. Strafrecht, Allg. Teil I págs. 152 ss., 256 ss. (la distinción sobre la base de los artículos 19 y 20 StGB se hace principalmente como en Derecho alemán). En Francia la literatura mantiene la diferencia entre "erreur de fait" y el inatendible "erreur de droit"; vid. *Merle/Vitu*, Traité I núms. 449, 450. Sin embargo, el art. 122-3 del Código penal de 1994 ha introducido como causa de exclusión de la culpabilidad el error de Derecho invencible que conduce al autor a la creencia errónea de que su comportamiento es adecuado a Derecho. En Italia, el Tribunal Constitucional en una sentencia de 23.3.1988 (Corte costituzionale 1988, 364) ha limitado el viejo principio "error juris nocet" a través del art. 5 Cp en atención al principio de culpabilidad del art. 27, párrafo primero, de la Constitución, en el sentido de reconocer el error de prohibición invencible como causa de exclusión de la culpabilidad; vid. sobre ello *Jescheck*, Waseda-Festschrift págs. 907 ss. También la jurisprudencia belga ha seguido este camino desde 1946; vid. *Dupont/Verstraeten*, Handboek núm. 494; *Hennau/Verbaegen*, Droit pénal général núms. 361 ss. Sobre el Derecho anglo-americano vid. *J. Hall*, Indiana Law Journal 33 (1957) págs. 1 ss.; *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 575 ss. El proyecto de codificación inglesa mantiene la proposición "Ignorance of the law is no defence"; vid. *Jescheck*, R. Schmitt-Festschrift págs. 64 ss. Por el contrario, la doctrina austríaca más reciente ha seguido el desarrollo de la Ciencia alemana; vid. *Rittler*, Tomo I págs. 203 ss.; *Nowakowski*, Grundriß pág. 72; *Platzgummer*, JBl 1971, pág. 240, con ejemplos extraídos de el anterior

2. Con posterioridad a 1945, algunos Tribunales regionales superiores [67] y el OGH (OGH 2, 117 [129 ss.]) se separaron de la jurisprudencia relativa al error del RG, tal y como se presentó con frecuencia en el enjuiciamiento de los delitos violentos cometidos durante el nacional-socialismo. El BGH ha continuado este desarrollo y en la **sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal que sentó jurisprudencia** de 18.3.1952 tomó por base en el tratamiento del error, la distinción entre error de tipo y de prohibición. La regulación del § 59 en su redacción anterior (actual § 16) y relativa a la exclusión del dolo, sólo rigió para el error de tipo mientras que el error de prohibición dejó intacto el dolo y, dependiendo de si el autor era culpable o inculpable, condujo a la aplicación de una pena atenuada o a la impunidad (BGH 2, 194 [197]) [68]. También en la doctrina existe actualmente una amplia unidad acerca de que *sólo* a través de esta diferenciación puede formarse la base para la solución de los problemas del error. En esencia, sólo se sigue discutiendo acerca de la ubicación del error sobre los presupuestos típicos de las causas de justificación (vid. *infra* § 41 IV).

Al igual que el dolo, el error de tipo puede ir referido a la totalidad de los elementos objetivos del tipo (vid. *supra* § 29 II 3), incluidos los conceptos jurídicos contenidos en éste (por ejemplo, propiedad, documento, matrimonio, funcionario) y otros elementos normativos (vgr., acción sexual, dignidad de la persona, secreto) [69]. Falta el dolo si, como mínimo, el autor no ha comprendido correctamente el significado de tales elementos en el marco de la valoración paralela de la esfera del profano o lego (vid. *supra* § 29 II 3 a). No basta con que el autor haya conocido la base fáctica del concepto jurídico.

---

punto de vista del RG. El StGB austríaco de 1975 regula el error de tipo y de prohibición como el alemán (conclusión inversa desde los §§ 5 I y 9); de acuerdo, *Liebscher*, ZfRV 1970, pág. 185; *Kienapfel*, JZ 1972, pág. 577; *Schick*, ÖJZ 1969, págs. 535 ss.; *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 43 antes del § 3. Profundizando en el nuevo Derecho *Kienapfel*, ÖJZ 1976, págs. 113 ss. En España, el art. 6 Cp, en su redacción procedente de la Reforma de 1983, regula el error de tipo y de prohibición como en el Derecho alemán en los §§ 16 y 17; vid. sobre ello *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 631 ss.; *Jescheck*, I. de Loyola-Gedächtnisschrift págs. 413 ss. [La alusión al art. 6 del Cp español debe entenderse referida al vigente art. 14 del Código penal de 1995; la regulación, no obstante, es algo diversa a la recogida en los §§ 16 y 17 StGB (N del T)]. La doctrina y praxis neerlandesa se encuentra cercana a la actual distinción alemana entre error de tipo y de prohibición; vid. *Pompe*, Handboek págs. 163 ss.; *el mismo*, Das niederländische Strafrecht págs. 77 ss.; *Hazewinkel-Suringa/Remmelink*, Inleiding págs. 377 ss. El nuevo Código penal brasileño de 1984 diferencia, como el alemán, entre "error de tipo" (art. 20) y "error de prohibição" (art. 21); vid. *Fragoso, Lições*, págs. 182 ss.; *de Jesus*, Comentários, Art. 20 Anm. 2c. Sobre el Derecho sueco vid. *Thornstedt*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 504 ss.

[67] Así, OLG Kiel DRZ 1946, pág. 126; KG DRZ 1947, pág. 198; OLG Frankfurt SJZ 1947, pág. 622 con comentario de *Radbruch* Spág. 633; OLG Stuttgart DRZ 1949, pág. 164; OLG Oldenburg MDR 1950, pág. 690 con comentario de *v. Weber*.

[68] La nueva línea de la jurisprudencia fue preparada especialmente por *Welzel*, SJZ 1948, pág. 368; *el mismo*, MDR 1951, pág. 65 y *Niese*, SJZ 1950, pág. 31. Sobre su valoración vid. *Busch*, Mezger-Festschrift págs. 165 ss., que fue quien elaboró el informe en el Pleno de la Sala; además, *Herdegen*, en: 25 Jahre BGH págs. 195 ss. Marca una línea de continuidad entre la delimitación del error por el BGH y el RG *Kuhlen*, Irrtum págs. 161 ss., proporcionando razones de peso.

[69] Al respecto, *Roxin*, Allg. Teil I § 12 núms. 84 ss.; *D. Geerds*, Jura 1990, págs. 422 ss.; además, *Schlüchter*, Irrtum págs. 100 ss., que de modo restringido exige que el autor debe haber comprendido el "significado lesivo de su comportamiento"; mostrándose crítico, *Herzberg*, JZ 1993, págs. 1019 ss. *Hafi*, JA 1981, págs. 281 ss. diferencia entre el error "referido al objeto" y el "referido al concepto". Acerca del Derecho austríaco *E. Steininger*, JBl 1987, pág. 205.

Ejemplos: Quien desinfla a otra persona los neumáticos de su automóvil no puede acogerse, frente al reproche derivado del daño material (§ 303), a que había aceptado que "dañar" significa el deterioro sustancial de la cosa; la razón de ello reside en que el bien jurídico del § 303 ya se ha menoscabado al no poder utilizar sin más el vehículo al fin previsto para el mismo, algo que el autor sí sabía a ciencia cierta (BGH 13, 207). En los delitos de funcionarios (§§ 11 I núm. 2c, 331 ss.) el autor debe saber que ha actuado en un servicio que es manifestación de la actividad de un poder estatal (en este caso, el anterior servicio federal de correos) que sirve, precisamente, al cumplimiento de los fines de la Administración pública (BGH 8, 321 [323]). Existe error de tipo en la deslealtad profesional (§ 356) cuando un abogado, a consecuencia de su análisis jurídico equivocado de los intereses de sus mandantes, ha ignorado la contraposición de los mismos (BGH 15, 332 [338]). Quien desconoce el alcance de la subasta forzosa de su finca se equivoca acerca de la ajenidad de las plantas que se llevó consigo (OLG Celle Nds. Rpfl. 1985, 148). Error de tipo es también aquel que sufre el abogado acerca de la extensión del inventario patrimonial de acuerdo con el § 807 ZPO (KG JR 1985, pág. 161). Constituye asimismo error de tipo la equivocación acerca de la subsistencia de una inhabilitación profesional (§ 145c) a pesar de la interposición de un recurso en contra (BGH GA 1989, pág. 393). Lo es igualmente la aceptación equivocada del autor de que la víctima estaría de acuerdo con el acceso carnal (§ 177) (BGH NStZ 1982, pág. 26; BGH NJW 1993, pág. 2188). Es por el contrario error de prohibición la creencia errónea de que el ejercicio del derecho de caza frente a perros salvajes se extiende también a los patios y jardines de una casa (BayObLG NJW 1992, pág. 2306 con comentario de *Schlüchter*, JuS 1993, pág. 14). Vid., también, BGH NStZ 1989, pág. 21; OLG Köln NJW 1981, pág. 63.

3. En las **leyes penales en blanco** surge la cuestión de cómo hay que tratar el error acerca de la norma complementaria. Generalmente el RG había considerado el error acerca de la existencia o contenido de este tipo de normas como un error jurídico extrapenal excluyente del dolo (RG 49, 323 [327]; 56, 337 [339]). Correctamente hay que partir de que la norma complementaria es una parte integrante del tipo, pues la norma prohibitiva resulta incomprensible si la conminación penal no está referida a un comportamiento descrito de modo concreto. Por tanto, a la disposición penal así completada le son aplicables las reglas generales del error: la equivocación acerca de un elemento objetivo de la norma que complementa a la Ley penal en blanco es un error de tipo; en cambio, la equivocación acerca de la existencia de aquélla es un error de prohibición [70]. La opinión contraria también exige para el dolo la conciencia en torno a la existencia de la norma complementaria [71]. Además, se presupone que en Derecho penal especial deberían regir reglas específicas para el tratamiento del error de prohibición, porque aquí el castigo por la comisión dolosa del hecho sólo se justifica en el caso de que se posea un conocimiento positivo de la prohibición. Se trata, pues, de un problema *general* del tratamiento del error de prohibición en Derecho penal especial que sólo puede ser discutido en relación con el error de prohibición mismo (vid. *infra* § 41 II 2c).

Ejemplo: En el § 38 BJagdG se castiga a quien transgrede las disposiciones relativas al tiempo de veda. La equivocación que versa sobre los límites temporales de aquélla o sobre la fecha en que se caza constituye un error de tipo (OLG Celle NJW 1954, pág. 1618), mientras que el error sobre la imposibilidad de cazar durante la veda viene a ser un error de prohibición (así, BGH 9, 358 [360 ss.]).

---

[70] En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *LK (11.ª) (Schroeder)* § 16 núm. 39; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núms. 97 ss.; *SK (Rudolphi)* § 16 núms. 18 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 23 núm. 9; *Jakobs*, Allg. Teil 8/47; *Roxin*, Allg. Teil I § 12 núm. 95; *AK (Zielinski)* §§ 15, 16 núm. 52; *Herzberg*, GA 1993, págs. 457 ss.; *Warda*, Abgrenzung págs. 36 ss.; *Welzel*, Lehrbuch pág. 168.

[71] Así, *Lange*, JZ 1956, pág. 75; *el mismo*, JZ 1957, pág. 233; *Kohlrausch/Lange*, § 59 Anm.V 3d y VI; *Schröder*, MDR 1951, pág. 389.

4. El **tratamiento del error de tipo** descansa sobre un sencillo principio básico: el error de tipo excluye el dolo (§ 16 I 1). El desconocimiento de un elemento en un delito cualificado da lugar a la mera aplicación del delito básico. Dado que los componentes cualificadores son asimismo verdaderos elementos del tipo, no requieren de una mención especial en el § 16.

Ejemplo: El autor debe saber que uno de los intervinientes en el robo lleva consigo un arma de fuego pues de lo contrario sólo se le castiga por el § 249 y no según el § 250 núm. 1a (BGH 3, 229 [233 ss.]).

Si el error de tipo es atribuible a la *imprudencia,* el autor es castigado por la comisión imprudente del hecho en tanto que aquélla resulte punible como tal (§ 16 I 2). El momento de realización del hecho resulta decisivo para el juicio sobre la imprudencia [72].

Ejemplo: Quien caza durante época de veda al equivocarse sobre la duración de ésta no es castigado por el § 38 I BJagdG, pero sí resulta serlo de acuerdo con el tipo imprudente recogido en el párrafo segundo de dicho precepto. Por el contrario, queda impune el asistente que por imprudencia encierra a un estudiante en el seminario durante la noche, puesto que no existe un tipo que castigue la privación imprudente de libertad.

Prescindiendo del castigo del error de tipo que descansa sobre la imprudencia determinada conforme a la norma penal que corresponda, en el error de tipo no se lleva a cabo una distinción entre el desconocimiento culpable o inculpable (RG 6, 85 [88]; de forma incorrecta, OLG Celle NJW 1969, pág. 1775, según la cual, el error causado por la embriaguez no debe excluir el dolo) [73]. Tampoco importa si el error descansa en una falta de entendimiento o en un sentimiento valorativo [74]. El tratamiento que de este modo recibe el error de tipo está justificado, por una parte, a causa de que el presupuesto mínimo del castigo por un delito doloso debe ser el conocimiento de la totalidad de los elementos objetivos del tipo que fundamentan el contenido de injusto de la correspondiente figura de delito y, por otra, porque el contenido de culpabilidad de una lesión o puesta en peligro producida por un error imprudente es abarcado suficientemente por la pena señalada para la imprudencia.

5. a) A diferencia de lo que sucedía con el § 59 en su redacción anterior, en el vigente § 16 II también está regulado el **error sobre los elementos constitutivos del tipo privilegiado.** El autor que de forma equivocada tiene por existentes tales elementos sólo puede ser castigado por la comisión dolosa de acuerdo con la norma privilegiada [75].

Ejemplos: Quien erróneamente cree que se enfrenta a un homicidio a petición seriamente formulado sólo puede ser castigado conforme al § 216. Quien mediante un ardid secuestra a un menor de dieciocho años con la intención de practicar comportamientos sexuales y, de este modo, acepta equivocadamente que el menor está de acuerdo con su intención, no puede ser castigado conforme al § 235 sino sólo según el § 236 [76] (BGH 24, 168).

---

[72] No obstante, la omisión previa en la solicitud de informaciones puede fundamentar la imprudencia si el autor debió haber contado con la posibilidad de una situación análoga; vid. *Schönke/Schröder/Cramer,* § 16 núm. 13.

[73] *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 23 núm. 22. Crítico con el caso de la "ceguera para los hechos", *Jakobs,* Allg. Teil 8/5 a.

[74] Haciendo esta distinción *Nowakowski,* ZStW 65 (1953) págs. 379 ss. y Grundriß pág. 73; no obstante, esta diferenciación deja de ser formulada en *WK,* § 5 núm. 27.

[75] La disposición se refiere sólo a elementos atenuantes que pertenecen al injusto; vid. al respecto *Franke,* JuS 1980, págs. 172 ss.; *Warda,* Jura 1979, págs. 113 ss.

[76] Téngase en cuenta que en la actualidad ya no castiga el secuestro practicado contando con la libre voluntad de un menor de dieciocho años; la redacción vigente del § 236 sanciona ahora el "tráfico de niños" (N del T).

b) Por el contrario, si el autor tiene por inexistente un elemento atenuante que concurre en la realidad, entonces hay que distinguir dependiendo de su pertenencia al injusto o a la culpabilidad[77]. Si el error está referido a un elemento de la culpabilidad (la mujer que cree que su hijo recién nacido es intramarital cuando, en realidad, resulta no serlo[78]), la situación real no puede beneficiar al autor puesto que una circunstancia que ha permanecido desconocida no se plantea como un motivo que atenúe la culpabilidad por el hecho (por ello, el § 217[79] queda excluido). Sin embargo, cuando el privilegio descansa sobre una disminución del injusto debe prevalecer la situación objetiva.

Ejemplo: En el caso de la BGH 24, 168, cuando el autor ignora que el menor de edad está de acuerdo con el secuestro, existiría un delito consumado del § 236[80] en unidad de hecho con la tentativa (impune) de secuestro de un niño del § 235.

c) El § 16 II es aplicable analógicamente a los casos menos graves (vgr., § 213) y a las excepciones de los ejemplos reglados (por ejemplo, § 243 II), en la medida en que la atenuación descanse en un injusto menor.

Ejemplo: Si el ladrón cree que se encuentra ante una imitación barata cuando, en realidad, resulta ser una joya de gran valor, entonces no puede ser admitido un caso especialmente grave de acuerdo con los §§ 243 II y 16 II.

6. El dolo debe ser *concreto*, esto es, debe abarcar a un suceso individualizado de acuerdo con los elementos objetivos, con inclusión de las circunstancias esenciales del curso causal. En este contexto hay que discutir algunos supuestos de error cuya solución depende del **grado de determinación** del contenido ideal del dolo que debe ser puesto de manifiesto, **especialmente con ocasión de las desviaciones del curso causal**[81].

a) En el **error sobre el objeto de la acción** (error in persona vel in objecto) el autor se equivoca acerca de la identidad del objeto material. Aquí la solución depende de si la valoración jurídico-penal cambiaría en caso de que la representación del autor hubiera sido correcta. Si lo sucedido posee una equivalencia valorativa típica con el hecho ideado o, erróneamente, el autor acepta aquélla, entonces la equivocación resulta ser irrelevante por tratarse de un simple error en los motivos[82] [83].

---

[77] *Dreher/Tröndle*, § 16 núm. 8; *Roxin*, Allg. Teil I § 12 núms. 121 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 16 núm. 28; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 28b; *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 414 ss.; *Warda*, Jura 1979, págs. 114 ss. Por el contrario, *Lackner*, § 16 núm. 7 sostiene que el elemento privilegiante no debe ser tenido en cuenta de ningún modo.

[78] El § 217 StGB que anteriormente regulaba el infanticidio está actualmente derogado (N del T).

[79] Vid. la nota a pie anterior (N del T).

[80] Vid. nota a pie núm. 76 (N del T).

[81] Profundizando sobre ello *Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971; *AK (Zielinski)* §§ 15, 16 núms. 56 ss.

[82] En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 409 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 16 núm. 6; *Lackner*, § 15 núm. 13; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 23 núm. 25; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 59; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 29; *Wessels*, Allg. Teil núm. 247. En relación con el problema de la equivalencia valorativa *Warda*, Oehler-Festschrift págs. 159 ss. Parcialmente crítico *Herzberg*, JuS 1981, págs. 369 ss., 470 ss. Puede encontrarse un resumen en *Rath*, Aberratio ictus págs. 221 ss.

[83] Acerca de su delimitación frente a la aberratio ictus *Herzberg*, JA 1981, págs. 472 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 8/81; *Prittwitz*, GA 1983, págs. 118 ss.; *Puppe*, GA 1981, págs. 4 ss.; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung págs. 123 ss.; *Schreiber*, JuS 1985, pág. 873.

Ejemplos: Inducido por su patrón Rosahl, el mozo Rose disparó durante el crepúsculo a un escolar al que había confundido con un acreedor del inductor que era a quien verdaderamente tenía que haber matado (caso Rose-Rosahl, Preuß. Obertribunal GA 7 [1859] pág. 332; igualmente, RG 18, 337; 19, 179; BGH 11, 268; 37, 214 [216]; OLG Neustadt NJW 1964, pág. 311) (acerca de la inducción en caso de error del inducido sobre el objeto de la acción vid. *infra* § 64 II 4). Una equivocación en el objeto también irrelevante se da además en el encubrimiento personal (§ 258) cuando el error recae en el tipo y cualificación del hecho previo (RG 50, 218 [221]).

Por el contrario, no encontrándose en un mismo nivel los objetos materiales intercambiados, el error in objecto que en otro caso era irrelevante pasa aquí a adquirir el significado de un error de tipo.

Ejemplos: Un campesino golpea en un gran almacén a un maniquí que creía que le miraba fijamente y, como consecuencia del golpe, se rompe: tentativa (impune) de lesiones corporales [84] y daños materiales imprudentes (también impunes) (el caso es de *Graf zu Dohna*). La persona del propietario pasa a ser relevante si en relación con una cosa robada el autor es, sin él saberlo, el propietario mismo; así sucede cuando, por ejemplo, sin darse cuenta el autor sustrae en la oscuridad su propia bicicleta en lugar de una ajena. El autor sólo puede ser castigado por un hurto en grado de tentativa. Vid. también el caso de la RG 19, 179 (error in persona como error sobre los presupuestos típicos del derecho de corrección). En la creencia de que se trata de su enemigo, alguien injuria a la persona que se encuentra al otro lado del teléfono sin percatarse de que se trata de una persona completamente distinta y que, por el contenido de la afirmación, no puede sentirse herida de ningún modo (BayObLG JR 1987, pág. 431).

b) Para actuar dolosamente el autor no sólo debe conocer la acción y el resultado, sino también divisar el curso causal en sus rasgos esenciales dado que, al igual que aquéllos, la conexión causal es también un elemento del tipo. Pero puesto que la mayoría de las veces el curso causal sólo es previsible de forma imperfecta, se plantea la cuestión de cuándo la desviación del curso causal realmente acaecido es tan esencial en relación con el proyectado como para determinar que el error sea considerado como error de tipo **(error acerca del curso causal)**. No obstante, con carácter previo hay que examinar si el resultado es objetivamente imputable al autor (vid. *supra* § 28 IV 1, 3, 4, 7) [85]. En lugar del curso causal esperado por el autor e imputable objetivamente al mismo, debe haber tenido lugar un curso causal que resulte imputable del mismo modo. Siendo éste el caso, puede afirmarse con carácter general que la desviación operada frente al curso proyectado no excluye el dolo *(desviación inesencial)* [86]. El motivo para ello reside en que en este supuesto el riesgo todavía inherente a la acción se traduce típicamente en una lesión del objeto material protegido.

---

[84] Téngase en cuenta que con la redacción vigente del § 223 II StGB ya resulta punible la tentativa en las lesiones corporales tipificadas en el tipo básico (N del T).

[85] Faltando ésta decae ya la imputación del resultado en el tipo objetivo. No obstante, si resulta ser imputable, depende también además de que el curso causal esté abarcado por el dolo; vid. *Armin Kaufmann,* Jescheck-Festschrift Tomo I pág. 269; *Lackner,* § 15 núm. 10; *Wessels,* Allg. Teil núm. 258. Acerca de las desviaciones esenciales e inesenciales en el curso causal como problema de la creación de un riesgo desaprobado *Frisch,* Tatbestandsmäßiges Verhalten pág. 457.

[86] Con mayor detenimiento vid. *H. Mayer,* JZ 1956, pág. 111; *Oehler,* GA 1956, pág. 3; *Gallas,* Beiträge pág. 47; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 15 núm. 55; *Krümpelmann,* ZStW Beiheft Budapest 1978 pág. 25; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 31; *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 401 ss.; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 278. Con un planteamiento contrario *Herzberg,* ZStW 85 (1973) págs. 867 ss. sólo acepta en estos casos el dolo cuando exista "coconciencia" del curso causal desviado. Mostrándose críticos sobre ello, con razón, *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 32; *Wessels,* Allg. Teil núm. 261; *Roxin,* Würtenberger-Festschrift pág. 116.

Ejemplos: A quiso matar a B mediante los golpes inferidos con el mango de un hacha pero el herido no murió por ello sino a consecuencia de la infección de las heridas (RG 70, 257 [258 ss.]). El autor tiró a su víctima al agua desde un puente para que se ahogara pero la muerte sobrevino como resultado del impacto de aquélla contra el pilar del puente. El fallecido, que debía ser ahorcado con motivo del "juicio" celebrado por un tribunal simulado, murió a causa de una pelea cuerpo a cuerpo frente a sus asesinos que, al no darse cuenta de esta circunstancia y teniéndolo tan sólo por inconsciente, procedieron finalmente a colgarlo (BGH GA 1955, 123). Vid. también RG DStr 1939, pág. 177. También son consideradas por la jurisprudencia como desviaciones inesenciales del curso causal, aquellas en las que el autor pasa a convertirse en un inimputable durante la acción homicida (BGH 7, 325 [329]; 23, 133 [135]; el supuesto es distinto cuando el autor adquiere tal condición antes del comienzo del hecho, BGH 23, 356) [87]. Cuando la bomba explosiona durante la preparación del atentado provocando la muerte casual de la víctima prevista, sólo resulta aplicable el § 222 puesto que aquí el autor no había creado todavía el riesgo para el sujeto pasivo abarcado por su dolo.

No obstante si, excepcionalmente, en comparación con la representada, la desviación sucedida del curso causal imputable requiere de una valoración ético-jurídica del hecho diversa (desviación *esencial*), entonces existe un error de tipo que excluye el dolo [88]. Por regla general en este caso hay que aceptar una *tentativa* puesto que el error sólo afecta al camino hacia el resultado.

Ejemplo: A ayudó a trasladar a B hasta el puesto de mando, donde tenía que ser fusilado por derrotista durante la confusión existente con la derrota de Alemania en abril de 1945. Sin embargo, durante el trayecto una de las personas encargadas de su custodia lo mató por decisión propia. Aquí hay que negar una complicidad en el homicidio por parte de A pues aunque, ciertamente, la desviación era todavía imputable (peligro para la vida de la víctima con el traslado), el hecho requería otra valoración ético-jurídica: A quería dar cumplimiento a una orden, pero no dejar a B a la merced de la tropa (de otra opinión, OGH 2, 63 [64]) [89]. Si el correo diplomático es robado con anterioridad a la importación de la sustancia estupefaciente y, con posterioridad, es introducida por el ladrón, en el mandante concurre una desviación esencial del curso causal proyectado (BGH NJW 1991, pág. 3161; en la resolución se dejó abierta la cuestión relativa a la posibilidad de imputar objetivamente la importación acaecida de esta forma).

c) El problema de la determinación del dolo se plantea, además, en los casos de desarrollo equivocado del hecho (**aberratio ictus**). Éstos deben diferenciarse nítidamente del error en el objeto en el que el resultado va a parar sobre el mismo objeto material que el autor se había propuesto. En tales hipótesis el error se refiere sólo a la identidad del objeto de la acción. En cambio, el caso de la aberratio ictus se caracteriza por una doble desviación del suceso que el autor se había representado: por un lado, su ataque fracasa en relación con el objetivo buscado y, por otro, alcanza (por casualidad) a una persona u objeto que el autor no había previsto (el supuesto es distinto cuando el autor incluye tal objeto en el hecho con dolo eventual; vid., por ejemplo, RG 2, 335 [336]). En los casos de objetos *desiguales* la solución es sencilla: quien quiere romper el cristal de su enemigo pero, por descuido, alcanza al propio dueño de la casa, es castigado por una tentativa de daños en concurso ideal (unidad de hecho) con unas lesiones corporales imprudentes. Pero, de acuerdo con la tesis más extendida, también en las hipótesis de *equivalencia de los objetos* hay que aceptar la tentativa del hecho pretendido y, en su caso (esto es, en la

---

[87] Sobre ello vid. *Geilen*, Maurach-Festschrift págs. 194 ss.; *Wolter*, Leferenz-Festschrift págs. 557 ss.

[88] Son discutidos los supuestos en los que el resultado sobreviene anticipadamente en el momento en el que el autor sólo *intenta* la comisión del hecho que está fuera de su alcance; acertadamente, a favor de la simple punibilidad por la tentativa, *LK (11.ª)(Schroeder)* § 16 núm. 34; *Jakobs*, Allg. Teil 8/76; de otra opinión *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 58 *in fine*, así como la doctrina mayoritaria.

[89] Disiente sobre todo ello *Hruschka*, JuS 1982, pág. 320.

medida en que al autor se le atribuya la infracción del deber de cuidado respecto a la víctima afectada), la imprudencia en cuanto al resultado sobrevenido [90].

Ejemplos: La esposa que, queriendo deshacerse de su marido, le envía una botella de genciana que contiene ácido clorhídrico. El hombre deja beber en primer lugar a un compañero de trabajo quien tras tomarlo se desploma ya muerto (tentativa de asesinato en concurso ideal con homicidio imprudente). El sujeto que al ser atacado por la noche se defiende golpeando con su bastón y alcanza a la mujer del agresor que pretendía separarlos. El autor queda impune porque la tentativa de lesiones del atacante (§ 223 a [91]) queda cubierta por la legítima defensa, mientras que la lesión inferida a la mujer no puede serle reprochable a causa de la consiguiente excitación, de forma que también se excluye un castigo a título de imprudencia (RG 58, 27 [28]; asimismo, RG 3, 384; 54, 349; OLG Neustadt NJW 1964, pág. 311). Existe tentativa de homicidio en concurso ideal con lesiones corporales imprudentes en el supuesto de un atropello equivocado con automóvil en el que resulta herida la persona que se encontraba detrás de la víctima tomada por objetivo (BGH 34, 53 [55]).

La opinión contraria, partidaria del hecho doloso consumado [92], olvida el dato de que no basta con el dolo vaya referido de forma abstracta a una *clase* determinada de objeto material, sino que el autor debe haberse propuesto atacar a un objeto *concreto*. Además, el caso de la legítima defensa recién expuesto demuestra que el injusto de acción del hecho realizado y del proyectado puede ser completamente distinto. Por el contrario, si en la denuncia falsa (§ 164) las sospechas se dirigen hacia una persona distinta a la inicialmente proyectada, no concurre un supuesto de desarrollo equivocado del hecho sino una desviación (inesencial) del curso causal en tanto que se acepta que, en un primer plano, el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia y no el honor del afectado (BGH 9, 240).

d) Un problema especial del error sobre el curso causal se deriva de los supuestos en los que el autor cree erróneamente que ya ha matado a su víctima pero, en realidad, su fallecimiento

---

[90] Así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 414; *Backmann*, JuS 1971, pág. 120; *Blei*, Allg. Teil pág. 121; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 72; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 23 núm. 31; *Silva Sánchez*, ZStW 101 (1989) pág. 378; *Lackner*, § 15 núm. 12; *Jakobs*, Allg. Teil 8/80; *Hettinger*, GA 1990, pág. 554; *Otto*, Grundkurs pág. 91; *Roxin*, Allg. Teil I § 12 núm. 149; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten pág. 616; *Hruschka*, JZ 1991, págs. 488 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 57; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 33; *Wessels*, Allg. Teil núm. 250. Suministra un resumen sobre el tema *Rath*, Aberratio ictus págs. 99 ss.

[91] El § 223 a debe entenderse referido al vigente § 223 (N del T).

[92] Así, *Frank*, § 59 Anm. III 2c; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 269; *Loewenheim*, JuS 1966, pág. 310; *Welzel*, Lehrbuch pág. 73; *Noll*, ZStW 77 (1965) pág. 5; *Puppe*, GA 1981, págs. 1 ss.; *la misma*, JZ 1989, pág. 728; *la misma*, Vorsatz und Zurechnung pág. 10; *Kuhlen*, Irrtum págs. 480 ss. Para supuestos especiales admiten el hecho consumado *Roxin*, Würtenberger-Festschrift pág. 123 y *Herzberg*, JA 1981, pág. 473 (hipótesis de puesta en peligro de varios objetos materiales que son valorativamente equiparables, cuando al autor no le importa la identidad de la víctima); *Prittwitz*, GA 1983, págs. 127 ss. (si el autor, como mínimo, ha divisado el objeto afectado por descuido); *Janiszewski*, MDR 1985, pág. 538 (el autor sabe, en cualquier caso, qué tipos objetivos puede realizar). Estas teorías olvidan la idea fundamental de que es una cuestión que depende de la concreción del dolo. También es rechazable la solución diferenciadora de *Hillenkamp*, Vorsatzkonkretisierungen págs. 116 ss., de acuerdo con la cual, no importa la concreción del dolo en los bienes jurídicos patrimoniales; la razón reside en que también los bienes que no son personalísimos deben estar referidos en su totalidad a objetos completamente determinados. Por el contrario, el cambio en el objeto del hecho dentro del mismo tipo penal (por ejemplo, sustracción de una colección de sellos en lugar de una pequeña cantidad de dinero en metálico) carece de relevancia para el dolo; vid. *Roxin*, Allg. Teil I § 12 núms. 154 ss.

tiene lugar cuando el autor intenta hacer desaparecer el supuesto cadáver (el denominado **dolus generalis**). Aquí el sujeto no se equivoca con el objeto del delito que lesiona, sino acerca del curso de la acción que conduce a dicha lesión. El hecho se lleva a cabo en dos actos cuyo significado es evaluado equivocadamente por el autor, al creer que ya ha alcanzado el resultado con el primer acto cuando, en verdad, lo ha llevado a efecto a través del segundo que debía servir para ocultar el hecho.

Ejemplos: El asesino tira al agua a su víctima, supuestamente fallecida, donde muere por ahogamiento (RG 67, 258; BGH 14, 193). El autor que cree haber matado a su víctima por estrangulamiento simula un suicidio por ahorcamiento de la misma, acto este último por el que el supuesto muerto fallece (OGH 1, 74 [75 ss.]). El marido que piensa equivocadamente que ha matado con gas a su mujer mientras dormía, simula asimismo un suicidio provocando nuevamente un escape de gas que es el que realmente produce la muerte de su esposa (OGH 2, 285). El autor que dirigió diversas acciones homicidas contra un niño recién nacido, creyéndolo muerto, lo tiró a un pozo negro donde pereció ahogado (BGH *Dallinger*, MDR 1952, pág. 16).

La jurisprudencia admite aquí un acontecimiento unitario en el que el dolo, aunque referido sólo al primer acto, engloba también al segundo. Una parte de la doctrina se remite a la teoría del Derecho común sobre el "dolus generalis" y, de acuerdo con ella, acepta un suceso real indivisible con un dolo "general" comprensivo de todo el evento que no merece ninguna consideración jurídica privilegiante [93].

A la opinión contraria, que en estos casos admite un asesinato intentado y un homicidio imprudente [94], hay que oponerle que los supuestos en los que el propio autor se coloca en una situación de inconsciencia como instrumento de la consumación de su hecho, se encuentran completamente dentro del marco de la imputación objetiva y tampoco necesitan de una valoración diversa a favor del agente [95]. Otra solución sólo sería posible si en el caso concreto pudiera negarse la imputación objetiva del resultado que acaece por medio del segundo acto [96].

7. De la pareja de conceptos constituida por el error de tipo y de prohibición hay que diferenciar **otros casos de error.**

a) Conociendo el autor el contenido fáctico de un elemento del tipo pero equivocándose en torno a su caracterización jurídico-penal (por ejemplo, no considera a la placa identificativa del vehículo como un documento o a un líquido como una cosa), entonces estaremos en presen-

---

[93] Así, *Welzel*, Lehrbuch pág. 74; *Graf zu Dohna*, Verbrechenslehre pág. 27; *v. Hippel*, Tomo II pág. 337 nota a pie núm. 1; *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 393 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 16 núm. 7; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 57; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 281; *Triffterer*, Klug-Festschrift Tomo II pág. 437 nota a pie núm. 72; *Wolter*, Leferenz-Festschrift págs. 449 ss.

[94] En este sentido, *Engisch*, Untersuchungen pág. 72; *Hruschka*, JuS 1982, págs. 319 ss.; *Frank*, § 59 Anm. IX; *Maiwald*, ZStW 78 (1966) págs. 54 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 23 núm. 35; *Hettinger*, Spendel-Festschrift págs. 246 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 8/79; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten págs. 620 ss.; *Backmann*, JuS 1972, pág. 199.

[95] *Wessels*, Allg. Teil núm. 265; *Puppe*, Vorsatz und Zurechnung pág. 54; *Lackner*, § 15 núm. 11. Por el contrario, *Roxin*, Allg. Teil I § 12 núm. 161; *el mismo*, Würtenberger-Festschrift págs. 120 ss., sólo sigue a la doctrina mayoritaria "cuando la acción del autor había comprendido la acción homicida"; de modo similar, *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 35a. Según *Stefan Seiler*, ÖJZ 1994, págs. 93 ss., hay que diferenciar los casos en los que existe un suceso unitario (desviación inesencial en el curso causal), de aquellos otros donde concurren dos actos comisivos a valorar separadamente (tentativa de homicidio y homicidio imprudente).

[96] En esta dirección *Jakobs*, Studien págs. 99 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 404.

cia de un **error de subsunción** [97] que, como tal, es irrelevante por el hecho de que para la afirmación del dolo no puede ser exigido más que un conocimiento del significado de las cosas en el sentido de la "valoración paralela en la esfera del profano". Por lo general el error no se refiere aquí al tipo sino a la punibilidad del hecho. Si, como consecuencia del error de subsunción y a pesar del conocimiento del significado de las cosas, falta la conciencia del injusto por haber considerado el autor el hecho como algo permitido, entonces estamos ante un error de prohibición (BGH 9, 341 [347]; 13, 135 [138]; 15, 332 [338]).

Ejemplos: En tiempos de racionamiento el autor afirma no haberse dado cuenta de que la adquisición adicional de cartillas para la obtención de alimentos supone una "ventaja patrimonial" (RG 51, 237 [239]) o de que con la financiación de negocios concluidos con pagos aplazados se regenta una "institución crediticia" (BGH 4, 347 [352]). El acusado afirma no haber tomado por "aprendiz" a una joven de dieciséis años (schweiz. BGE 78 IV 41) o a las rayas en el posavasos del camarero como un "documento" (RG DStrZ 1916, 77). El asesino que, conociendo todas las circunstancias del hecho, se basa en no haber considerado su acción como "alevosa" (BGH 22, 77 [80]).

b) Un error de prohibición singular es el **error sobre las causas de justificación** (vid. *infra* § 41 III).

c) El **error en la esfera de la culpabilidad** no constituye ni error de tipo ni de prohibición. Como es sabido, resulta inatendible el error sobre la propia capacidad de culpabilidad. El error acerca de los elementos del tipo de la culpabilidad y sobre las causas de exculpación sigue sus propias reglas (vid. *infra* § 48 II).

d) El **error acerca de las causas personales de exclusión de la pena** (vid. *infra* § 52 III 1) es tratado por algunos como un error de tipo [98]. En una rigurosa delimitación de los casos, tal y como se pretende en esta obra (vid. *infra* § 52 II 1), no hay que situarse en la representación del autor sino en la situación objetiva puesto que las causas personales de exclusión de la pena no son partes integrantes del tipo y, de acuerdo con ello, el contenido de injusto del hecho tampoco puede verse afectado por el error [99].

Ejemplo: La creencia por parte de un diputado de que una manifestación hecha durante el transcurso de la renovación del Parlamento federal estaría cubierta por el § 36, no le exonera de responsabilidad.

e) Inatendible es, asimismo, el **error sobre las condiciones objetivas de la punibilidad** (vid. *infra* § 53 III 1) puesto que éstas constituyen limitaciones a la punibilidad introducidas por motivos político-criminales que tampoco afectan al contenido de injusto del hecho [100].

Ejemplo: En el § 323 a, el dolo se refiere sólo a la propia colocación en la situación de embriaguez, no al hecho cometido en tales circunstancias y tampoco a la posibilidad de que de algún modo pueda cometerse una acción punible (BGH 16, 124; discrepando, BGH 10, 247).

f) El **error acerca de la punibilidad** no se refiere a la antijuricidad del hecho sino a la consecuencia jurídica. Esta modalidad tuvo significado para *Feuerbach* en el marco de su teoría de la coacción psicológica, puesto que del conocimiento de la amenaza penal dependían los motivos que debían evitar el hecho [101]. Sin

---

[97] Al respecto, *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 408; *Backmann,* JuS 1973, pág. 300; *Lackner,* § 15 núm. 14; *LK (11.ª) (Schroeder)* § 16 núms. 41 ss.; *Maurach/Zipf,* All Teil I § 23 núm. 37; *Roxin,* Allg. Teil I § 12 núms. 86 ss.; *Nierwetberg,* Jura 1985, págs. 238 ss.; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 408; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 23; *Warda,* Jura 1979, págs. 81 ss.

[98] Así, *Schönke/Schröder/Cramer,* § 16 núm. 34; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 132 antes del § 32; *Stree,* JuS 1976, pág. 141; *Wessels,* Allg. Teil núms. 499 ss. (para todos los casos en los que las causas personales de exclusión de la pena tienen su raíz en el ámbito de la culpabilidad).

[99] En este sentido, *Kohlrausch/Lange,* § 247 anotación VII; *LK (11.ª) (Schroeder)* § 16 núm. 60; *Dreher/Tröndle,* § 16 núm. 31; *Roxin,* Allg. Teil I § 12 núm. 133; *Welzel,* Lehrbuch págs. 356 ss.; BGH 23, 281; OLG Stuttgart MDR 1970, pág. 162.

[100] Vid., más detalladamente, *LK (11.ª) (Schroeder)* § 16 núm. 61.

[101] *Feuerbach,* Lehrbuch § 93, exigió por ello la conciencia de la punibilidad del hecho.

embargo, en cuanto que llegó a considerarse el contenido del mandato de la norma jurídica como un imperativo decisivo para la actuación de la persona, el error acerca de la punibilidad dejó de tener sentido alguno (RG 2, 268 [269]; 54, 152 [161]).

g) Inatendible resulta, finalmente, el **error sobre los presupuestos procesales** como, por ejemplo, la necesidad de una querella penal (BGH 18, 123 [125]) [102].

§ 30 Los elementos subjetivos del tipo

Beling, Die Lehre vom Tatbestand, 1930; *Braun,* Die Bedeutung der subjektiven Unrechtselemente für das System eines Willensstrafrechts, 1936; *Class,* Grenzen des Tatbestandes, Strafr. Abh. Heft 323, 1933; *Graf zu Dohna,* Elemente des Schuldbegriffs, GS 65 (1905) pág. 304; *Ecker,* Die Verwendung und Feststellung subjektiver Verbrechensmerkmale, Diss. Göttingen 1981; *Engisch,* Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands-und Unrechtselementen, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 165; *H. A. Fischer,* Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911; *Gallas,* Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, Festschrift für W. Graf Gleispach, 1936, pág. 50; *el mismo,* Der Begriff der Falschheit der eidlichen und uneidlichen Aussage, GA 1957, pág. 315; *Goldschmidt,* Normativer Schuldbegriff, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 428; *Hegler,* Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915) pág. 19; *el mismo,* Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 251; *Jescheck,* Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling, im Vergleich mit der österreichischen Lehre, ZStW 73 (1961) pág. 179; *Kadeèka,* Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff, ZStW 59 (1940) pág. 1; *Krauß,* Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht, Festschrift für H.-J. Bruns, 1978, pág. 11; *Krümpelmann,* Vorsatz und Motivation, ZStW 87 (1975) pág. 888; *Lampe,* Das personale Unrecht, 1967; *Mezger,* Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924) p.205; *el mismo,* Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, Festschrift für L. Traeger, 1926, pág. 187; *Mir Puig,* Über das Objektive und das Subjektive im Unrechtstatbestand, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 253; *Nagler,* Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, Festschrift für K. Binding, Tomo II, 1911, pág. 273; *Nowakowski,* Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, pág. 19; *Oehler,* Die mit Strafe bedrohte tatvorsätzliche Handlung im Rahmen der Teilnahme, Berliner Festschrift zum 41. DJT, 1955, pág. 255; *el mismo,* Das objektive Zweckmoment der rechtswidrigen Handlung, 1959; *Picotti,* Il dolo specifico, 1993; *Platzgummer,* Die "Allgemeinen Bestimmungen" des StGE im Lichte der neueren Strafrechtsdogmatik, JBl 1971, 236; *Polaino,* Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español, 1972; *Schudt,* Die subjektiven Unrechtselemente in der neueren Entwicklung, Diss. München 1951; *Sieverts,* Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, 1934; *Stratenwerth,* Die Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale, Festschrift für H. v. Weber, 1963, pág. 171; *Waider,* Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselemenren usw., 1970; *v. Weber,* Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935; *Welzel,* Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939) pág. 490; *E. Wolf,* Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit, 1931; *Zielinski,* Handlungs-und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973; *Zimmerl,* Zur Lehre vom Tatbestand, Strafr. Abh. Heft. 237, 1928; *Zipf,* Die Problematik des Meineids usw., Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 415.

I. Naturaleza, descubrimiento y delimitación de los elementos subjetivos del tipo

1. El dolo es el núcleo central del injusto personal de acción en los delitos dolosos y puede, por ello, ser caracterizado como el elemento subjetivo *general* del tipo. Sin embargo, junto al

---

[102] Vid. *LK* (11.ª)*(Schroeder)* § 16 núm. 62; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 16 núm. 36.

dolo concurren a menudo **especiales elementos subjetivos del tipo** [1] que son asimismo partes integrantes del injusto de acción, en la medida en que vienen a caracterizar más detalladamente la voluntad de acción del autor. Se presentan como modificaciones de la voluntad típica de acción que, al igual que el dolo, muestran la **estructura de la finalidad** (vid. *supra* § 29 IV) y están, también como aquél, referidos al bien jurídico protegido, al objeto de la acción, así como al modo y forma de su lesión (vid. *supra* § 24 III 4 b). Por regla general los elementos subjetivos del tipo sirven para *constituir* el injusto de una determinada clase de delito y, más ocasionalmente, son empleados como base para efectuar *cualificaciones* o *atenuaciones* de un tipo básico.

2. El *descubrimiento* de los elementos subjetivos del injusto (vid. *supra* § 22 III 2 b) [2] se remonta a *H.A. Fischer* que, por primera vez en el Derecho civil y especialmente en relación con determinadas causas de justificación, comprobó que con frecuencia lo prohibido no es un comportamiento objetivo como tal, "sino que algo está permitido o prohibido según la disposición interna con la que el autor lo comete" [3]. En Derecho penal *Nagler* [4] y *Graf zu Dohna* [5] ya habían llamado la atención sobre manifestaciones similares. Poco después y casi al mismo tiempo *Hegler* [6] y *M.E. Mayer* [7] consiguieron clasificar sistemáticamente estos casos. En realidad, ambos autores todavía divisaban la antijuricidad material en la exclusiva dañosidad social del hecho, pero admitieron que a menudo ésta también venía determinada por los fines perseguidos por el autor. De modo similar, *Sauer* [8] demostró que los elementos subjetivos del injusto ya forjaban el tipo delictivo. El completo desarrollo de la teoría de los elementos subjetivos del injusto hay que agradecerla a *Mezger* [9]. Pero mientras que para los autores clásicos los elementos subjetivos todavía aparecían como la excepción a una antijuricidad determinada básicamente por un comportamiento corporal externo, los partidarios de la nueva sistemática vieron en su existencia una confirmación del concepto personal del injusto [10]. La teoría de los elementos subjetivos del injusto se ha hecho dominante en Alemania a pesar de que encontró su punto de partida en un entendimiento puramente externo de la antijuricidad y de que también tuvo decisivos adversarios [11]. La opinión defendida por *Oehler* [12] de que tales elementos del injusto pertenecen en rea-

---

[1] Las denominaciones "injusto" subjetivo y "elementos del tipo" de carácter subjetivo son equivalentes; la primera se sitúa en torno a la pertenencia de la totalidad del grupo de elementos a los factores que caracterizan al *injusto* de un delito, mientras que la segunda indica que tales elementos son utilizados para la construcción del *tipo*. Acerca de la extensión numérica de la utilización de elementos subjetivos en la Parte Especial vid. *Schudt*, Die subjektiven Unrechtselemente pág. 121.

[2] Acerca de su historia dogmática vid. *Mezger*, GS 89 (1924) págs. 208 ss.; *Sieverts*, Subjektive Unrechtselemente págs. 4 ss.; *Waider*, Subjektive Rechtfertigungselemente págs. 173 ss.; *Lampe*, Das personale Unrecht págs. 13 ss., 31 ss. Un resumen lo suministra *Zielinski*, Handlungs-und Erfolgsunwert págs. 26 ss. Acerca de la asignación de los elementos subjetivos del tipo al injusto de la acción o del resultado *Mir Puig*, Armin Kaufmann-Gedächtnissclirift págs. 253 ss.

[3] *H. A. Fischer*, Die Rechtswidrigkeit págs. 288 ss.

[4] *Nagler*, Binding-Festschrift pág. 286 nota a pie núm. 8.

[5] *Graf zu Dohna*, GS 65 (1905) págs. 310 ss.

[6] *Hegler*, ZStW 36 (1915) págs. 31 ss.; *el mismo*, Frank-Festgabe Tomo I págs. 251 ss.

[7] *M.E. Mayer*, Lehrbuch págs. 12, 185 ss.

[8] *Sauer*, Grundlagen pág. 344.

[9] *Mezger*, GS 89 (1924) págs. 259 ss.; *el mismo*, Traeger-Festschrift págs. 197 ss.; *el mismo*, Lehrbuch págs. 168 ss. La posición final de *Mezger* en Moderne Wege págs. 22 ss. ya se acerca al concepto del injusto personal.

[10] Así, *Braun*, Subjektive Unrechtselemente págs. 22 ss.; *Gallas*, Gleispach-Festschrift pág. 58; *Welzel*, ZStW 58 (1939) pág. 507; *E. Wolf*, Typen der Tatbestandsmäßigkeit pág. 61.

[11] Así, *Zimmerl*, Lehre vom Tatbestand págs. 29 ss. (que en la pág. 34 ya advertía de las consecuencias para la posición del dolo); *Goldschmidt*, Frank-Festgabe Tomo I págs. 458 ss.; *Beling*, Lehre vom

lidad a la culpabilidad resulta tan poco convincente como la tesis opuesta, según la cual, la totalidad de los elementos correspondientes a la actitud interna del sujeto no pertenecerían a la culpabilidad, sino sólo al tipo subjetivo [13] (vid. *infra* § 42 II 3 a).

3. No todos los elementos que forman parte de una disposición penal y que describen factores psíquicos son elementos subjetivos del injusto. Dentro de los mismos hay que distinguir, más bien, entre los **elementos subjetivos comprendidos por el tipo de la culpabilidad** y los **elementos de la actitud interna** (*Gesinnungsmerkmale*) (vid. *infra* § 42 II 2, 3). Decisivos para su delimitación resultan ser los criterios ya propuestos para la distinción entre el injusto y la culpabilidad. De acuerdo con ello, el injusto del hecho sólo vendrá determinado por los elementos subjetivos integrantes de una disposición penal cuando éstos caractericen a la voluntad de acción del autor, por ir referidos a la modalidad comisiva del hecho, al bien jurídico o al objeto de la acción protegido por el tipo. Por el contrario, son elementos de la culpabilidad todas aquellas circunstancias que caracterizan más detalladamente la formación de la voluntad del autor, y que hacen aparecer a la actitud interna, de la que emana la resolución delictiva, bajo una luz más o menos negativa (vid., más detalladamente, *infra* § 42 II 3) [14].

La distinción tiene trascendencia práctica para la participación: los "elementos personales especiales", en el sentido del § 28, vienen a ser en realidad los elementos subjetivos comprendidos por la culpabilidad y los elementos de la actitud interna del sujeto, unos y otros integrables en el ámbito de la culpabilidad, pero no los elementos subjetivos del injusto que caracterizan el específico contenido de injusto del tipo delictivo (vid. *infra* § 61 VII 4 a).

Ejemplo: La "codicia" como elemento del asesinato (§ 211) pertenece al ámbito de la culpabilidad mientras que el "ánimo de lucro", que se encuentra en la misma línea de contenido psíquico, caracteriza el

---

Tatbestand págs. 11 ss.; *Class*, Grenzen págs. 175 ss.; *Wegner*, Strafrecht págs. 111 ss.; *H. Mayer*, Lehrbuch págs. 104 ss. Discrepante se mostraba, sobre todo, la escuela clásica austríaca; vgl. *Rittler*, Tomo I págs. 121 ss.; *Nowakowski*, Grundriß págs. 54 ss.; *Kadečka*, ZStW 59 (1940) págs. 1 ss. El cambio hacia el reconocimiento de los elementos subjetivos del injusto fue llevado a cabo por *Nowakowski*, JBl 1972, pág. 25 y *Platzgummer*, JBl 1971, pág. 238. En relación con la doctrina austríaca posterior y hasta nuestros días *Engisch*, Rittler-Festschrift págs. 167 ss. y *Jescheck*, ZStW 73 (1961) págs. 197 ss. Acerca de la situación actual que se corresponde con la de la doctrina alemana, *Kienapfel*, Grundriß Z 8 Rdn. 20; *Triffterer*, Allg. Teil pág. 95. En Suiza siguen a la teoría dominante en Alemania, *Germann*, Verbrechen pág. 43; *Noll/Trechsel*, Allg. Teil I págs. 102 ss.; *Stratenwerth*, Schweiz. Strafrecht, Allg. Teil I págs. 169 ss.; *Rehberg*, Strafrecht I pág. 72; *Schwander*, Das schweiz. StGB pág. 73. De otra opinión, *Schultz*, Einführung I págs. 139 ss.; diferenciador *Hafter*, Allg. Teil pág. 96. En Italia *Bettiol/Pettoello Mantovani*, Diritto penale págs. 334 ss. admiten excepcionalmente elementos subjetivos del injusto; la doctrina más moderna discute el problema de la mano del "dolo specifico" que se corresponde con la "intención"; vid. *Mantovani*, Diritto penale pág. 234 y *Picotti*, Il dolo specifico, 1993. A la doctrina alemana se adhieren en España *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 408 ss.; vid., además, *Polaino*, Los elementos subjetivos, 1972; *Cerezo Mir*, Curso págs. 360 ss. La doctrina francesa afronta la cuestión bajo la denominación del "dol spécial"; vid. *Merle/Vitu*, Traité I núms. 564 ss.; la doctrina neerlandesa lo hace bajo la de "oogmerk"; vid. *Pompe*, Handboek págs. 170 ss.; *van Bemmelen/van Veen*, Ons strafrecht págs. 127 ss.; *Hazewinkel-Suringa/Remmelink*, Inleiding págs. 212 ss. La doctrina belga habla de "bijsonder opzet (dolus specialis)"; vid. *Dupont/Verstraeten*, Handboek núm. 428.

[12] *Oehler*, Berliner DJT-Festschrift pág. 278; *el mismo*, Das objektive Zweckmoment págs. 131 ss.

[13] Así, *Maurach/Zipf* Allg. Teil I § 22 núm. 52; *Jakobs*, Allg. Teil 6/96; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 54 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 330 ss.

[14] Igualmente, *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núms. 71 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núms. 136 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 63, 122 antes del § 13; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 249.

específico injusto personal de la estafa (§ 263) y, por ello, aparece como un elemento subjetivo del injusto. En consecuencia, el cómplice en la muerte dolosa de otra persona que, a diferencia del autor, no actúa por codicia, debe ser castigado únicamente por complicidad en el homicidio (§ 28 II); en cambio, el cómplice de una estafa sólo debe saber que el autor actúa con ánimo de lucro, sin que sea necesario que él deba poseer tal intención.

II. Los elementos subjetivos del tipo en el Derecho vigente

La *agrupación de los elementos subjetivos del tipo* es *discutida* en sus detalles [15], aunque la cuestión pierde trascendencia tan pronto como el dolo también es incluido en el tipo de injusto. Así pues, sólo conserva un significado práctico la delimitación frente a los elementos de la culpabilidad.

1. El primer grupo comprende a los **"delitos de intención"** (delitos de tendencia interna trascendente). Se habla de intención en este sentido cuando el autor persigue un resultado que tiene en consideración para la realización del tipo pero que en realidad no necesita ser alcanzado. Se distingue entre delitos de resultado cortado y delitos mutilados en dos actos (vid. *supra* § 26 II 5) [16].

a) En los *delitos de resultado cortado* la acción típica es completada por la persecución de un resultado externo que va más allá del tipo objetivo y que debe acontecer *por sí mismo*, esto es, sin la intervención del autor. Como ejemplos pueden señalarse el envenenamiento (§ 229) [17], el hurto agravado (§ 252), la extorsión (§ 253), la estafa (§ 263), impedimento de la ejecución forzosa (§ 288) o el cohecho activo (§ 233) (*Vorteilsgewährung*).

b) Por el contrario, en los *delitos mutilados en dos actos* para la realización del tipo el autor debe querer causar *con su propia conducta* el resultado que va más allá del tipo objetivo. Como ejemplos pueden mencionarse el secuestro (§ 236) [18], el hurto (§ 242), el robo (§ 249) y el incendio agravado (§ 307 núm. 2).

2. El segundo grupo comprende los **"delitos de tendencia"** (delitos de tendencia interna intensificada). La nota característica a este grupo radica en que la acción delictiva es dominada por la dirección de la voluntad del autor, que es la que le confiere su verdadero carácter o la especial peligrosidad para el bien jurídico protegido.

a) A estas infracciones pertenecen, en primer lugar, los *delitos sexuales* (§§ 174 ss.) que por su propia naturaleza precisan no sólo que externamente la acción contradiga gravemente el sentimiento de pudor, sino también que sea emprendida con ánimo lujurioso (vid. la ingeniosa afirmación de Mefistófeles en la escena con el alumno de "Fausto" acerca de la medicina).

b) Otro grupo de delitos requiere una dirección volitiva del autor que muestra una *tendencia especialmente peligrosa* para el bien jurídico protegido. Ejemplos de ello son el ánimo de obtener alguna ventaja

---

[15] Vid. la clasificación de *Sieverts*, Subjektive Unrechtselemente págs. 140 ss., que estructura sobre *Hegler*, *Mezger* y *E. Wolf*. Además, *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 281 ss.; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 54 ss; *Jakobs*, Allg. Teil 8/89 ss. Acerca de la estructura psicológica de los elementos subjetivos del injusto *Krauß*, Bruns-Festschrift págs. 11 ss.; *Krümpelmann*, ZStW 87 (1975) págs. 896 ss.

[16] Así, *Binding*, Lehrbuch Bes. Teil Tomo I pág. 12.

[17] En la actualidad el § 229 StGB regula las lesiones corporales imprudentes; el envenenamiento aparece ahora regulado como una de las modalidades peligrosas de las lesiones corporales en el § 224 I 1 StGB (N del T).

[18] El § 236 StGB en su redacción anterior regulaba el secuestro de una menor de dieciocho años con fines sexuales llevado a cabo de acuerdo con su voluntad. Actualmente esta figura ha desaparecido y el § 236 StGB se dedica ahora a la tipificación del tráfico de niños (N del T).

patrimonial (§ 181 a I núm. 2), el ánimo de lucro (§ 259), el ánimo de ocultación (§ 211 II) o el ánimo de perjudicar (§ 274 I núms. 1-3).

c) A los delitos de tendencia pertenecen también los tipos penales con *elementos constitutivos* de la profesionalidad (§§ 180 a I, II núm.1, III, 181 a II [19], 260, 292 III [20], 293 III [21], 302 a II núm. 2), de la habitualidad (§§ 284 II, 292 III [22], 293 III [23]) y del carácter comercial (§ 144 [24]) [25]. La conexión con el contenido de injusto típico reside aquí bien en la especial consolidación de una voluntad de acción cuyo portador, a través de la comisión reiterada del hecho, quiere asegurarse como una fuente de ingresos duradera, bien en una inclinación que le impulsa a la comisión del delito correspondiente o, finalmente, en pretender convertir al delito en una parte de su actividad profesional.

d) Por último, también pueden citarse como delitos de tendencia en sentido amplio los *tipos con "verbos que describen una actividad final"* (vid. *supra* § 24 III 4 d) en los que, aunque en realidad se define un determinado proceso exterior, sin embargo en ellos resulta decisiva la dirección dada por el autor hacia el resultado [26].

3. Un tercer grupo de tipos con elementos subjetivos viene constituido por los **"delitos de expresión"** [27]. En ellos el tipo exige que concurra en el autor una situación cognoscitiva interna que entra en contradicción con el comportamiento externo. Éste es el caso de los delitos relativos al falso testimonio (§§ 153, 154, 156) en tanto que en ellos el injusto de la acción se divisa en la contradicción existente entre sus palabras y su conocimiento (teoría subjetiva) [28]; tal desvalor concurre, asimismo, cuando la afirmación falsa se refiere a un hecho interno. Otro ejemplo es la omisión del deber de denunciar un delito (§ 138) que presupone que el autor ha tenido conocimiento fidedigno del delito cuya comisión es inminente.

4. Finalmente, también son incluidos dentro de los elementos subjetivos del injusto, al menos en lo que respecta al contenido psicológico de los mismos, los **elementos impropios de la actitud interna** del sujeto. Tales elementos no muestran un juicio de valor ético-social de carácter autónomo sino que constituyen únicamente el reverso de elementos especiales del injusto (por ejemplo, "cruel" o "alevoso" en el § 211 II, "gravemente contrario a la seguridad del tráfico" en el § 315 c I núm. 2) [29] (vid. *infra* § 42 II 3 a). Sistemáticamente vienen a ser, al mismo tiempo, "elementos de valoración global del hecho" en los que el juicio de valor no necesita ser comprendido por el dolo (vid. *supra* § 25 II 2, § 29 II 3 c).

---

[19] Téngase en cuenta la nueva estructura y reenumeración de los delitos contra la autodeterminación sexual en los §§ 174 ss. StGB (N del T).

[20] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 292 II 1 (N del T).

[21] La actual redacción del § 293 no contiene alusión alguna al ejercicio profesional de la conducta delictiva (N del T).

[22] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 292 II 1 (N del T).

[23] La actual redacción del § 293 no contiene alusión alguna al ejercicio profesional de la conducta delictiva (N del T).

[24] Actualmente el § 144 StGB se encuentra derogado (N del T).

[25] De otra opinión, *Nowakowski*, JBl 1972, pág. 25 que considera a estos elementos constitutivos como momentos integrantes de la culpabilidad.

[26] Vid. *v. Weber*, Aufbau págs. 8 ss.; *el mismo*, Grundriß pág. 73.

[27] Así, *Mezger*, Lehrbuch pág. 173.

[28] Así, por ejemplo, *Gallas*, GA 1957, pág. 325; *Zipf*, Maurach-Festschrift pág. 426.

[29] Vid. *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 246 ss.; *Stratenwerth*, v. Weber-Festschrift pág. 175.

III. El tratamiento de los elementos subjetivos del tipo

1. Al igual que el dolo, los elementos subjetivos del tipo **forman parte del tipo de injusto** de la correspondiente figura de delito. Por tanto, también deben concurrir en los casos en los que a un inimputable debe serle impuesta una medida de corrección y aseguramiento, puesto que de lo contrario faltaría una acción conminada con pena [30].

2. En las hipótesis de **coautoría** los elementos subjetivos presupuestos por el tipo deben concurrir *en todos los codelincuentes* ya que una imputación recíproca entre los coautores sólo tiene lugar en relación con los elementos objetivos del tipo (BGH 24, 284 [285]) (vid. *infra* § 63 I 3 b). Por el contrario, en la **inducción** y la **complicidad** basta con que los elementos subjetivos del tipo concurran *en el autor* y que el partícipe tenga conocimiento de ello (vid. *infra* § 64 II b y III 2 d).

3. En la **tentativa** deben estar presentes la totalidad de los elementos subjetivos del tipo de la correspondiente figura de delito puesto que en aquélla sólo falta la consumación del tipo objetivo (vid. *infra* § 49 III 1 b).

Subsección c): La exclusión de la antijuricidad

§ 31 Fundamentos generales de la justificación de las acciones típicas

Alwart, Der Begriff des Motivbündels, GA 1983, pág. 433; *Baumgarten,* Notstand und Notwehr, 1911; *Carbonell Mateu,* La justificación penal, 1982; *Cerezo Mir,* Consideraciones generales sobre las causas de justificación, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 441; *Corrado,* Notes on the Structure of a Theory of Excuses, Journal of Criminal Law and Criminology 82 (1991) pág. 465; *Graf zu Dohna,* Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestände strafbarer Handlungen, 1905; *el mismo,* Recht und Irrtum, 1925; *Doehring,* Befehlsdurchsetzung und Waffengebrauch, 1968; *Dreher,* Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 207; *Engels,* Ausschluß der Notwehr bei tätlichen Auseinandersetzungen zwischen Ehegatten, GA 1982, pág. 109; *Engisch,* Die Einheit der Rechtsordnung, 1935; *el mismo,* Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971; *Eser,* Justification and Excuse usw., en: *Eser/Fletcher* (Edrs.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Tomo I, 1987, pág. 17; *Fletcher,* Individualisation of excusing conditions, Southern California Law Review 47 (1974) pág. 1269; *el mismo,* Rethinking Criminal Law, 1978; *Fornasari,* Il principio di inesigibilità nel diritto penale, 1990; *Frisch,* Grund-und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 113; *Gallas,* Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 155; *Greenawalt,* The Perplexing Borders of Justification and Excuse, en: *Eser/Fletcher* (Edrs.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Tomo I, 1987, pág. 263; *Günther,* Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *el mismo,* Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Festschrift für G. Spendel, 1992, pág. 189; *Hassemer,* Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht, en: *Eser/Fletcher* (Edrs.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Tomo I, 1987, pág. 175; *Heimberger,* Zur Lehre vom Ausschluß der Rechtswidrigkeit, 1907; *Herdegen,* Der Verbotsirrtum in der Rechtsprechung des BGH, en: 25 Jahre BGH, 1975, pág. 195; *Herzberg,* Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage, JA 1986, pág. 90; *Hirsch,* Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot, Gedächtnisschrift für U. Tjong, 1985, pág. 50; *el mismo,* Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem usw., en: *Eser/Perron* (Edrs.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Tomo III, 1991, pág. 27; *Hruschka,* Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, Festschrift für E. Dreher, 1977, pág. 189; *el mismo,* Der Gegenstand des Rechtswidrigkeitsurteils, GA 1980, pág. 1; *Armin Kaufmann,*

[30] En relación con los problemas constitucionales vinculados con la comprobación procesal de elementos subjetivos del tipo vid., *Ecker,* Subjektive Verbrechensmerkmale págs. 108 ss.

Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 393; *el mismo*, Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 277; *Arthur Kaufmann*, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung usw., Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 327; *Kern*, Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64 (1952) pág. 255; *Klinkhardt*, Der administrative Waffengebrauch der Bundeswehr, JZ 1969, pág. 700; *Koch*, Der Einfluß von Zwang und Notstand auf die Verantwortlichkeit des Täters im französischen Strafrecht, Diss. Freiburg 1968; *Kratzsch*, § 53 StGB und der Grundsatz nullum crimen sine lege, GA 1971, pág. 65; *Küper*, Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987, pág. 81; *Lampe*, Unvollkommen zweiaktige Rechtfertigungsgründe, GA 1978, pág. 7; *Lange*, Gesetzgebungsfragen bei den Rechtfertigungsgründen, Festschrift für H. v. Weber, 1963, pág. 162; *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, 1965; *el mismo*, Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 165; *el mismo*, Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, GA 1985, pág. 295; *Loos*, Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente, Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 227; *Maiwald*, Die Leistungsfähigkeit des Begriffs "erlaubtes Risiko" für die Strafrechtssystematik, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 405; *R. Merkel*, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht, 1895; *Münzberg*, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966; *Naka*, Die Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes, JZ 1961, pág. 210; *Niese*, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955; *el mismo*, Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht, ZStW 68 (1956) pág. 181; *el mismo*, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, SchwZStr 80 (1964) pág. 160; *el mismo*, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77 (1965) pág. 1; *Nowakowski*, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStW 63 (1951) pág. 287; *el mismo*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, pág. 19; *Oehler*, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959; *Paeffgen*, Der Verrat in der irrigen Annahme eines illegalen Geheimnisses usw., 1979; *Perron*, Rechtfertigungs-und Entschuldigungsgründe im deutschen und spanischen Strafrecht, 1988; *K-H. Peters*, "Wertungsrahmen" und "Konfliktstypen" usw., GA 1981, pág. 445; *Prittwitz*, Zum Verteidigungswillen bei der Notwehr, GA 1980, pág. 381; *Puppe*, Zur Struktur der Rechtfertigung, Festschrift für W. Stree und J. Wessels, 1993, pág. 183; *Robinson*, Criminal Law Defenses, Tomos I, II, 1984; *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª ed. 1973; *el mismo*, Die notstandsähnliche Lage-ein Strafunrechtsausschließungsgrund? Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 181; *el mismo*, Rechtfertigungs-und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, JuS 1988, 425; *Rudolphi*, Inhalt und Funktion des Handlungsunwerts usw., Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 51; *el mismo*, Pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, Gedächtnisschrift für H. Schröder, 1978, pág. 73; *el mismo*, Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 371; *Sax*, Der verbrechenssystematische Standort der Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, JZ 1977, pág. 326; *Schaffstein*, Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre, MDR 1951, pág. 196; *Scheffler*, Der Erlaubnistatbestandsirrtum und seine Umkehrung, das Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente, Jura 1993, pág. 617; *Schmidhäuser*, Der Unrechtstatbestand, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 433; *el mismo*, Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 77; *el mismo*, Die Begründung der Notwehr, GA 1991, pág. 97; *Eb. Schmidt*, Befehlsdurchsetzung und Waffengebrauch, NZWehrr 1968, pág. 161; *Schröder*, Die Not als Rechtfertigungs-und Entschuldigungsgrund im deutschen und schweizerischen Strafrecht, SchwZStr 76 (1960) pág. 1; *Schünemann*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform usw., GA 1985, pág. 341; *Seebode*, Polizeiliche Notwehr und Einheit der Rechtsordnung, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 359; *Seelmann*, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, 1978; *Spendel*, Notwehr und "Verteidigungswille" usw., Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 197; *Steinbach*, Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen usw., 1987; *Stooß*, Die Strafrechtswidrigkeit, ZStW 24 (1904) pág. 319; *Stratenwerth*, Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 (1956) pág. 41; *Triffterer*, Zur subjektiven Seite der Tatbestandsausschließungs-und Rechtfertigungsgründe, Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 209; *Vassalli*, La dottrina italiana dell'antigiuridicità, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 427; *Waider*, Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen

usw., 1970; *Warda,* Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 143; *v. Weber,* Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, JZ 1951, pág. 261; *Weber,* Besprechung von *Günther,* "Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß" (1983), JZ 1984, pág. 276; *Welzel,* Der übergesetzliche Notstand und die Irrtumsproblematik, JZ 1955, pág. 142; *Widmaier,* Die Teilbarkeit der Unrechtsbewertung, JuS 1970, pág. 611; *Witte,* Die strafrechtliche Beurteilung der Durchsetzung von Befehlen mit der Waffe, Diss. Freiburg 1969; *Würtenberger,* Vom Rechtsstaatsgedanken in der Lehre der strafrechtlichen Rechtswidrigkeit, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 125; *Zielinski,* Handlungs-und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973.

I. La relación entre la norma de prohibición y la proposición permisiva

1. Las conminaciones penales se basan en normas de comportamiento que el legislador considera tan esenciales en interés de la paz jurídica de la comunidad, que las ha provisto con las sanciones más graves de las que dispone. Las acciones contrarias a estas normas están descritas en los concretos tipos penales. La tipicidad de una acción significa, por consiguiente, que el hecho muestra aquellos elementos del injusto que se corresponden con el tipo de un delito determinado. De este modo, *como punto de partida de la teoría de las causas de justificación*, surge la pregunta de porqué debe discutirse acerca de la antijuricidad después de haberse comprobado la tipicidad de la acción, puesto que si el tipo es portador del contenido de injusto de la correspondiente figura de delito, con la tipicidad de la acción debería constar también su antijuricidad.

¿Qué significa por el contrario **"exclusión de la antijuricidad"** [1]**?**

2. La explicación para la exclusión de la antijuricidad de acciones típicas se deriva del hecho de que el Ordenamiento no sólo está constituido por **prohibiciones**, sino que también conoce autorizaciones que, bajo determinados presupuestos, levantan aquéllas [2]. Las autorizaciones están revestidas de **proposiciones permisivas** que, como *tipos de justificación* [3], prevalecen frente a los tipos de injusto. Cuando concurre una causa de justificación la norma prohibitiva conte-

---

[1] Vid. al respecto, *Graf zu Dohna,* Recht und Irrtum págs. 1 ss.; *el mismo,* Verbrechenslehre pág. 28; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 24 núms. 5 ss.; *Kühl,* Allg. Teil § 6 núm. 7.

[2] Vid. *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 86; *Dreher,* Heinitz-Festschrift págs. 218 ss.; *Gallas,* Beiträge págs. 34 ss.; *Herdegen,* BGH-Festschrift pág. 207; *Lackner,* nota preliminar núm. 17 antes del § 13; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núms. 5 ss. antes del § 32; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 4 antes del § 32; *Welzel,* Lehrbuch págs. 80 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núms. 271 ss. Mostrándose crítico sobre la cuestión, *Schmidhäuser,* Lackner-Festschrift págs. 84 ss. Acerca de la teoría jurídica de los imperativos y las autorizaciones *Engisch,* Gerechtigkeit págs. 46 ss. Las causas de justificación que levantan el deber de respetar la norma y que no sólo se erigen como una excepción dentro del sistema son calificadas por *Hruschka,* Dreher-Festschrift pág. 190 como "extrasistemáticas". *Sax,* JZ 1977, págs. 332 ss. entiende las indicaciones del § 218 a, no como causas de justificación, sino como presupuestos negativos del merecimiento de pena. Básicamente, *Günther,* Strafrechtswidrigkeit págs. 253 ss. acepta que numerosas y reconocidas causas de justificación (vgr., §§ 193, 218a) sólo eliminan el merecimiento de pena del hecho, pero no lo justifican. Sin embargo, en contra de su degradación a meras "causas de exclusión del injusto penal" se pronuncian, con razón, *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 10 antes del § 32; *Lackner,* nota preliminar núm. 2 antes del § 32; *Roxin,* Oehler-Festschrift págs. 195 ss.; *el mismo,* Allg. Teil I § 14 núms. 2, 104; *Rudolphi,* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift pág. 373; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 8 antes del § 32; *Weber,* JZ 1984, págs. 276 ss. De acuerdo, sin embargo, *Schünemann,* GA 1985, págs. 352 ss.

[3] Más detalladamente sobre ello *Noll,* ZStW 77 (1965) pág. 8.

nida en el tipo de injusto deja de ser eficaz como deber jurídico en el caso concreto. El tipo de injusto no puede acoger por sí mismo a los elementos del tipo de la causa de justificación, pues idóneamente sólo está determinado para dar cabida a un resumen de los elementos *típicos* del hecho punible (vid. *supra* § 25 I 2 y III 2). Y es que junto a los elementos que en el caso normal se corresponden con una determinada figura delictiva, una acción también puede evidenciar otros que posiblemente excluyan el juicio de antijuricidad cuando de la naturaleza del injusto se derive que el hecho es aceptado por el Ordenamiento jurídico en su conjunto.

Ejemplos: Actúa conforme a Derecho quien se defiende con violencia del ladrón nocturno (§ 223). La muerte dolosa del condenado en la ejecución de la pena de muerte (§ 212) o la privación de libertad en la ejecución de la pena de prisión (§ 239), no sólo está permitida sino que constituye un acto de Justicia penal. Asimismo, no sólo actúa conforme a Derecho sino también conforme a deber quien, como empresario constructor por mandato del propietario, derriba un edificio (§ 305) o quien, como gerente de una sociedad de responsabilidad limitada, reprocha al contable la firme sospecha de la comisión de una apropiación indebida (§ 185).

El juicio de antijuricidad definitivo descansa, por tanto, sobre dos vías de pensamiento: la primera radica en el examen de la tipicidad de la acción y la segunda en la comprobación de si interviene una causa de justificación. Contestándose afirmativamente a ambas cuestiones queda excluida la antijuricidad. Sin embargo, la acción justificada sigue siendo típica. La acción típica y, especialmente, su resultado, no pueden ser hechos desaparecer sin más y por lo tanto sólo son aprobados jurídicamente. Con ello se comprueba que el tipo es un grado jurídico-penal valorativo de carácter autónomo que constituye para todos una señal de advertencia a través de la cual se muestra por dónde caminan los límites de una norma prohibitiva sancionada penalmente (**función de llamada del tipo** [4]).

Para ser exactos, la denominación de las contranormas como "proposiciones permisivas" sólo es comprensible desde la óptica del Derecho penal. El verdadero significado de las causas de justificación resulta ser bastante más amplio; son proposiciones jurídicas de carácter autónomo que primordialmente no justifican algo prohibido, sino que deben servir a sus propios y amplios fines como, por ejemplo, a la protección del Derecho frente al injusto (legítima defensa), a la materialización del juicio penal (ejecución de la pena), al aseguramiento de la capacidad personal de disposición sobre el cuerpo (consentimiento) o al derecho fundamental a la libertad de expresión (salvaguardia de intereses legítimos). Nos encontramos ante una *concurrencia de normas autónomas* en la que la causa de justificación tiene preferencia frente a la norma prohibición por contener una regulación especial de la situación concreta.

3. A menudo la conexión entre el tipo y la causa de justificación es interpretada como una *relación regla general-excepción*. Que lo realmente importante no es la mayor o menor frecuencia de un aspecto u otro lo demuestra el ejemplo de la ejecución de la pena privativa de libertad. Al fin y al cabo puede decirse en un sentido lógico que los tipos penales contienen "reglas" que son quebrantadas por causas de justificación como "excepciones", al tener que darse presupuestos especiales para que operen estas últimas. Lo normal es siempre la pretensión de que sea observado el mandato normativo. Por ello la tipicidad de la acción también es caracterizada como un

---

[4] Vid. con mayor detenimiento *Naka*, JZ 1961, pág. 210. En contra de *SK (Samson)* nota preliminar núm. 11 antes del § 32, el tipo es un *escalón jurídico valorativo de naturaleza autónoma* aún cuando a la comprobación de la tipicidad no son anudadas consecuencias jurídicas de ningún tipo, pues para la prevención general es importante la función de advertencia que cumple. También *Puppe*, Stree-Wessels-Festschrift pág. 201 considera al tipo y a la antijuricidad como grados valorativos autónomos; asimismo, *LK* (11.ª) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 8, antes del § 32.

"indicio de la antijuricidad" [5]. Con ello debe quedar dicho que la realización del tipo de injusto fundamenta la antijuricidad del hecho concreto siempre que, excepcionalmente, no intervenga una causa de justificación.

4. Al igual que la antijuricidad y la culpabilidad (vid. *infra* § 39 I), las **causas de justificación y las de exculpación** deben ser rigurosamente **diferenciadas** (vid. *infra* § 43 I) [6]. En las primeras se trata de que en el caso concreto dos bienes o intereses se encuentran enfrentados de tal modo que sólo uno de ellos puede ser preservado; el bien o interés de más valor prevalece, pues, frente al que posee menor importancia (por ejemplo, en el estado de necesidad justificante el interés protegido prepondera esencialmente sobre el menoscabado, § 34). En las causas de exculpación existe una situación excepcional que hace que resulte inadecuado el reproche culpabilístico por la comisión del hecho antijurídico (vgr., en el estado de necesidad exculpante en atención al motivo por el que se evita un riesgo actual para la vida, el cuerpo o la libertad, § 35).

II. La sistemática de las causas de justificación

1. Reiteradamente la Ciencia se ha esforzado en elaborar **principios superiores de la justificación del comportamiento típico**, al objeto de poder concebir sistemáticamente reconocidas causas de justificación e identificar y formular nuevas proposiciones permisivas [7]. Al respecto hay que distinguir las teorías *monistas* que con un único punto de vista buscan conseguir la explicación de todas las causas de justificación, y las teorías *pluralistas* que en la exclusión del injusto recurren a diversos planteamientos jurídicos. Una teoría monista se muestra hoy sólo posible si las causas de justificación se estructuran sobre un principio completamente abstracto y formal como, por ejemplo, "la pretensión del bien preponderante" [8], el de "más utilidad que dañosidad" *(Sauer)*, sobre la fórmula del "empleo del medio adecuado para la consecución de un objetivo reconocido por el Ordenamiento jurídico" [9], sobre la idea rectora de la "ponderación de valores" [10] o de la "correcta regulación social de intereses contrarios" [11]. No obstante, si lo que se busca es la explicación acerca del alcance y presupuestos de las *concretas* causas de justificación, sólo un punto de vista que ponga

---

[5] Así, se pronuncia la doctrina dominante en adhesión a *M. E. Mayer,* Lehrbuch pág. 10 nota a pie núm. 21, págs. 52 y 182; vid. *Baumann/Weber,* Allg. Teil págs. 265 ss.; *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núms. 8 y 27 antes del § 13; *Kühl,* Allg. Teil § 6 núm. 2; *Lackner,* nota preliminar núm. 17 antes del § 13; *v. Liszt/Schmidt,* pág. 185; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil 1 § 24 núm. 7; *Welzel,* Lehrbuch pág. 80; *Wessels,* Allg. Teil núm. 122. En el mismo sentido también RG 63, 215 (218). En contra de la teoría del efecto indiciario *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 285 ss.; *el mismo,* Lackner-Festschrift págs. 80 ss.

[6] Sobre la cuestión, *Roxin,* JuS 1988, pág. 425; *Eser,* Justification and Excuse pág. 45; *Küper,* JuS 1987, págs. 81 ss.; *Hirsch,* Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung págs. 47 ss. Sosteniendo que la distinción entre justificación y exculpación no resulta forzosa, *Hassemer,* Rechtfertigung und Entschuldigung págs. 184 ss. En relación con el Derecho comparado que en parte no conoce esta diferenciación y que, también en parte, no la lleva a cabo sistemáticamente, vid. *infra* § 31 VI nota a pie núm. 46.

[7] Acerca del desarrollo histórico vid. *Heimberger,* Ausschluß der Rechtswidrigkeit págs. 6 ss. Mostrándose crítico con el mismo *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núms. 47 ss. antes del § 32.

[8] Así, *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 288.

[9] Así, *Graf zu Dohna,* Die Rechtswidrigkeit págs. 48 ss.; *el mismo,* Recht und Irrtum pág. 14; *el mismo,* Verbrechenslehre pág. 31.

[10] Así, *Noll,* ZStW 77 (1965) pág. 9.

[11] Así, *Roxin,* Kriminalpolitik und Strafrechtssystem pág. 15.

de relieve la diversidad de su contenido material podrá conducir a tal objetivo [12]. Por ello, incluso por la mayoría de los propios defensores de las teorías monistas se acepta que las concretas causas de justificación muestran estructuras diferenciadas.

2. Partiendo del concepto del injusto surgen *dos* ideas rectoras que en variada combinación con otras consideraciones valorativas constituyen la base de los tipos de justificación. Una de ellas es la **idea de ponderación de bienes** [13] que se corresponde con la concepción del delito como lesión del bien jurídico (injusto del resultado) y que conduce a la siguiente pregunta: *¿Qué efecto ha tenido el hecho?* La otra es la **idea del fin** que se corresponde con la concepción del delito como actuación de la voluntad contraria al deber (injusto de la acción) y que desemboca en la siguiente cuestión: *¿Qué pretendía el autor?* Otra interpretación parte de las consideraciones que pueden motivar al legislador a justificar un comportamiento típico: el **principio del interés preponderante** frente al que representa la protección del bien jurídico lesionado (legítima defensa, estado de necesidad) y la **idea de la ausencia de interés** en la protección penal (consentimiento y consentimiento presunto) [14]. En el marco de estos principios generales los puntos de vista valorativos más diversos, con distinto peso específico y diferentes combinaciones, desarrollan su rol en las concretas causas de justificación [15]; entre tales aspectos valorativos pueden citarse la reafirmación del Derecho, la necesidad, la proporcionalidad, la preservación de la libertad y, en especial, "la subordinación de los bienes jurídicos a la autonomía individual" [16].

3. En la comprensión del sentido de las causas de justificación en particular hay que partir del *concepto material de antijuricidad* (vid. *supra* § 24 I 2), pues la justificación significa que una acción, a pesar de contradecir una norma prohibitiva, en el caso concreto está en condiciones de tolerar la lesión o puesta en peligro del objeto material de protección en beneficio de valores de mayor importancia, siempre que *también* el fin perseguido por el autor no resulte desaprobado. Con otras palabras: como consecuencia de la intervención de la norma justificante, **tanto el desvalor de acción como el de resultado** del hecho debe **decaer o ser compensado** en todo o en su mayor parte [17]. Nada más puede decirse acerca de los principios comunes a *todas* las causas de justificación, pues cada una de ellas descansa sobre combinaciones completamente diversas de factores justificantes.

---

[12] En este sentido se pronuncia en la actualidad la doctrina mayoritaria desde la teoría pluralista; vid. *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 276; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 88; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 25 núms. 9 ss.; *Roxin,* Allg. Teil I § 14 núms. 37 ss.; *Jakobs,* Allg. Teil 11/3; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 7 antes del § 32; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 48 antes del § 32. De otra opinión *Schmidhäuser,* Lackner-Festschrift págs. 87 ss.

[13] Que es entendida en un sentido amplio por *Binding,* Handbuch pág. 760, *R. Merkel,* Kollision págs. 49 ss. y, sobre todo, por *Lenckner,* GA 1985, págs. 300 ss.; más estrechamente, en el sentido de bienes jurídicos por *Stooß,* ZStW 24 (1904) pág. 328; comprendiéndola en un sentido espiritualizado como colisión de "pretensiones de observancia" *Schmidhäuser,* Engisch-Festschrift págs. 450 ss.

[14] Así *Blei,* Allg. Teil págs.130 ss.; *Dreher,* Heinitz-Festschrift pág. 218; *Lenckner,* Notstand pág. 135; *Mezger,* Lehrbuch pág. 205; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar 7 antes del § 32.

[15] Vid. *Roxin,* Kriminalpolitik und Strafrechtssystem págs. 26 ss.

[16] Sobre ello vid. *Stratenwerth,* ZStW 68 (1956) págs. 44 ss.

[17] Con mayor detenimiento sobre la cuestión *Noll,* Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe págs. 48 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 7 antes del § 32.

Ejemplos: En la legítima defensa (§ 32) son decisivas la autoprotección frente al agresor y la preservación del Derecho, mientras que básicamente no importa la relación valorativa entre el bien jurídico lesionado y el amenazado. En la defensa frente al peligro procedente de las cosas (§ 228 BGB) la idea básica es sólo la autoprotección; no obstante, aquí la ponderación de bienes también desempeña su papel cuando el daño no está relacionado con el riesgo. El estado de necesidad en el ámbito civil (§ 904 BGB), en atención a la lesión de la autonomía del afectado por la intervención pero en los sucesos en los que no toma parte el propietario, sólo concurre en el supuesto de un daño gravemente desproporcionado. En el estado de necesidad justificante el hecho debe ser también un "medio adecuado" incluso en el caso de una clara diferencia valorativa entre los intereses opuestos (§ 34 StGB; § 16 OWiG). En el ejercicio de las potestades del cargo (por ejemplo, § 127 II StPO) y la preservación de intereses legítimos (§ 193) la intervención en derechos ajenos puede estar justificada incluso ante una situación incierta, en razón a que aquí el examen escrupuloso de las circunstancias pertenece a los presupuestos de la justificación (vid. *infra* § 31 IV 3). En el consentimiento se trata de la libertad de disposición del titular del bien jurídico que, sin embargo, en muchos casos encuentra su límite en las representaciones valorativas de la comunidad (§ 226 a) [18].

4. El catálogo de causas de justificación no está nunca concluso porque también los principios decisivos del orden social siguen desarrollándose. De este modo el art. 20 IV GG reconoce un "derecho de resistencia", la BGHZ 27, 290 toma en consideración también una "situación similar a la legítima defensa" y la BGH 20, 342 (368) concede al ciudadano un "derecho de retorsión" para hipótesis de graves infracciones contra el Ordenamiento constitucional. Pero las causas de justificación también pueden decaer. De esta forma ha sido prohibida la anterior posibilidad de represalia bélica a través del art. 33 I, III del Convenio de Ginebra para la protección de la población civil de 12.8.1949 (BGBl. 1954 II págs. 781, 917).

III. Origen y tipificación de las causas de justificación

1. El Ordenamiento jurídico sólo conoce un *concepto unitario de antijuricidad.* En los concretos sectores de aquél sólo son distintas las *consecuencias jurídicas* de la acción ilícita (por ejemplo, la indemnización del daño en Derecho civil, la revocación de un acto administrativo en Derecho administrativo, la reparación en Derecho internacional o las penas y medidas de seguridad en Derecho penal). De acuerdo con ello, también las causas de justificación deben derivarse del conjunto del Ordenamiento jurídico. Rige, pues, el principio de la **unidad del Ordenamiento jurídico** [19] (RG 61, 242 [247]; BGH 11, 241 [244]; OLG Köln StV 1986, págs. 537 ss.). Ello significa que, por ejemplo, una causa de justificación existente conforme al Derecho público o al

---

[18] Actualmente el consentimiento en las lesiones corporales aparece regulado en el § 228 StGB (N del T).

[19] Vid. *Engisch,* Einheit der Rechtsordnung págs. 55 ss.; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil págs. 87 ss.; *Jakobs,* Allg. Teil 11/4 ss.; *Kern,* ZStW 64 (1952) pág. 262; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 10 antes del § 32; *Lange,* v. Weber-Festschrift pág. 166; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 25 núm. 12; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 27 antes del § 32; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 19 antes del § 32. Dudoso, *Roxin,* Oehler-Festschrift pág. 195. Con una opinión básicamente diversa *Günther,* Strafrechtswidrigkeit págs. 100 ss., que admite la existencia para el Derecho penal de una antijuricidad, el "injusto penal", intensificada. Sin embargo, todos los presupuestos de la punibilidad, sobre todo el contenido de injusto del hecho, están regulados de modo concluyente en el tipo penal; no puede ser exigido un "plus". Vid., acertadamente, *Weber,* JZ 1984, págs. 276 ss. Por el contrario, y como excepción a la regla general, *Roxin,* Allg. Teil I § 14 núm. 36, junto con *Günther,* reconocen la posibilidad una especial exclusión de la antijuricidad penal.

civil también es aplicable de modo inmediato al Derecho penal [20], y que específicas causas penales de justificación (vgr., § 193) también justifican el hecho a los ojos de otros sectores jurídicos [21]. Además, debe tenerse en cuenta que, naturalmente, también pueden estar anudadas proposiciones permisivas a determinados tipos penales, de modo que su traspaso a otros tipos penales no es admisible sin más.

Ejemplos: De este modo, la preservación de legítimos intereses (§ 193) sólo justifica lesiones al honor y no resulta aplicable en el ámbito de la acusación falsa (§ 164) (RG 72, 96 [98]; 74, 257 [261]). Asimismo, el § 226 a [22] debería quedar limitado a las lesiones corporales para no convertir al principio de las buenas costumbres en una limitación general de la libertad de disposición del individuo sobre su esfera de dominio (vid. *infra* § 34 III 2).

2. Del carácter ilimitado de su ámbito originario se deriva que, ni científicamente ni por la Ley, resulta factible hacer una enumeración cerrada de todas las causas de justificación posibles. Además, ni siquiera legislador estatal podría regular por sí mismo todas las causas de justificación al tener parcialmente sustraída la competencia para ello, tal y como sucede, por ejemplo, con las reglas generales de Derecho internacional (vgr., las relativas a las acciones bélicas adecuadas al Derecho internacional o las referidas a las facultades de la potencia ocupante). Finalmente, hay que reparar en que también cambian las circunstancias externas y los valores dominantes de la sociedad, por lo que siempre podrán surgir nuevas causas de justificación, así como decaer, ampliarse o restringirse las ya existentes (vid. *supra* § 31 II 4). De ello resulta que una regulación legal no *debería* ser en absoluto cerrada. Además, junto al **Derecho escrito** también surgen como fuentes de proposiciones permisivas el **Derecho internacional**, el **Derecho consuetudinario** y el **Derecho suprapositivo** orientado a los valores superiores de la comunidad [23].

Ejemplos: De este modo, anteriormente se derivaba del Derecho internacional el derecho a la represalia bélica (BGH 23, 103 [107]). Desde la RG 61, 242 (interrupción del embarazo ante el riesgo de suicidio) era reconocido como causa de justificación un estado de necesidad "supralegal" (vid. *infra* § 33 IV 1, 2); en la actualidad se encuentra legalmente regulado (§ 34 StGB, § 16 OWiG). El derecho de corrección de los maestros estuvo apoyado sobre el Derecho consuetudinario, aunque actualmente ya no existe (BGH 11, 241 [247]). Una proposición normativa extralegal es la legítima defensa estatal limitada a los casos de amenaza para la existencia del Estado, puesto que el ataque a la presencia estatal siempre pone en peligro el presupuesto esencial de un orden colectivo basado en el Derecho (a ello apela, desde luego sin razón, la RG 63, 215 [220] en un caso de asesinato). Por el contrario y de acuerdo con el § 10 V 2 SG, la autorización para el uso de armas de fuego en ejecución de órdenes militares ha experimentado una amplia restricción a través del Derecho suprapositivo (anterior § 124 MStGB) [24].

---

[20] Vid. E. 1925 § 20: "No existe acción ilícita cuando la antijuricidad del hecho está excluida por el Derecho público o civil".

[21] Esto último es refutado por *Jakobs*, Allg. Teil 11/6 y *Seebode*, Klug-Festschrift Tomo II pág. 367, refiriéndose al tratamiento de un comportamiento justificado como injusto disciplinario, aunque aquí se trata de otro bien jurídico.

[22] El consentimiento en las lesiones se regula actualmente en el § 228 StGB (N del T).

[23] También las causas de justificación supralegales son entendidas como reglas generales y no pueden estar limitadas al caso concreto; vid., más detalladamente, *Würtenberger*, Rittler-Festschrift págs. 136 ss.; *Noll*, SchwZStr 80 (1964) págs. 168 ss.

[24] Así, *Witte*, Durchsetzung von Befehlen mit der Waffe pág. 92. Acepta la completa eliminación del derecho a utilizar el arma de fuego de acuerdo con el § 10 V 2 SG, *Doehring*, Befehlsdurchsetzung págs. 18 ss.; de acuerdo también *Eb. Schmidt*, NZWehrr 1968, págs. 161 ss. Vid. también *Klinkhardt*, JZ 1969, pág. 700.

3. De ser posible, por motivos de seguridad e igualdad jurídica, el legislador debería haber pensado en una amplia regulación de las causas de justificación [25]. La **función de garantía** de la Ley penal no se cuestiona por el reconocimiento de causas de justificación consuetudinarias o supralegales, dado que aquí se trata de limitaciones y no de ampliaciones de la punibilidad. Pero también resulta admisible la interpretación restringida de las causas de justificación supralegales porque la función de garantía de la Ley penal se extiende sólo al texto de la Ley. Por el contrario, las causas de justificación reguladas penalmente (por ejemplo, §§ 32, 34) no deberían ser limitadas más allá de su tenor literal, puesto que entonces existiría una ampliación de la punibilidad en contra del texto de la Ley [26].

IV. Los elementos subjetivos de justificación

1. Para la justificación de una actuación típica no basta con que concurran los elementos *objetivos* de la correspondiente causa de justificación. El autor debe, más bien, *reconocer* la existencia de la situación que justifica el hecho y haber actuado *en el ejercicio* de la autorización que se le otorga o *en cumplimiento* del deber que se le impone [27]. También en la jurisprudencia se ha **impuesto** ampliamente **la teoría de los elementos subjetivos de justificación.**

---

[25] La fundamentación del E 1962 apela también a "una innegable necesidad de la praxis".

[26] En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 123; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 17; *Hirsch,* Tjong-Gedächtnisschrift pág. 63; *Engels,* GA 1982, págs. 109 ss.; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 8 núm. 41; *SK (Rudolphi)* § 1 núm. 18; *Kratzsch,* GA 1971, pág. 72; *Schmidhäuser,* Studienbuch pág. 30; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 169; *Wessels,* Allg. Teil núm. 52; *Würtenberger,* Rittler-Festschrift pág. 133.

[27] Así, BGH 5, 245 (247); BGH GA 1980, 67; OLG Karlsruhe JZ 1984, pág. 240 (241); *Dreher/Tröndle,* § 32 núm. 14; *LK* (9.ª) *(Baldus)* § 53 núm. 16; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núms. 53 ss. antes del § 32 con referencias jurisprudenciales; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 25 núm. 27; *Niese,* Finalität pág. 17; *Schmidhäuser,* GA 1991, págs. 131 ss.; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 23 antes del § 32; *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 77 antes del § 3; *Wessels,* Allg. Teil núm. 275; *Preisendanz,* § 32 comentario núm. 113. Por el contrario, la opinión dominante se conforma con una actuación que se desarrolle "con el conocimiento" del presupuesto fáctico justificante; así, *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 92; *Gallas,* Bockelmann-Festschrift pág. 176 nota a pie núm. 56; *Kühl,* Allg. Teil § 6 núms. 11 ss.; *Lackner,* nota preliminar núm. 6 antes del § 32; *Jakobs,* Allg. Teil 11 /20; *Rudolphi,* Maurach-Festschrift pág. 57; *Roxin,* Allg. Teil I § 14 núm. 94; *Steinbach,* Subjektive Rechtfertigungselemente págs. 200, 228; *Frisch,* Lackner-Festschrift págs. 135 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 14 antes del § 32; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 489; *Loos,* Oehler-Festschnft pág. 236; *Alwart,* GA 1983, págs. 449 ss.; *Prittwitz,* GA 1980, pág. 389; *Schünemann,* GA 1985, pág. 371; *Zielinski,* Handlungs-und Erfolgsunwert págs. 233 ss. En el estado de necesidad justificante (§ 34) esta visión contradice el tenor del texto legal y en el derecho de corrección y en la preservación de intereses legítimos conduce a resultados inadecuados. Por el contrario, conciben las causas de justificación de un modo puramente objetivo, *Spendel,* Bockelmann-Festschrift pág. 257; *el mismo,* Oehler-Festschrift págs. 197 ss., así como *LK* (11.ª) *(Spendel)* § 32 núm. 138 con referencias a la bibliografía más antigua y *Oehler,* Zweckmoment págs. 165 ss. Para algunas causas de justificación como, por ejemplo, el consentimiento, niegan la exigencia del conocimiento *Gallas,* Bockelmann-Festschrift pág. 174; *Baumann/Weber,* Allg. Teil págs. 292 ss. En cualquier caso, junto al conocimiento de los elementos de la causa de justificación es exigible una intención específica cuando se trata de "causas de justificación imperfectas de dos actos" (*Lampe,* GA 1978, pág. 7) como, por ejemplo, el ánimo de persecución penal en el § 127 StPO o la intención del uso privado de la copia o reproducción de acuerdo con el § 53 UrhG. También aquí con una opinión diversa *Frisch,* Lackner-Festschrift págs. 145 ss.

Ejemplos: Las RG 54, 196 (199) y BGH 3, 194 (198) exigen la voluntad de defenderse en la legítima defensa. La actuación "dirigida" hacia la preservación de intereses legítimos debe haber sido un móvil del autor en el caso del § 193 (RG 61, 400; BGH 2, 111 [114]). De acuerdo con la RG 62, 137 (138) la interrupción justificada del embarazo a causa del peligro vital presupone un "examen concienzudo" del fundamento de la indicación por parte del médico que, en todo caso, *también* incluye la voluntad de salvar la vida a la mujer embarazada (asimismo, BGH 38, 144 [155]). Las RG 67, 324 (327) y BGH 11, 241 (257) exigen la persecución de una finalidad educativa en el ejercicio del derecho de corrección. El estado de necesidad justificante requiere que la intervención tenga lugar "para enervar el peligro" (§ 34).

Para una *teoría personal del injusto* que hace depender decisivamente el injusto de la acción de la dirección volitiva del autor, se entiende por sí misma [28] la exigencia de que en todas las causas de justificación el ánimo del autor deba coincidir con la intención de la proposición permisiva, pues sólo bajo este presupuesto se elimina el desvalor de la acción del hecho [29]. Pero también desde el punto de vista de la *teoría de la finalidad* resulta evidente la toma en consideración de los elementos subjetivos de justificación, puesto que lo importante es lo que el autor quería conseguir [30]. Por el contrario, una teoría del injusto orientada al *resultado* de la acción se inclinará más o a rechazar completamente los elementos subjetivos de justificación [31] o a reconocerlos tan sólo en determinadas causas de justificación [32]. En cualquier caso, tras la asunción por parte del § 34 de la finalidad de que la acción vaya dirigida al salvamento, ya no puede sostenerse el completo rechazo de los elementos subjetivos de justificación.

2. Sin embargo, la diversidad de opiniones doctrinales resulta, en cuanto a su trascendencia práctica, de una menor importancia de lo que pudiera pensarse ya que también los adversarios de los elementos subjetivos de justificación castigan mayoritariamente al autor por una tentativa cuando éste ha actuado bajo el desconocimiento de la existencia objetiva de la causa de justificación [33]. Con ello, el contraste entre estas concepciones se reduce a la cuestión de si al autor que desconoce la situación justificante hay que castigarlo por *tentativa* o por *delito consumado* lo que, desde luego, a causa de la punibilidad meramente fragmentaria de la tentativa y por la atenuación facultativa, también tiene su importancia. Los defensores de la teoría personal del injusto que son consecuentes con la misma [34] y un sector de la jurisprudencia (BGH 2, 111

---

[28] Destaca con razón la relación de esta cuestión con las premisas de la teoría del delito *Waider*, Subjektive Rechtfertigungselemente págs. 167 ss.

[29] El ánimo del autor de perseguir la intención de la proposición permisiva constituye el elemento opuesto a su voluntad de lesionar el objeto de la acción protegido por el tipo (el cuerpo o la vida del agresor, o todos los bienes del afectado por la situación de necesidad). Acerca de las relaciones, por un lado, entre el injusto objetivo y subjetivo y, por otro, entre los elementos objetivos y subjetivos de la causa de justificación *Puppe*, Stree/Wessels-Festschrift págs. 183 ss.

[30] *Graf zu Dohna*, Verbrechenslehre pág. 32; *v. Liszt/Schmidt*, págs. 199, 207.

[31] Así (con anterioridad) *Nowakowski*, ZStW 63 (1951) pág. 319; *Oehler* y *Spendel supra* nota a pie núm. 27. No obstante, también en este punto ha cambiado *Nowakowski*, JBl 1972, pág. 27. Vid., también *el mismo*, Perspektiven págs. 122 ss.

[32] Así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 292 ss. y *Gallas*, Bockelmann-Festschrift pág. 174, además, *Waider*, Subjektive Rechtfertigungselemente págs. 108 ss.

[33] Vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 293; *Gallas*, Bockelmann-Festschrift págs. 174 ss. (para el consentimiento). Por el contrario, *Spendel*, DRiZ 1978, págs. 330 ss. y *LK* (11.ª) § 32 núm. 138 se decanta por la impunidad.

[34] Así, *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núms. 59 y 61 antes del § 32; *Niese*, Finalität pág. 18 nota a pie núm. 37; *Welzel*, Lehrbuch pág. 92; *Zielinski*, Handlungs-und Erfolgsunwert págs. 259 ss. Asimismo, *Dreher/Tröndle*, 32 núm. 14; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 292; *Paeffgen*, Der Verrat pág. 156 nota a pie núm. 382.

[114]; a favor de la tentativa, por el contrario, BGH 38, 144 [155] y KG GA 1975, 213 [215]) se han inclinado por la pena del delito consumado, mientras que otros partidarios de la teoría de los elementos subjetivos sólo aceptan la punibilidad por la tentativa [35]. Lo correcto es **aplicar adecuadamente** a este supuesto **las reglas de la tentativa** [36]. Ciertamente, hay que reconocer que se ha realizado el tipo previsto en la disposición penal con inclusión del resultado; este último, sin embargo, no resulta desaprobado por el Ordenamiento jurídico a causa de la situación objetiva justificante que concurre y, por ello, debe ser negado el acaecimiento del *injusto* del resultado [37]. De esta forma estamos ante una circunstancia que hay que valorar como en la tentativa: en ambos casos el autor quiere cometer el injusto pero el resultado no está presente por lo que no puede ser considerado como resultado del *injusto*.

Ejemplos: El médico que interrumpe el embarazo sin saber que sobre la mujer concurren los presupuestos objetivos de la indicación médica abortiva (§ 218 a [38]) sólo es castigado por tentativa de aborto (§ 218 IV 1) (BGH 38, 144 [155]; de otra opinión BGH 2, 111 [114 ss.]). El deudor que, desconociendo su ilicitud, opone resistencia a una acción oficial antijurídica del órgano judicial ejecutivo, sólo comete una tentativa (impune) de resistencia (KG GA, 213 [215]).

3. En contraste con la voluntad dirigida al ejercicio de la causa de justificación, el **examen meditado** de los presupuestos objetivos de aquélla *no* constituye *un elemento subjetivo general de la justificación*. Por el contrario, al autor se le otorga la causa de justificación en toda su extensión cuando están presentes los presupuestos objetivos y actúa en atención a la situación justificante.

Ejemplo: El médico que, a consecuencia de una exploración meramente superficial de la embarazada, llega a la conclusión objetivamente acertada de que concurre la indicación abortiva médica (§ 218 a II [39]) y en atención a ello interviene produciendo la interrupción del embarazo (de otra opinión RG 62, 137 [138]; a causa de "la especial configuración del § 218 a [40]" también se pronuncia en un sentido distinto la BGH 38, 144 [155]).

La infracción del deber de examen *sólo* puede tener trascendencia *para el caso* en el que *no* concurren en la realidad los presupuestos objetivos de la causa de justificación, pues sólo entonces se plantea la cuestión de si el autor resulta punible por no haber aplicado el deber de cuidado necesario (vid. *infra* § 41 IV 1d) [41].

---

35 *Blei*, Allg. Teil pág. 132; *Herzberg*, JA 1986, pág. 190; *Hruschka*, GA 1980, págs. 16 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 11/23; *Frisch*, Lackner-Festschrift págs. 138 ss.; *Kohlrausch/Lange*, nota preliminar núm. VI antes del § 43; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 11 A núm. 10; *Roxin*, Allg. Teil I § 14 núm. 101; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 15 antes del § 32; *Kühl*, Allg. Teil § 6 núms. 15f ss.; *Lenckner*, Notstand págs. 185 ss.; *Rudolphi*, Maurach-Festschrift pág. 58; *Schaffstein*, MDR 1951, pág. 199; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 24 antes del § 32; *v. Weber*, JZ 1951, pág. 263.

36 Así, *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 25 núm. 34; *Steinbach*, Subjektive Rechtfertigungselemente págs. 312 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 15 antes del § 32; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 492ff ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 279; *LK* (10.ª) *(Vogler)* § 22 núm. 140; *Scheffler*, Jura 1993, pág. 624.

37 Así, *Lenckner*, Notstand págs. 195 ss.

38 Téngase en cuenta la nueva regulación del aborto introducida por la Ley de ayuda a las embarazadas y a la familia de 21.8.1995 (BGBl. I pág. 1050) (N del T).

39 Véase la nota anterior (N del T).

40 Véase la nota núm. 38 (N del T).

41 Vid. *Welzel*, JZ 1955, pág. 143; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 319. Rechazándolo también en este punto, *Rudolphi*, Schröder-Gedächtnisschrift págs. 86 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 14 núm. 82.

Una verificación concienzuda es necesaria, excepcionalmente, en aquellas causas de justificación en las que se aprueba una *acción que es en sí misma objetivamente antijurídica*, en atención a la reconocida finalidad jurídica perseguida por el autor y por la incertidumbre jurídica existente en el momento del hecho *(idea básica del riesgo permitido)* (vid. *infra* § 36 II 3); aquí la causa de justificación sólo debe basarse en que el autor hizo todo lo posible para informarse acerca de la situación objetiva [42]. Sólo entonces resulta justificada la lesión del bien jurídico que en definitiva tiene lugar. Esto rige, en primer lugar, para la salvaguarda de intereses legítimos si no son demostrables las afirmaciones ofensivas al honor (§ 193), así como, en segundo lugar, para los casos de actuación con el consentimiento presunto del ofendido cuando en realidad no coinciden en cuanto al resultado la voluntad real y la presunta, así como, finalmente, para todas aquellas actuaciones oficiales en las que el funcionario actúa conforme a Derecho, aún cuando no se confirman los presupuestos que aquél tuvo por ciertos (por ejemplo, la detención preventiva de acuerdo con el § 127 II StPO si posteriormente se comprueba la inocencia del sospechoso).

Ejemplo: El autor no puede apelar a la salvaguarda de los intereses legítimos por la manifestación de una sospecha ofensiva que posteriormente se demuestra injusta, si no ha observado el deber de verificar con anterioridad de modo diligente los hechos afirmados por él (BGH 14, 48 [51]).

4. Fundamentalmente, el juez debe decidir sobre la base de una perspectiva **ex post** si en el momento del hecho se habían cumplido los presupuestos de una causa de justificación [43]. Desde luego que si la causa de justificación depende de la existencia de un *peligro* (vgr., en el § 34), es suficiente si, desde la perspectiva del hombre medio, ya se contaba con el acaecimiento del daño bajo una cuidadosa contemplación **ex ante** de la situación [44]. En los casos anteriormente mencionados (§ 31 IV 3) la extensión del examen "concienzudo" también debe determinarse desde esta perspectiva ex ante.

V. La suposición errónea de una causa de justificación

A menudo sucede que el autor supone de forma equivocada la existencia de una situación justificante que en realidad no concurre en absoluto (por ejemplo, quien cree ser agredido por una persona ebria que gesticula). En estos supuestos quien realiza el tipo actúa, en todo caso, de un modo antijurídico aún cuando no hubiera podido evitar el error [45]. Muy discutidas resultan las consecuencias jurídicas que deben anudarse al **error** sobre la existencia de los **presupuestos de una causa de justificación**; esta cuestión será, no obstante, tratada más adelante (§ 41 IV).

---

[42] Vid. *Lenckner* H. Mayer-Festschrift págs. 178 ss.; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 54 antes del § 32 (sólo para el ejercicio de las potestades del cargo); *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 19 antes del § 32; *Maiwald,* Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 420 ss. En contra, *SK (Samson)* nota preliminar núm. 28 antes del § 32.

[43] Así, *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 19a antes del § 32. El posicionamiento general sobre un juicio *ex ante* acabaría subjetivizando las causas de justificación en un ámbito donde de lo que se trata es de la existencia de elementos objetivos del tipo; a pesar de ello, vid. *Armin Kaufmann,* Welzel-Festschrift pág. 402; *Münzberg,* Verhalten und Erfolg págs. 235 ss., 345 ss.

[44] Vid. *LK* (11.ª) *(Hirsch)* § 34 núms. 27 ss., también con referencias a otras concepciones.

[45] A favor de la completa exclusión del injusto (y no sólo de la culpabilidad) en tales casos *Zielinski,* Handlungs-und Erfolgsunwert pág. 290; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 21 antes del § 32; sin embargo, esta opinión conduce a una subjetivización de las causas de justificación que es incompatible con la Ley.

VI. Consecuencias derivadas de las causas de justificación

1. La intervención de una causa de justificación excluye la antijuricidad de la acción típica, es decir, que en realidad esta última **sigue siendo típica pero está permitida**. De esta forma las causas de justificación se diferencian en cuanto a sus efectos del resto de las circunstancias que excluyen la punibilidad [46].

Las *causas de exclusión de la culpabilidad* (por ejemplo, el estado de necesidad exculpante, § 35) sólo eliminan el reproche dirigido a la formación de la voluntad, pero no la antijuricidad del hecho. Las *causas personales de exclusión de la pena* (vgr., § 36) y las *condiciones objetivas de punibilidad* (por ejemplo, la suspensión de pagos y la apertura del procedimiento de ejecución concursal en los casos de los §§ 283 VI, 283b II [47], 283c III, 284 IV [48]) dejan intacto el injusto y la culpabilidad y afectan sólo a la punibilidad del hecho. Los *presupuestos procesales* (vgr., la exigencia de querella del § 248 a) no están relacionados con los elementos materiales de la punibilidad del hecho, sino sólo con la perseguibilidad del mismo.

---

[46] En el *extranjero* se lleva claramente a cabo una rigurosa distinción entre las causas de justificación y de exculpación en aquellos Ordenamientos que se encuentran en estrecha conexión con la Dogmática alemana. Esto sucede especialmente con Austria (vid. *Rittler*, Tomo I págs. 131 ss., 235 ss.; *Nowakowski*, Grundriß págs. 56, 77; *Triffterer*, Allg. Teil págs. 205, 280), Suiza (vid. *Schröder*, SchwZStr 76 [1960] págs. 12 ss.; *Schultz* Einführung I pág. 245; *Stratenwerth*, Schweiz. Strafrecht, Allg. Teil I págs. 117 ss., 123 ss.), Italia (*Bettiol/Pettoello Mantovani*, Diritto penale págs. 353 ss., 571 ss.; *Fiandaca/Musco*, Diritto penale págs. 193, 299; exhaustivamente en relación con las causas de exculpación *Fornasari*, Il principio di inesigibilità págs. 349 ss.; acerca de los elementos subjetivos de justificación *Vasalli*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 438 ss.) y España (vid. *Antón Oneca*, Derecho penal pág. 237; *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal pág. 495; *Carbonell Mateu*, Justificación págs. 77 ss.; *Perron*, Rechtfertigungs-und Entschuldigungsgründe págs. 175, 178; sobre los elementos subjetivos *Cerezo Mir*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 447 ss.). En Brasil *Fragoso*, Lições pág. 196 diferencia claramente ambas categorías, pero no así el art. 24 C.p. La doctrina neerlandesa: está a punto de desarrollarse completamente; *Pompe*, Handboek págs. 130 ss. niega todavía la diferenciación de las situaciones de necesidad entre causas de justificación y de exculpación; en cambio, *van Bemmelen/von Veen*, Ons strafrecht págs. 173 ss. la lleva a cabo completamente en todas las circunstancias que toma en consideración. Del mismo modo, detalladamente, *Hazewinkel-Suringa/Remmelink*, Inleiding págs. 263 ss. Ciertamente, la distinción entre causas de justificación y de exculpación es también conocida por el Derecho penal francés (vid. *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal général núms. 326 ss. [faits justificatifs], núms. 362 ss. [causes de non-imputabilité]), pero no se lleva a cabo de una forma clara tal y como lo demuestra el tratamiento del "état de nécessité" (al respecto vid. *Koch*, Zwang und Notstand págs. 72 ss.). Por el contrario, el Derecho belga realiza una nítida distinción; vid. *Dupont/Verstraeten*, Handboek núms. 349, 460. En el Derecho inglés aunque en verdad se distingue terminológicamente entre "justification" y "excuse", la mayoría de las veces se agrupan bajo el concepto procesal de "defences" (vid. *Glanville Williams*, Criminal Law págs. 722 ss.; *Grünhut*, Das englische Strafrecht págs. 204 ss.). Tampoco en Derecho norteamericano se distingue muy claramente entre la falta de antijuricidad y de culpabilidad (vid. *Honig*, Das amerikanische Strafrecht págs. 142 ss.; *Greenawalt*, The Perplexing Borders págs. 264 ss.); naturalmente que en el Código Penal Modelo se tratan separadamente los "principios generales de la responsabilidad" (art. 2) y los "principios generales de la justificación" (art. 3), lo que a fin de cuentas conduce a la distinción anteriormente apuntada. Una nítida distinción fundamentada de un modo detallado se encuentra en *Robinson*, Criminal Law Defenses Tomo I págs. 83 ss., 91 ss., 100 ss., así como en *Fletcher*, Southern California Law Review 47 (1974) págs. 1280 ss.; *el mismo*, Rethinking Criminal Law págs. 454 ss.; *Corrado*, Journal of Criminal Law and Criminology 82 (1991) pág. 465.

[47] La remisión debe entenderse realizada al actual § 283 b III (N del T).

[48] La remisión debe entenderse realizada al actual § 283 d IV (N del T).

De la justificación de la acción típica se derivan importantes *consecuencias*:

Frente a las acciones justificadas está excluida la legítima defensa por faltar la antijuricidad del ataque (BGH NStZ 1994, pág. 185)[49]. Si el hecho principal está justificado tampoco es posible una inducción o complicidad punible, pues una y otra presuponen un hecho *antijurídico* comenzado; sí resulta admisible, no obstante, la autoría mediata (en el supuesto donde el instrumento actúa conforme a Derecho). Finalmente, frente al autor cuyo comportamiento está justificado, tampoco entran en consideración las medidas de seguridad previstas en el § 61 aunque el autor sea un enfermo mental o estuviera completamente ebrio.

2. **Todas** las causas de justificación desarrollan los **mismos efectos**[50] aunque sólo permitan la acción típica (vgr., la legítima defensa privada) o incluso ésta sea obligatoria (por ejemplo, el auxilio necesario por parte de la policía). En la medida en que un comportamiento realice un tipo penal ya no es jurídicamente neutral y, por ello, puede distinguirse entre acciones "permitidas" y las que "simplemente no están prohibidas"[51].

3. Las causas de justificación sólo permiten intromisiones sobre bienes jurídicos a cuyos titulares se refiere la proposición permisiva como, por ejemplo, los bienes jurídicos del agresor (§ 32), de quien consiente (§ 226 a[52]), del propietario o poseedor de la cosa de la que parte el peligro (§ 228 BGB) o de la que se espera el salvamento en el estado de necesidad (§ 904 BGB). Las **lesiones de intereses de terceros jurídicamente protegidos** son, por el contrario, básicamente **antijurídicas** aún cuando tienen lugar como consecuencia de una desviación de la acción permitida (vid. RG 58, 27 y *supra* § 29 V 6c).

Rige una *excepción* para las situaciones de *necesidad* cuando a través de la acción justificada como, verbigracia, el uso de un arma de fuego, son infringidas necesariamente de forma simultánea disposiciones

---

[49] En este sentido se pronuncia la opinión completamente dominante; vid. *LK* (11.ª) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 65 antes del § 32; *Roxin*, Allg. Teil I § 14 núm. 104. No resulta admisible la excepción que propone *Günther*, Strafrechtswidrigkeit págs. 383 ss., *el mismo*, Spendel-Festschrift págs. 194 ss. para las "causas que excluyen el injusto penal".

[50] Por ello, básicamente las causas de justificación son aplicables conjuntamente. Sólo excepcionalmente puede apreciarse una especialidad con la consecuencia consistente en la no justificación de la acción cuando faltan los presupuestos *especiales* de una causa de justificación (especial), entre los que se incluyen los fácticos, a pesar de que hubieran concurrido por sí mismos los requisitos de otra causa (general) de justificación (así, por ejemplo, § 904 BGB en relación con el § 34 StGB, § 26 BJagdG frente al § 228 BGB); vid., al respecto, *Warda*, Maurach-Festschrift pág. 166; *LK* (11.ª) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 46 antes del § 32; *Roxin*, Allg. Teil I § 14 núms. 44 ss.; *Seelmann*, Das Verhältnis págs. 19 ss.; *K.-H. Peters*, GA 1981, pág. 445.

[51] Llevan a cabo tales distinciones *Baumgarten*, Notstand und Notwehr pág. 30; *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen pág. 168; *Binding*, Handbuch pág. 765; *Arthur Kaufmann*, Maurach-Festschrift pág. 327. Vid. también las "verdaderas causas de exclusión del injusto penal" en *Günther*, Strafrechtswidrigkeit pág. 259. En contra, con razón, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 260; *LK* (11.ª) (*Hirsch*) notas preliminares núms. 16 y ss. antes del § 32; *el mismo*, Bockelmann-Festschrift págs. 103 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 14 núm. 28 (que acertadamente las limita al ámbito del injusto); *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 8 antes del § 32. El Tribunal Constitucional Federal en la sentencia de 28.5.1993 (BVerfGE 88, 203 [255]) ha resuelto que la interrupción del embarazo sin una de las tres indicaciones reconocidas es, a pesar del asesoramiento, antijurídica y no meramente tolerada.

[52] Actualmente el consentimiento en las lesiones corporales aparece regulado en el § 228 StGB (N del T).

que fundamentalmente están al servicio del orden público en un sentido amplio. Y así, una persona incapaz de conducir podría atravesar con su coche en la carretera (§§ 316, 315b I núm. 2) para evitar un secuestro (OLG Celle NJW 1969, pág. 1775) [53] o, en una situación de legítima defensa, también se podría utilizar para la defensa un arma de fuego ilícita que se lleva consigo (BGH NStZ 1986, pág. 357). Por el contrario, no están permitidas ni la falsedad documental (§ 267) para rechazar el ataque de una relación amorosa existente (RG 48, 215 [217]), ni la infracción del secreto postal por parte de un funcionario de correos para defenderse ante sus superiores de denuncias falsas (§ 354 [54]) (RG JW 1928, pág. 662). También sigue existiendo la punibilidad conforme al § 227 para quien, participando en una riña, mata en legítima defensa a otro de los contendientes de la misma (BGH 39, 305 [307 ss.]).

VII. Atenuación de la pena en las causas de justificación incompletas

1. La antijuricidad material es **graduable** (vid. *supra* § 24 I 3 a). Esto no sólo rige para los tipos de injusto sino también para las causas de justificación. La completa justificación de una acción exige la plena realización del tipo de justificación de acuerdo con sus elementos objetivos y subjetivos. Existen, sin embargo, casos en los que tan sólo concurre parcialmente una causa de justificación [55].

Ejemplos: El lesionado en realidad ha aprobado el maltrato pero, a pesar del consentimiento, el hecho atenta contra las buenas costumbres (§ 226 a [56]). En el estado de necesidad existe ciertamente una diferencia valorativa entre los bienes en conflicto, pero no puede afirmarse que el interés protegido prevalezca *esencialmente* sobre el lesionado (§ 34 StGB; § 16 OWiG).

También entran en consideración otros casos en los que el autor *rebasa* una causa de justificación reconocida, de modo que el hecho si bien no está completamente cubierto por aquélla sí lo está al menos parcialmente. También aquí hay que estimar un menor grado de antijuricidad que allí donde ni siquiera hubiera concurrido la causa de justificación como tal.

Ejemplos: En la legítima defensa el atacado va más allá de la medida de lo que resulta necesario para la defensa (§ 32 II). El padre sobrepasa los límites del derecho de corrección que le corresponde ocasionando al niño una lesión leve [56 bis].

2. Según el Derecho alemán en todos los casos de antijuricidad disminuida con motivo de la concurrencia parcial de una causa de justificación, sólo es posible realizar una **atenuación de la pena** en el ámbito del marco punitivo habitual. Más justo parece, tal y como sucede en el Derecho suizo en torno a la legítima defensa (art. 33 II 1 schweiz. StGB), atribuir al juez la competencia para atenuar la pena sin vinculación a la naturaleza de la sanción y al marco punitivo previsto en el tipo aplicable [57].

---

[53] *Widmaier*, JuS 1970, pág. 614 quiere apoyar la justificación de tales casos sobre el estado de necesidad justificante o la "ponderación general de intereses". Asimismo, *LK* (11.ª) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 66 antes del § 32.

[54] El § 354 se encuentra en la actualidad derogado. La referencia debe entenderse realizada al § 206 StGB (N del T).

[55] En relación con lo que sigue vid. *Noll*, ZStW 68 (1956) págs. 184 ss.

[56] Vid. nota a pie núm. 52 (N del T).

[56 bis] Téngase en cuenta, no obstante, que la redacción vigente del § 1631 II BGB prohíbe cualquier castigo corporal, psíquico o cualquier medida denigrante al amparo del derecho de corrección (N del T).

[57] Así, *Kern*, ZStW 64 (1952) pág. 267. Vid., además, *LK* (11.ª) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 67 antes del § 32; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 22 antes del § 32. En relación con el Derecho suizo *Trechsel*, Art. 33 núm. 16.

§ 32 La legítima defensa

Amelung, Das Problem der heimlichen Notwehr usw., GA 1982, pág. 381; *el mismo,* Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten, JuS 1986, pág. 329; *Arzt,* Notwehr, Selbsthilfe, Bürgerwehr, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág. 77; *Baumann,* Notwehr im Straßenverkehr? NJW 1961, pág. 1745; *el mismo,* Rechtsmißbrauch bei Notwehr, MDR 1962, pág. 349; *Baumgarten,* Notstand und Notwehr, 1911; *Bein,* Zur Angemessenheit einer Notwehrhandlung, NJ 1973, pág. 146; *Bernsmann,* Überlegungen zur tödlichen Notwehr usw., ZStW 104 (1992) pág. 290; *Bertel,* Notwehr gegen verschuldete Angriffe, ZStW 84 (1972) pág. 1; *Beulke,* Die fehlgeschlagene Notwehr zur Sachwertverteidigung, Jura 1988, pág. 641; *el mismo,* Anmerkung zu BGH JR 1990, pág. 378; *Bitzilekis,* Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, 1984; *Bockelmann,* Menschenrechtskonvention und Notwehrrecht, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 456; *el mismo,* Notwehr gegen verschuldete Angriffe, Festschrift für R. Honig, 1970, pág. 19; *el mismo,* Notrechtsbefugnisse der Polizei, Festschrift für E. Dreher, 1977, pág. 235; *Boldt,* Staatsnotwehr und Staatsnotstand, ZStW 56 (1937) pág. 183; *Born,* Die Rechtfertigung der Abwehr vorgetäuschter Angriffe, 1984; *Busse,* Nötigung im Straßenverkehr, 1968; *Choi,* Notwehr und "gesellschaftliche Sitten", 1988; *Constantinidis,* Die "actio illicita in causa", 1982; *Courakis,* Zur sozialethischen Begründung der Notwehr, 1978; *Deubner,* Anmerkung zu BGH vom 26.2.1969, NJW 1969, pág. 1184; *Dubs,* Notwehr usw., SchwZStr 89 (1973) pág. 337; *Engels,* Der partielle Ausschluß der Notwehr usw., GA 1982, pág. 109; *Felber,* Die Rechtswidrigkeit des Angriffs usw., 1979; *Fletcher,* Notwehr als Verbrechen, 1993; *Franke,* Die Grenzen der Notwehr im französischen, schweizerischen und österreichischen Strafrecht, Diss. Freiburg 1976; *Frister,* Zur Einschränkung, des Notwehrrechts im System der Notrechte, GA 1988, pág. 291; *Fuchs,* Probleme der Notwehr, Strafr. Probleme 8, 1980, pág. 1; *Frowein/Peukert,* EMRK-Kommentar, 1985; *Gallas,* Anmerkung zu OLG Stuttgart vom 21.4.1948, DRZ 1949, pág. 43; *el mismo,* Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 155; *Geilen,* Eingeschränkte Notwehr unter Ehegatten, JR 1976 pág. 314; *el mismo,* Notwehr und Notwehrexzeß, Jura 1981 pág. 200, con continuaciones; *Grosso,* Difesa legittima e stato di necessità, 1964; *Günther,* Strafrechtwidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *Gutmann,* Die Berufung auf das Notwehrrecht als Rechtsmißbrauch?, NJW 1962, pág. 286; *Haas,* Notwehr und Nothilfe, 1978; *Hassemer,* Die provozierte Provokation usw., Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 225; *Henkel,* Recht und Individualität, 1958; *el mismo,* Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 249; *Herrmann,* Die Notwehr im amerikanischen Strafrecht, ZStW 93 (1981) pág. 615; *Himmelreich,* Erforderlichkeit der Abwehrhandlung usw., GA 1966, pág. 129; *Hinz,* Die fahrlässig provozierte Notwehrlage usw., JR 1993, pág. 353; *Hirsch,* Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs, Festschrift für E. Dreher, 1977, pág. 211; *Hoyer,* Das Rechtsinstitut der Notwehr, JuS 1988, pág. 89; *Hruschka,* Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, Festschrift für E. Dreher, 1977, pág. 189; *E. Kaufmann,* Notwehr, HRG, Tomo III, 1984, columna 1095; *Kerll,* Das englische Notwehrrecht, Diss. Freiburg 1977; *Koch,* Prinzipientheorie der Notwehreinschränkungen, ZStW 104 (1992) pág. 785; *Kratzsch,* Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht, 1968; *el mismo,* § 53 StGB und der Grundsatz nullum crimen sine lege, GA 1971, pág. 65; *el mismo,* Das (Rechts-)Gebot zu sozialer Rücksichtnahme usw., JuS 1975, pág. 435; *el mismo,* Der "Angriff"-ein Schlüsselbegriff des Notwehrrechts, StV 1987, pág. 224; *Krause,* Zur Problematik der Notwehr, Festschrift für H.-J. Bruns, 1978, pág. 71; *el mismo,* Zur Einschränkung der Notwehrbefugnis, GA 1979, pág. 329; *el mismo,* Notwehr bei Angriffen Schuldloser usw., Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, pág. 673; *Krey,* Zur Einschränkung des Notwehrrechts usw., JZ 1979, pág. 702; *Kühl,* Die Beendigung des vorsätzlichen Bestechungsdelikts, 1974; *el mismo,* "Sozialethische" Einschränkungen der Notwehr Jura 1990, pág. 244; *el mismo,* Die "Notwehrprovokation", Jura 1991, págs. 57, 175; *el mismo,* Angriff und Verteidigung bei der Notwehr, Jura 1993, págs. 57, 118, 233; *el mismo,* Notwehr und Nothilfe, JuS 1993, pág. 177; *Kunz,* Die organisierte Nothilfe, ZStW 95 (1983) pág. 973; *el mismo,* Die automatisierte Gegenwehr, GA 1984, pág. 539; *el mismo,* Der Umfang der Notwehrbefugnis in vergleichender Betrachtung, Festgabe Schweiz. Juristentag, 1988, pág. 116; *Lagodny,* Notwehr gegen Unterlassen, GA 1991, 300; *Lenckner,* Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff, GA 1961, pág. 299; *el mismo,* "Gebotensein" und "Erforderlichkeit" der Notwehr, GA 1968, pág. 1; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 24, 356, JZ 1973, pág. 253; *Ludwig,* "Gegenwärtiger Angriff" usw., 1991; *Marxen,* Die "sozialethischen" Grenzen der Notwehr, 1979; *Merten,*

Zum Streit um den Todesschuß, Festschrift für K. Doehring, 1989, pág. 579; *Mitsch,* Nothilfe gegen provozierte Angriffe, GA 1986, pág. 533; *el mismo,* Rechtfertigung einer Ohrfeige-BayObLG NJW 1991, pág. 2031, JuS 1992, pág. 289; *el mismo,* Anmerkung zu LG München I, NJW 1988, pág. 1860, NStZ 1989, pág. 26; *el mismo,* Tödliche Schüsse auf flüchtende Diebe, JA 1989, pág. 79; *Montenbruck,* Thesen zur Notwehr, 1983; *Nagel,* Fememorde und Fememordprozesse in der Weimarer Republik, 1991; *Neumann,* Zurechnung und Vorverschulden, 1985; *el mismo,* Individuelle und überindividuelle Begründung des Notwehrrechts, en: *Lüderssen/Nestler-Tremel/E. Weigend* (Edrs.), Modernes Strafrecht und ultima ratio-Prinzip, 1990, pág. 219; *Oetker,* Hilfeleistung in Staatsnotwehr und Staatsnotstand, GS 97 (1928) pág. 411; *el mismo,* Notwehr und Notstand, Festgabe für R. Frank, Tomo I, 1930, pág. 360; *Otto,* Rechtsverteidigung und Rechtsmißbrauch im Strafrecht usw., Festschrift für Th. Würtenberger, 1977, pág. 129; *Partsch,* Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention, en: *Bettermnann/Neumann/Nipperdey* (Edrs.), Die Grundrechte, Tomo I, 1, 1966, pág. 235; *Perron,* Rechtfertigungs-und Entschuldigungsgründe im deutschen und spanischen Strafrecht, 1988; *Puppe,* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Irrtümer bei der Ausübung der Notwehr und für deren Folgen, JZ 1989, pág. 728; *Ritter,* Der Volksgenosse als Helfer in Volksnot, GS 115 (1941) pág. 239; *Robinson,* Criminal Law Defenses, Tomo I, II, 1984; *Rogall,* Das Notwehrrecht des Polizeibeamten-BayObLGSt 1991, pág. 141, JuS 1992, pág. 551; *Roxin,* Die provozierte Notwehrlage, ZStW 75 (1963) pág. 541; *el mismo,* Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª ed. 1973; *el mismo,* Ein "neues Bild" des Strafrechtssystems, ZStW 83 (1971) pág. 369; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 24, 356, NJW 1972, pág. 1821; *el mismo,* Die sozialethischen Einschränkungen des Notwehrrechts, ZStW 93 (1981) pág. 68; *el mismo,* Von welchem Zeitpunkt an ist der Angriff gegenwärtig usw.? Gedächtnisschrift für U. Tjong, 1985, pág. 137; *el mismo,* Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, Festschrift für H.-H. Jescheek, Tomo I, 1985, pág. 457; *Rudolphi,* Inhalt und Funktion des Handlungsunwerts usw., Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 51; *Schaffstein,* Notwehr und Güterabwägungsprinzip, MDR 1952, pág. 132; *el mismo,* Die strafrechtlichen Notrechte des Staates, Gedächtnisschrift für H. Schröder, 1978, pág. 97; *Schmidhäuser,* Über die Wertstruktur der Notwehr, Festschrift für R. Honig, 1970, pág. 185; *el mismo,* Die Begründung der Notwehr, GA 1991, pág. 97; *el mismo,* Anmerkung zu BayObLG, JZ 1991, pág. 937; *Eb. Schmidt,* Das Problem des übergesetzlichen Notstands, Mitt IKV, Tomo V, 1931, pág. 131; *R. Schmitt,* Tonbänder im Strafprozeß usw., JuS 1967, pág. 19; *Schöneborn,* Zum Leitgedanken der Rechtfertigungseinschränkung bei Notwehrprovokation, NStZ 1981, pág. 201; *Schröder,* Anmerkung zu BGH, JR 1962, pág. 187; *el mismo,* Notwehr bei schuldhaftem Vorverhalten usw., JuS 1973, pág. 157; *Schroeder,* Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 127; *el mismo,* Zur Strafbarkeit der Fluchthilfe usw., JZ 1974, pág. 113; *el mismo,* Anmerkung zu LG München I, JZ 1988, pág. 565; *Schroth,* Notwehr in engen persönlichen Beziehunen, NJW 1984, pág. 2562; *Schünemann,* Der praktische Fall —Strafrecht: Liebhaber und Teilhaber, JuS 1979, pág. 275; *Schumann,* Zum Notwehrrecht und seinen Schranken, JuS 1979, pág. 559; *Seebode,* Gesetzliche Notwehr und staatliches Gewaltmonopol, Festschrift für F.-W. Krause, 1990, pág. 375; *Seelmann,* Grenzen privater Nothilfe, ZStW 89 (1977) pág. 36; *el mismo,* Polizeiliche Notwehr und Einheit der Rechtsordnung, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 359; *Seier,* Umfang und Grenzen der Nothilfe im Strafrecht, NJW 1987, pág. 2476; *Spendel,* Anmerkung zu BayObLG, JR 1991, pág. 250; *Suppert,* Studien zur Notwehr und "notwehrähnlichen Lage", 1973; *Wagner,* Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, 1984; *Warda,* Die Eignung der Verteidigung als Rechtfertigungselement bei der Notwehr (§§ 32 StGB, 227 BGB), Jura 1990, págs. 344, 393; *Woesner,* Die Menschenrechtskonvention in der deutschen Strafrechtspraxis, NJW 1961, pág. 1381.

I. Naturaleza jurídica de la legítima defensa

1. La **idea básica de la legítima defensa** se expresa con la siguiente afirmación: **el Derecho no tiene por qué retroceder frente al injusto** (RG 21, 168 [170]) [1]; este principio, *sin*

[1] En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Berner,* Lehrbuch, 5.ª ed. 1871, pág. 144, a quien se remonta tal afirmación; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 88; *LK* (11.ª) *(Spendel)* § 32 núm. 13;

embargo, también ha experimentado crecientes restricciones derivadas de la idea de su consideración social. ¿Pero cómo se resuelve la contradicción entre la facultad para la autodefensa y la existencia en el orden social moderno del monopolio estatal de la protección jurídica?

La autorización para la defensa del Derecho frente al injusto como facultad del ciudadano individual puede ser fundamentada de dos formas [2]. *Por un lado*, la legítima defensa puede entenderse *jurídico-individualmente* como el derecho a la autoafirmación que por naturaleza se le atribuye a cualquier individuo, a través de la defensa de la propia persona frente al ataque antijurídico de otro. En este sentido, en la antigüedad se consideraba a la legítima defensa como un derecho primordial de la persona que no requería de fundamento adicional alguno: *naturalis ratio permittit se defendere*. Limitado a la protección del cuerpo y la vida como bienes jurídicos de mayor rango, este derecho también se encuentra en el Derecho romano tardío: *vim vi repellere licet* (Dig. 43, 16, 1 § 27). *Por otro lado*, la legítima defensa también puede comprenderse desde una perspectiva *jurídico-social*. De acuerdo con ésta, es el *Ordenamiento* jurídico el que no tiene que ceder ante el injusto. La autodefensa del agredido se muestra simultáneamente como la salvaguardia del orden pacífico general cuando no está presente la ayuda oficial: *deficiente magistratu populus est magistratus*. En este sentido estaba permitido en Derecho germánico la muerte del ladrón sorprendido "in fraganti". En la CCC ambos pensamientos jurídicos se encuentran todavía desvinculados el uno del otro (arts. 139 y 150). Ya en el Derecho natural de finales del siglo XVIII fue creado un derecho general a la defensa en el que estaban fusionadas la idea de autoafirmación del individuo frente al ataque antijurídico y la de la pérdida del derecho a la convivencia pacífica del agresor surgida a través del contrato social.

2. La facultad de **autoprotección** y la idea de **afirmación del Derecho** también sirven de base a la configuración de la legítima defensa en el Derecho vigente, aunque todavía prevalece la perspectiva jurídico-individual, tal y como corresponde a la tradición liberal del StGB [3]. El *aspecto jurídico-individual* se manifiesta en que la legítima defensa puede ser utilizada sólo para la protec-

---

Preisendanz, § 32 comentario I; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 1 con referencias adicionales; *Wessels*, Allg. Teil núm. 324. Destacando acertadamente que con tal aseveración se alude al injusto existente en un "ataque actual", *Hirsch*, Dreher-Festschrift pág. 223 nota a pie núm. 43.

[2] En relación con lo que sigue vid. *Mayer*, Lehrbuch págs. 199 ss.; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 192; *LK* (11.ª) *(Spendel)* § 32 núms. 11 ss.; *Geilen*, Jura 1981, pág. 200; *Lenckner*, GA 1961, pág. 309; *Schröder*, JuS 1973, pág. 158; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 428. Acerca del desarrollo histórico *Schroeder*, Maurach-Festschrift págs. 128 ss.; *Suppert*, Studien págs. 43 ss.; *Haas*, Notwehr und Nothilfe págs. 19 ss.; *Krause*, Bruns-Festschrift págs. 71 ss.; *Bitzilekis*, Die neue Tendenz págs. 24 ss.; *E. Kaufmann*, HRG Tomo III, columna 1095.

[3] En la literatura clásica la idea de autodefensa se encontraba en un primer plano; vid. *Binding*, Handbuch pág. 732; *Baumgarten*, Notstand und Notwehr pág. 102; *Oetker*, Frank-Festgabe Tomo I pág. 375. De modo creciente, sin embargo, en la doctrina y la jurisprudencia fue acentuándose asimismo la idea de la salvaguardia del Ordenamiento jurídico; vid. BGH 24, 356 (359); BGH MDR 1972, pág. 791; *Dreher/Tröndle*, § 32 núm. 2; *LK* (11.ª) *(Spendel)* § 32 núm. 13; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 1; *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 201 ss.; *SK (Samson)* § 32 núm. 1; *Roxin*, ZStW 75 (1963) pág. 566; *el mismo*, Kriminalpolitik pág. 26; *el mismo*, ZStW 93 (1981) págs. 70 ss.; *el mismo*, All Teil I § 15 núms. l ss.; *Kühl*, JuS 1993, págs. 178 ss.; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 10 A núm. 4. Situándose sólo sobre la base de la salvaguardia del Ordenamiento jurídico *Schmidhäuser*, Honig-Festschrift pág. 193; *el mismo*, GA 1991, págs. 115 ss.; *el mismo*, Allg. Teil pág. 341, tesis que, no obstante, no llega a alcanzar el significado de la legítima defensa. Acerca de la crítica a esta postura vid. *Roxin*, ZStW 83 (1971) pág. 387; *Hirsch*, Dreher-Fesrschrift págs. 218 ss. Fundamentan la legítima defensa únicamente desde la perspectiva del principio de protección individual *Constantinidis*, "Die actio illicita in causa" págs. 103 ss.; *Frister*, GA 1988, págs. 299 ss.; *Hoyer*, JuS 1988, pág. 89; *Mitsch*, JA 1989, pág. 84; *Neumann*, Zurechnung págs. 162 ss.; *el mismo*, Notwehrrecht págs. 219 ss.; *Wagner*, Notwehrbegründung págs. 29 ss., 56 ss.; *Fuchs*, Probleme der Notwehr págs. 41 ss., 67 ss.

ción de bienes jurídicos individuales y no para la protección del orden público o del Ordenamiento jurídico mismo. El interés general en la afirmación de este último sólo aparece, pues, como un medio para la protección jurídica de la persona. La concepción jurídico-individual de la legítima defensa también hace comprensible la circunstancia de que la proporcionalidad valorativa entre el bien jurídico protegido y el lesionado no desempeñe por principio ningún papel. Lo único importante es aquello que resulta eficaz para el rechazo del ataque antijurídico y no los daños o pérdidas que el agresor debe tolerar. Desde esta visión también se explica la máxima según la cual no le es exigible al agredido una "huida deshonrosa" (RG 16, 69 [72]). Por el contrario, el *aspecto jurídico-social* se muestra en la admisión ilimitada del auxilio necesario (naturalmente, también sólo para la protección de bienes jurídicos individuales), en la restricción de la legítima defensa para el supuesto en el que decae el punto de vista de la afirmación del Ordenamiento jurídico, así como también en las hipótesis de extrema desproporción de los bienes implicados (vid. *infra* § 32 III). De ser posible, también el deber del ejercicio más adecuado del derecho de legítima defensa pertenece a esta relación. A pesar de que el interés general en la defensa del Ordenamiento jurídico también desempeña su rol en la legítima defensa, ésta no tiene el carácter de *pena* para el agresor; de ahí que esta causa de justificación no esté limitada a los ataques culpables [4].

3. La legítima defensa es una **causa de justificación**. Quien se defiende frente a un ataque antijurídico actual se comporta *conforme a Derecho*. En coincidencia con el § 227 I BGB este cariz se recoge expresamente en el § 32 I. El requisito del "carácter imperioso" de la defensa ("Gebotenheit") fue acogido por el Derecho anterior (§ 53 I en su redacción antigua), al quererse crear con él un punto de conexión con las restricciones de carácter ético-social del derecho a la legítima defensa (vid. *infra* § 32 III 2) [5].

II. La estructura del concepto de legítima defensa

La **definición clásica de la legítima defensa** reza del siguiente modo: "legítima defensa es aquella que resulta necesaria para repeler por sí mismo o por un tercero un ataque actual y antijurídico" (§ 32 StGB; § 15 II OWiG; § 227 II BGB).

1. Según ello, la situación de defensa se desencadena a través de una **agresión actual y antijurídica** frente a un bien jurídico susceptible de ser protegido a través de esta causa de justificación. Vamos a pasar en primer lugar a tratar este grupo de elementos.

a) La **agresión** es toda lesión o puesta en peligro que, procedente de una persona [6], afecta a

---

[4] Así, sin embargo, *Wegner*, Strafrecht pág. 123; *H. Mayer*, Grundriß pág. 99. Con frecuencia, la culpabilidad del ataque también es presupuesta para la legítima defensa sin el momento punitivo: así, *Hruschka*, Strafrecht págs. 141 ss; *Jakobs*, Allg. Teil 12/18; *Frister*, GA 1988, pág. 307; *Bertel*, ZStW 84 (1972) pág. 1; *Krause*, GA 1979, págs. 332 ss.; *Otto*, Würtenberger-Festschrift págs. 140 ss.; *SK (Samson)* § 32 núm. 15; *Schmidhäuser*, Honig-Festschrift págs. 196 ss., GA 1991, pág. 129 y Allg. Teil págs. 348 ss. En contra se pronuncia la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria; vid. RG 27, 44; BGH 3, 217; BayObLG NJW 1991, pág. 2031; *Roxin*, Allg. Teil I § 15 núm. 10; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 24 con referencias adicionales.

[5] Sobre ello vid. BT-Drucksache V/4095 pág. 14; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 44.

[6] Los ataques de animales deben enjuiciarse de acuerdo con el § 228 BGB. En este sentido camina la RG 34, 295 (297) y la doctrina mayoritaria; vid. *Dreher/Tröndle*, § 32 núm. 5; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 26 núm. 8. De otra opinión *LK* (11.ª) (*Spendel*) § 32 núm. 44 con la doctrina clásica. No obstante, existe un ataque en el sentido del § 32 cuando una persona azuza a un animal contra otra.

un interés jurídicamente protegido del autor o de un tercero [7]. A pesar de que el uso común del lenguaje entiende por agresión un comportamiento doloso y activo, sin embargo, jurídicamente, ni uno ni otro son necesarios. La "agresión" no requiere ser dirigida ni de forma intencionada ni tampoco con dolo eventual, sino que basta con que sea imprudente o, incluso, una conducta completamente inculpable y que ni siquiera sea objetivamente contraria a deber, siempre que se muestre como la lesión inminente de un interés jurídicamente protegido [8]. No obstante, el comportamiento del agresor debe poseer como mínimo la *cualidad de acción* (vid. *supra* § 23 VI).

Ejemplos: Quien como cochero del servicio de reparto de leche pone en peligro imprudentemente a otros vehículos, debe tolerar que otra persona responsable del funcionamiento de la lechería intervenga en la conducción del coche de caballos (OGH 1, 273 [274]). También resulta admisible la legítima defensa frente a enfermos mentales, niños y personas que actúan bajo error (BGH 6, 263 [272]; BayObLG NJW 1991, pág. 2031 con comentario de *Mitsch*, JuS 1992, pág. 289). Por el contrario, frente a los usuales impedimentos y molestias del tráfico viario está excluida la legítima defensa, porque estas situaciones están indefectiblemente unidas a las circunstancias imperantes y no constituyen, pues, ataque alguno (OLG Düsseldorf NJW 1961, pág. 1783; coincidente en cuanto al resultado *Baumann*, NJW 1961, pág. 1745). Sólo existe un ataque cuando reprochablemente se ejerce violencia en el sentido del § 240 II [9].

Tampoco es absolutamente necesario un comportamiento activo para el concepto de agresión, puesto que existen casos, que no resultan por lo general fácilmente descriptibles, en los que el mero permanecer inactivo puede ser considerado como agresión. En todo caso, una omisión debe ser considerada como agresión cuando consiste en un deber de intervenir que se encuentra penal o administrativamente sancionado (de otra opinión, OLG Stuttgart NJW 1966, 745 [748]), tal y como sucede en los delitos de omisión propia y en los casos de deber de garante en la evitación del resultado [10].

Ejemplos: El conductor de un vehículo se encuentra por lo general autorizado para defenderse legítimamente si, encontrándose en una vía pública para realizar la maniobra de estacionamiento en una plaza de

---

[7] Con razón subraya *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 346, que sólo puede ser considerado como agresión un comportamiento concretamente peligroso, pero no una tentativa inidónea. En este caso falta el interés en la autoprotección.

[8] Así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs.295 ss.; *Geilen*, Jura 1981, pág. 256; *Dreher/Tröndle*, § 32 núm. 11; *LK* (11.ª) (*Spendel*) § 32 núm. 63; *Welzel*, Lehrbuch, págs. 85 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 325. Por el contrario, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 21, *Roxin*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 473 ss.; *el mismo*, Allg. Teil I § 15 núm. 15; *Hirsch*, Dreher-Festschrift págs. 224 ss.; *Kühl*, Jura 1993, pág. 64; *Felber*, Rechtswidrigkeit des Angriffs págs. 138 ss.; *Schaffstein*, MDR 1952, pág. 132; *Schumann*, JuS 1979, pág. 560, exigen un comportamiento objetivo del agresor que "al menos sea descuidado"; en contra de ello habla la circunstancia de que así la situación queda poco clara para el agredido. Y mucho más rige este argumento frente a quienes como *Hruschka*, Dreher-Festschrift pág. 202 o *Jakobs*, Allg. Teil 12/18 exigen una "conciencia de la antijuricidad"; así como frente a *Ludwig*, "Gegenwärtiger Angriff" págs. 110 ss.; *Hoyer*, JuS 1988, pág. 89 quienes reclaman la culpabilidad del agresor.

[9] Vid. más detalladamente sobre la cuestión *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 9 con numerosas referencias.

[10] Se muestran coincidentes *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 26 núm. 9; *Lackner*, § 32 núm. 2; *Geilen*, Jura 1981, pág. 204; *Felber*, Rechtswidrigkeit des Angriffs págs. 195 ss.; *LK* (11.ª) (*Spendel*) § 32 núms. 46 ss.; *Welzel*, Lehrbuch pág. 84; *Wessels*, Allg. Teil núm. 326; *Kühl*, Jura 1993, pág. 59; *Lagodny*, GA 1991, págs. 301 ss. Mostrándose críticos al respecto *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 89; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núms. 10 ss. Discrepando en cuanto a los delitos de omisión propia *Roxin*, Allg. Teil I § 15 núm. 13; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 418.

aparcamiento, se ve impedido de hacerlo por una persona allí situada manteniendo el sitio libre para un vehículo que todavía no había llegado (§ 1 II StVO) (BayObLG NJW 1963, pág. 824; vid. también OLG Hamburg NJW 1968, pág. 662) [11]. Una agresión contra el derecho al domicilio es también un allanamiento de morada cometido a través de la permanencia no autorizada (§ 123 en su segunda alternativa) (RG 72, 57 [58]), y un ataque a la libertad es asimismo la no liberación de un preso tras expirar el plazo para ello. Por el contrario, la omisión en el abandono de un domicilio tras la expiración del contrato de alquiler no constituye agresión alguna, pues naturalmente el inquilino permanece como poseedor de la cosa objeto de arrendamiento (RG 19, 298).

Falta la agresión, en tanto que uno de los dos oponentes no desista abiertamente de la lucha o emplee armas peligrosas contrarias a lo pactado, cuando dos personas, para medir sus fuerzas, intervienen en una pelea golpeándose recíprocamente (RG 72, 183; BGH GA 1960, pág. 213; NStZ 1990, pág. 435).

b) **Todo interés jurídicamente protegido** del agredido es susceptible de legítima defensa; no sólo el cuerpo y la vida (sin embargo, de acuerdo con la BVerfGE 88, 203 [279], está excluido el auxilio necesario a favor de la vida del no nacido en un aborto ilegal que se practica tras el asesoramiento), sino también la libertad y el honor (RG 21, 168 [170], el último incluso frente a un militar de grado superior, RG 69, 265 [268]), la propiedad y la posesión (incluso la ilegítima, RG 60, 273 [278]), el derecho de caza (RG 55, 167), el derecho a la propia imagen (OLG Hamburg MDR 1972, pág. 622; OLG Karlsruhe NStZ 1982, pág. 123), el derecho al domicilio (BGH GA 1956, pág. 49; BGH StV 1982, pág. 219), el patrimonio, relaciones familiares (RG 48, 215) [12], la facultad para el disfrute de cosas de dominio público o común (BayObLG NJW 1963, pág. 824) y, finalmente, incluso la esfera íntima [13].

Ejemplo: La observación impertinente de una pareja de amantes puede ser una agresión antijurídica a la esfera íntima, pero ello no sucede cuando se trata de un parque público pues en éste nadie tiene la pretensión a la protección de su esfera íntima (BayObLG NJW 1962, pág. 1782).

Son susceptibles de tutela a través de la legítima defensa los **bienes jurídicos del Estado** o de otras personas jurídicas de Derecho público, siempre que se trate de bienes jurídicos individuales. De este modo, la propiedad pública puede ser defendida por cualquiera frente a un hurto o unos daños (por ejemplo, frente a un espía que se dispone a sustraer un artefacto moderno del ejército o a dañarlo). También los bienes jurídicos colectivos son susceptibles de amparo por la legítima defensa cuando la agresión afecta inmediatamente a un individuo. Y así, todo espectador visual puede defenderse frente a acciones exhibicionistas pues el § 183 también tutela el pudor del individuo. Por el contrario, la defensa frente a los ataques dirigidos al orden público o al Ordenamiento jurídico no compete a los concretos ciudadanos, sino tan sólo al Estado y a sus

---

[11] Más "casos de plazas de aparcamiento" en *Busse*, Nötigung im Straßenverkehr págs. 43, 124 ss.

[12] Limitado al matrimonio, cuando la infracción tiene lugar de acuerdo con la voluntad del otro cónyuge, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 5 a; asimismo, OLG Köln NJW 1975, pág. 2344.

[13] Según *Schroeder* JZ 1974, pág. 114, también la libertad para elegir el lugar de residencia de los ciudadanos de la RDA era un bien jurídico susceptible de ser protegido a través de la legítima defensa, pues es uno de los supuestos en los que para la aplicación del Derecho propio debe ser tenido en cuenta el Ordenamiento jurídico extraño (vid. *supra* § 18 I 1), y precisamente aquél no reconocía tal libertad (por cierto, con infracción de lo previsto en el art. 12 II del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 19.12.1966, BGBl. 1973 II pág. 1534). Al respecto vid. OLG Düsseldorf NJW 1985, pág. 1093. También debe rechazarse la estratificación de la legítima defensa en "núcleo central y periferia", tal y como propone *Montenbruck*, Thesen págs. 12 ss.

órganos (BGH 5, 245 [247]; BGH VRS 40, 104 [107]; BGH NJW 1975, pág. 1162; OLG Düsseldorf NJW 1961, pág. 1783; OLG Stuttgart NJW 1966, pág. 745 [748]) [14]. Ningún particular podría por cuenta propia retirar un escrito pornográfico de la vitrina de un quiosco (§ 184 I núm. 3) o cooperar en una intervención policial frente a grupos que oponen resistencia (§ 113), en la medida en que no deba ser prestado un auxilio necesario a un agente concreto que corra peligro (no obstante, vid. todavía el § 114 II y la RG 25, 253). Los supuestos de protección del orden público por ciudadanos particulares han de distinguirse de la *legítima defensa estatal*. En esta última se trata de la protección de los valores más importantes del Estado mismo. La legítima defensa estatal está por tanto justificada cuando el Estado se encuentra amenazado de un modo inmediato. A pesar de todo, esta teoría conduce a consecuencias insostenibles [15].

Ejemplos: De este modo, en un caso de "asesinato político", el Tribunal Imperial alemán ha reconocido básicamente que frente a los delitos de traición cabe admitir como causa de justificación la legítima defensa estatal desarrollada por personas determinadas (RG 63, 215 [220]; la cuestión quedó abierta en la RG 64, 101 [103] y en el caso "Kapp-Putsch" resuelto por la RG 65, 259 [286]). Esta visión es rechazable pues la lucha política tanto en el interior como frente al extranjero no puede ser resuelta por medio de actos de violencia de personas particulares según los puntos de vista de la legítima defensa [16].

En su caso, para la justificación del empleo de la violencia por los particulares en la defensa de los bienes jurídicos más importantes del Estado, puede recurrirse al *estado de necesidad justificante* (vid. *infra* § 33 IV) que, junto a la situación del interés, también tiene en cuenta la clase y dimensión del peligro, así como la adecuación de la acción defensiva; de esta forma, puede ser adaptado mucho mejor a la situación que la legítima defensa [17]. De acuerdo con ello, una acción particular defensiva sólo estaría autorizada cuando el Estado no puede defenderse a tiempo por medio de sus propios órganos, cuando el peligro es actual o inmediato, y cuando no existe ninguna otra salida para eludir un grave e irreparable daño para el bien común (vgr., un particular evita con violencia que cruce la frontera un traidor que huye llevándose consigo secretos de Estado). El legislador ha regulado positivamente un fragmento del estado de necesidad estatal. Frente a las agresiones dirigidas contra los principios básicos recogidos en los arts. 20 I-III GG, puede oponerse por parte del ciudadano del Estado el *derecho* subsidiario a la *resistencia* reconocido en el art. 20 IV GG (vid. *infra* § 35 IV 4).

---

[14] De acuerdo con la doctrina mayoritaria; vid. *Arzt*, Schaffestein-Festschrift págs. 84 ss. (con comentarios críticos a la debilidad de los órganos públicos); *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 89; *Blei*, Allg. Teil pág. 159; *Jakobs*, Allg. Teil 12/9 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 6; *Lackner*, § 32 núm. 3; *Roxin*, Allg. Teil I § 15 núm. 35; *Kühl*, Jura 1993, pág. 61; *SK (Samson)* § 32 núm. 9; *Wessels*, Allg. Teil núm. 332; extensamente *Schroeder*, Maurach-Festschrift pág. 141; *Dreher/Tröndle*, § 32 núm. 7; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 26 núm. 12 y, especialmente, *LK* (11.ª) (*Spendel*) § 32 núms. 153 ss.

[15] Mostrando también su rechazo, *H. Mayer*, Lehrbuch págs. 182 ss.; vid., además, *Oetker*, GS 97 (1928) págs. 424 ss.; *Blei*, Allg. Teil pág. 158. A favor de la legítima defensa estatal, aunque con restricciones, *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 341 ss.; *LK* (11.ª) (*Spendel*) § 32 núm. 161; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 26 núm. 54; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 419; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núms. 6 ss.

[16] Acerca del "asesinato político" en los años 1920-23 y su tratamiento por la Justicia *Nagel*, Fememorde und Fememordprozesse in der Weimarer Republik, 1991. A la legítima defensa estatal también recurría la Ley de 3.7.1934 (RGBl. I pág. 529), que declaró "adecuados a Derecho" los asesinatos relacionados con el denominado "golpe de Estado de Röhm".

[17] Aceptan una causa de justificación política similar al estado de necesidad *Eb. Schmidt*, Mitt IKV 1931, págs. 156 ss.; *Boldt*, ZStW 56 (1937) págs. 200 ss.; *Ritter*, GS 115 (1941) págs. 242 ss.; *Welzel*, Lehrbuch pág. 88. En contra, con razón, del estado de necesidad justificante en beneficio del derecho de autodeterminación de los tirolenses del sur BGH NJW 1966, pág. 310 (págs. 311 ss.).

c) Además, la agresión debe ser **antijurídica**, sin que necesite por ello ser punible. *Antijurídico* es todo ataque que objetivamente infringe el Ordenamiento jurídico. Para ello, basta con la inminencia del acaecimiento del injusto de *resultado* (vid. *supra* § 24 III 1). No es necesaria una actuación dolosa o por lo menos culpable por parte del agresor (vid. *supra* § 32 nota a pie núm. 8). Por consiguiente, la defensa también es admisible frente al ataque de personas ebrias (BGH 3, 217 [218]), enfermos mentales (RG 27, 44 [45]), niños, así como frente a quienes actúan por error (OGH 1, 273 [274]; BayObLG NJW 1991, pág. 2031). Incluso es admisible legítima defensa o, en su caso, auxilio necesario, frente a una lesión inminente que procede de una acción que no es ni siquiera descuidada; así sucede cuando el conductor de un vehículo al dar marcha atrás amenaza con atropellar a un niño que jugaba y al cual no podía ver [18]. En los casos anteriormente mencionados los resultados inadecuados son evitados negando el interés en la reafirmación del Derecho y, de acuerdo con ello, admitiendo sólo la autodefensa cuando el agredido no puede evitarlo (vid. *infra* § 32 III a). No es antijurídica la agresión que por su parte es autorizada como una "intervención" admisible por las normas jurídicas. También aquí rige el principio de la unidad del Ordenamiento jurídico. Por ello, es antijurídica la respuesta violenta frente a la legítima defensa, frente a una actuación amparada por el estado de necesidad civil (§ 904 BGB), frente al derecho de corrección de los padres [18 bis], frente a una detención preventiva llevada a cabo tras el examen conforme a deber (§ 127 II StPO) incluso aunque verdaderamente afecte a un inocente (RG 72, 305 [311]), frente a un funcionario de policía que fotografía lícitamente una manifestación (BGH JZ 1978, pág. 762), frente al órgano judicial ejecutivo que equivocadamente actúa contra el embargado que no es culpable (RG 61, 297 [299]), frente a una expresión lesiva del honor amparada por la preservación de legítimos intereses (§ 193) o, finalmente, frente a actos de confiscación de una potencia ocupante que actúa de acuerdo con el Derecho internacional.

Ejemplo: El mesonero no puede actuar en legítima defensa frente a un cliente que utiliza su mobiliario para defenderse de los actos de violencia de otro, pues dicho cliente actúa conforme a Derecho según el § 904 BGB (RG 23, 116).

d) Finalmente, la agresión debe ser **actual**. Tal elemento concurre cuando el ataque es inminente, está teniendo lugar en ese momento o cuando todavía persiste (BGH 27, 336 [339]) [19]. La situación de legítima defensa comienza tan pronto como existe un peligro amenazador de carácter inmediato por medio de la agresión dirigida al interés protegido (RG 61, 216 [217]). Si éste es el caso, eso es algo que depende sobre todo de los medios que están a disposición del agresor, especialmente de las armas que están a su alcance (RG 67, 337 [339]; BGH 25, 229; BGH NJW 1973, pág. 255). Para ello lo que resulta decisivo es el pronóstico *objetivo* de un espectador experimentado colocado en la situación del agredido y no la representación subjetiva

---

[18] De acuerdo *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 297 ss.; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 90 (con un ejemplo didáctico); *LK* (11.ª) (*Spendel*) § 32 núm. 62; *Gallas*, Bockelmann-Festschrift págs. 163 ss. nota a pie núm. 21. Por el contrario, la tesis mayoritaria exige no sólo un injusto de resultado sino también de acción que, como mínimo, sea un comportamiento objetivamente contrario al deber de cuidado; vid., además, *Supra* § 32 nota a pie núm. 8.

[18 bis] *Vid. Supra § 31 VII nota a pie núm. 56 bis* (N del T).

[19] Vid. *Roxin*, Tjong-Gedächtnisschrift pág. 143 ("comienzo inmediato del ataque"); de modo similar, *Jakobs*, Allg. Teil 12/23; *Kratzsch*, StV 1987, pág. 228; *LK* (11.ª) (*Spendel*) § 32 núm. 115. Por el contrario, no importa el momento en el que empeoran las oportunidades de defensa; así, sin embargo, *SK (Samson)* § 32 núm. 10; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 347; *Kühl*, Allg. Teil § 7 núm. 41.

de éste. La mera intención de agredir que no ha sido accionada externamente no constituye todavía ataque alguno (BayObLG NJW 1985, pág. 2600).

Ejemplos: El guarda forestal puede disparar al cazador furtivo que, a pesar del requerimiento para que tire el arma, huye *con* ella (RG 53, 132 [133]). Sin embargo, se presupone que el furtivo tenía la intención de devolver el disparo y no meramente de querer dejar a salvo el arma. Por el contrario, ningún miembro de una manifestación política que tiene lugar bajo protección policial puede llevar un cuchillo abierto pues, a pesar del peligro genérico de actividades violentas, hay que negar la existencia de un ataque inminente contra él (RG 65, 159). Falta asimismo una agresión actual cuando el intruso desarmado se introduce en el dormitorio de matrimonio y huye a causa de los gritos, aunque pueda existir un riesgo cercano de que otra noche aparezca nuevamente (BGH NJW 1979, pág. 2053).

En los delitos permanentes (como por ejemplo las detenciones ilegales o allanamiento de morada) la agresión sigue siendo actual en tanto que se prolongue la situación antijurídica [20]. Permanente es también un ataque cuando, aunque en verdad la lesión del interés protegido ya ha tenido lugar, sin embargo en conexión inmediata con aquél puede ser desplegada enseguida una acción de sentido contrario que lo anule total o parcialmente.

Ejemplo: Cuando, tras la exclamación del propietario, el ladrón de fruta huye llevándose consigo el botín, su agresión es todavía actual a pesar de que la sustracción ya está consumada (RG 55, 82 [84 ss.]) [21].

El requisito de la actualidad de la agresión no excluye la defensa a través de *perros guardianes, instrumentos de disparo automáticos, cepos o cebos envenenados,* pues la respuesta sólo se produce en el instante en el que la agresión tiene lugar [22]. No obstante, los peligros anudados a tales procedimientos preventivos van en perjuicio de quien se defiende de este modo.

Resultan rechazables la admisión de una "*legítima defensa preventiva*" y la estimación de una "situación similar a la legítima defensa" por parte de la jurisprudencia como, por ejemplo, la grabación magnetofónica secreta destinada a evitar futuras extorsiones y otros ataques (BGHZ 27, 284 [286 ss.]; BGH 14, 358 [361]; 19, 325 [332]; BGH NStZ 1982, pág. 254; OLG Celle NJW 1965, pág. 1677 [1679]; OLG Frankfurt NJW 1967, pág. 1047; KG JR 1981, 254) [23]. En verdad, se trata de supuestos del estado de necesidad del § 34 que tienen que cumplir los requisitos (más rigurosos) establecidos en el precepto señalado.

2. Frente a una agresión actual y antijurídica está permitida la **defensa necesaria**.

a) La acción defensiva debe responder a una **voluntad de defensa** (vid. *supra* § 31 IV 1). Otros motivos como el odio, la indignación o la venganza también pueden estar presentes sólo si concurre tal voluntad de defenderse (RG 54, 196 [199]; BGH 3, 194 [198]; 5, 245 [247]; *Dallinger* MDR 1972, pág. 16). Sin embargo, este elemento anímico falta en una riña cuando la voluntad de ataque y de defensa se transmutan recíprocamente (OLG Saarbrücken VRS 42, 419).

---

[20] Vid. *Dreher/Tröndle*, § 32 núm. 10; *Kühl*, Die Beendigung págs. 151 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 15 núm. 27; *LK* (11.ª) (*Spendel*) § 32 núm. 115; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 15.

[21] Subrayan con razón que en la actualidad, a causa de la desproporción extrema de los bienes jurídicos, habría que negar la legítima defensa *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 94.

[22] Muestran su conformidad tras un riguroso examen de su necesidad *Kunz*, GA 1984, págs. 539 ss.; *LK* (11.ª) (*Spendel*) § 32 núm. 114.

[23] La doctrina científica coincide parcialmente con esta jurisprudencia; por ejemplo, *Suppert*, Studien págs. 356 ss.; *R. Schmitt*, JuS 1967, pág. 19; *SK (Samson)* § 32 núm. 10; *Welzel*, Lehrbuch pág. 87; *Amelung*, GA 1982, págs. 381 ss. En el mismo sentido que aquí, sin embargo, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 17; *Geilen*, Jura 1981, pág. 210; *LK* (11.ª) (*Spendel*) § 32 núms. 127 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 421. A favor del reconocimiento de una "situación similar al estado de necesidad" *Günther*, Strafrechtswidrigkeit págs. 337 ss.

b) Asimismo, la acción defensiva sólo está justificada cuando resulta **necesaria** para repeler el ataque. Aquélla debe ser, pues, *idónea* para la defensa [24] y, además, constituir el *medio menos perjudicial* para la persona del agresor. La necesidad depende del conjunto de circunstancias bajo las cuales tienen lugar la agresión y la defensa, especialmente de la intensidad del ataque, de la peligrosidad del agresor y su actuación, así como de los medios disponibles para la defensa (RG 72, 57 [58]). La necesidad debe valorarse desde una perspectiva *objetiva ex ante*, esto es, tal y como habría valorado las circunstancias el hombre medio colocado en la situación del agredido (BGH NJW 1969, pág. 802) (vid. *supra* § 31 IV 4) [25]. El agredido no tiene por qué limitarse a la mera defensa sino que puede pasar al contraataque (defensa ofensiva) si ello resulta necesario para repeler eficazmente la agresión (RG 16, 69 [71]). En principio, con el examen de la necesidad *no* tiene lugar una ponderación de la proporcionalidad de los bienes jurídicos implicados (RG 55, 82 [85 ss.]; BGH GA 1969, pág. 23; BGH VRS 30, 281; BGH NStZ 1982, pág. 219). Bajo ciertas circunstancias puede ser por tanto "necesario" matar al agresor que quiere robar la cartera si no existe otra posibilidad de defensa menos lesiva (acerca de la cuestión relativa a la aplicabilidad del art. 2 II a de la MRK vid. *infra* 32 V) (en relación con la desproporcionalidad de los bienes en juego vid. *infra* § 32 V). Si las consecuencias derivadas de la adecuada acción defensiva fueran más allá de lo necesario para repeler el ataque, también el resultado más gravemente acaecido puede quedar cubierto por la legítima defensa pues lo importante es sólo la necesidad de la *acción* defensiva (BGH 27, 313; BGH NStZ 1988, pág. 409). Sin embargo, existe la posibilidad de que quien se defiende sea castigado por un comportamiento imprudente frente al atacante si aquél hubiera podido evitar el daño innecesario.

Ejemplo: El agredido se defiende dando un golpe con un casco de bomberos a un agresor de similar corpulencia, mediante el cual ocasiona a éste una importante lesión auditiva (§ 224 [26]) (OLG Braunschweig NJW 1953, pág. 997). Acerca de la aberratio ictus con ocasión de la defensa LG München I NJW 1988, pág. 1860 (1862) con comentario de *Mistsch*, NStZ 1989, pág. 26 y *Puppe*, JZ 1989, pág. 728.

c) Pero tampoco la acción defensiva debe ir más allá de lo que resulte necesario para repeler eficazmente la agresión. Dado que la legítima defensa no es una acción punible sino que tan sólo sirve a la protección del interés amenazado frente al ataque antijurídico, rige el **principio de la menor lesividad para el agresor**. De ahí que quien se defiende deba escoger de entre todos los medios eficaces de defensa que están a su disposición, aquél que resulte menos dañino y peligroso. No obstante, esto no significa que el agredido deba retroceder o eludir la agresión [27]. Precisamente la legítima defensa garantiza el derecho a *defenderse* frente a la agresión antijurídica. La defensa también puede ser tan intensa como para esperar de ella la rápida y completa eliminación del peligro; de ahí que el agredido no necesite embarcarse en tímidos intentos de defensa que en sí mismos resultan arriesgados (BGH 24, 356 [358]). También puede emplear un

---

[24] Al respecto, detalladamente, *Warda*, Jura 1990, págs. 344 ss.

[25] Asimismo, *Bockelmann*, Dreher-Festschrift pág. 247; *LK* (11.ª) (*Spendel*) § 32 núm. 219; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 34. Acerca de las armas simuladas *Born*, Vorgetäuschte Angriffe págs. 150 ss. La muerte del agresor sólo es admitida por *Bernsmann*, ZStW 104 (1992), pág. 326 en caso de peligro para la vida.

[26] La remisión debe entenderse realizada al actual § 226 I núm. 1 (N del T).

[27] En este sentido se pronuncia la concepción dominante; vid. RG 55, 82 (83); 71, 133 (134); BGH 26, 256; BGH JR 1990, pág. 378 con comentario coincidente de *Beulke*; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 32 núm. 16d; *Lackner*, § 32 núm. 9; *Kühl*, Jura 1993, pág. 118; *Roxin*, Allg. Teil I § 15 núm. 41; *LK* (11.ª) (*Spendel*) § 32 núm. 239; *Wessels*, Allg. Teil pág. 335; *Welzel*, Lehrbuch pág. 86.

arma de fuego frente a un agresor desarmado pero decidido al empleo brutal de la violencia (BGH StV 1986, pág. 15).

Ejemplos: No puede exigirse que el agredido, en una situación extraordinariamente peligrosa, apunte a los pies del agresor en vez de al tronco del mismo, pues de lo contrario la defensa frente a un atacante superior no sería segura (BGH GA 1965, pág. 147). Sin embargo, el agredido debe valerse del apoyo de terceros que sean capaces y estén dispuestos para la defensa (RG 66, 244 [245]; 71, 133 [134]). Llegado el caso, debe requerir enseguida el auxilio policial disponible para hacer valer su derecho a excluir la presencia de terceros en su domicilio (RG 72, 57 [59]; BGH VRS 30, 281). En caso de auxilio necesario, la policía puede valerse del derecho reconocido en el § 32 (BayObLG JZ 1991, pág. 936, con comentario aprobatorio de *Schmidhäuser* y anotación de *Spendel*, JR 1991, pág. 250) [28]. A pesar de todo, el disparo a matar sólo es admisible cuando para la protección del bien jurídico amenazado no baste dejar fuera de combate al agresor (hipótesis de terrorismo y toma de rehenes) (vid. *infra* § 35 I 1 nota a pie núm. 1) [29].

III. Restricciones al derecho de defensa

1. De acuerdo con los requisitos expuestos *supra* § 32 II 2, el derecho a la legítima defensa sólo se encuentra limitado por la medida de la necesidad. Ello supone colocar en manos del agredido un arma extremadamente aguda que puede conducir a una escalada de los enfrentamientos. De ahí que la teoría y la jurisprudencia hayan desarrollado crecientes y numerosas **restricciones** al ejercicio del derecho a la legítima defensa derivadas del sentido y finalidad del mismo [30]. Con este desarrollo *no* se da una infracción del art. 103 II GG, a pesar de que conforme a la naturaleza de la delimitación del derecho a la legítima defensa tiene lugar una ampliación de la punibilidad de acuerdo con el resto de las disposiciones penales que, de este modo, pueden prevalecer frente a tal derecho como proposición permisiva. Lo decisivo es que las limitaciones que actualmente se llevan a cabo en la legítima defensa, se deriven del sentido del § 32 y sean compatibles con su tenor literal (interpretación restrictiva) (vid. *supra* § 31 III 3) [31].

Ejemplos: La renuncia transitoria al derecho a la inviolabilidad del domicilio sería exigible si el autor, al entrar en el suyo, excita nuevamente al agresor imprevisible del que, posiblemente, sólo puede defenderse infiriéndole lesiones mortales (BGH NJW 1962, pág. 308) [32]. En el enfrentamiento con un camorrista en

---

[28] Vid. *Bockelmann*, Engisch-Festschrift pág. 467; *el mismo*, Dreher-Festschrift pág. 247; *LK (Spendel)* § 32 núms. 263 ss. con numerosas referencias; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 42a; *Schaffstein*, Schröder-Gedächtnisschrift págs. 111 ss.; *Seelmann*, Klug-Festschrift Tomo II págs. 359 ss.; *Seebode*, Krause-Festschrift págs. 390 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 15 núms. 93 ss.; *Rogall*, JuS 1992, pág. 559. Disienten *Amelung*, JuS 1986, pág. 332 con referencias a la literatura de Derecho público; *SK (Samson)* § 32 núm. 35; *Jakobs*, Allg. Teil 12/41 ss.

[29] *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 26 núm. 34; *Merten*, Doehring-Festschrift pág. 604.

[30] Sobre ello vid. *Courakis*, Zur sozialethischen Begründung der Notwehr, 1978; *Marxen*, Die "sozialethischen" Grenzen der Notwehr, 1979; *Roxin*, ZStW 93 (1981) págs. 68 ss.; *Bitzilekis*, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, 1984. En relación con las "costumbres sociales" como causa de justificación en Derecho coreano *Choi*, Notwehr págs. 138 ss. Desarrollando los principios de la restricción a la legítima defensa *Koch*, ZStW 104 (1992) págs. 785 ss. Elabora los grupos de casos *Kühl*, Jura 1990, págs. 249 ss.

[31] Vid. *Lenckner*, GA 1968, pág. 9; *Stree*, en: *Roxin* y otros, Einführung pág. 36 en contra de *Kratzsch*, GA 1971, págs. 75 ss.

[32] Disienten *Schröder*, JR 1962, pág. 186; *Gutmann*, NJW 1962, pág. 286. De otra opinión actualmente BGH JR 1984, pág. 205 con comentario de *Lenckner*.

un restaurante le sería exigible al agredido valerse del auxilio de su dueño para evitar una riña (RG 71, 133 [134]). Frente al ataque del marido, a la mujer sólo le debe estar permitida la elección por un medio de defensa posiblemente mortal si aquél atenta contra su vida (BGH NJW 1969, pág. 802 con comentario disidente de *Deubner*, NJW 1969, pág. 1184; BGH NJW 1975, pág. 62 con comentario de *Kratzsch*, JuS 1975, pág. 435; dejando la cuestión abierta BGH NJW 1984, pág. 986) [33].

2. La Comisión Especial del Parlamento Federal para la Reforma Penal quiso crear un punto de conexión con las limitaciones ético-sociales de la legítima defensa, a través del mantenimiento de la fórmula que exigiera que el hecho ejecutado en legítima defensa debía aparecer con un carácter "imperioso" (vid. *supra* § 32 I 3) [34]. Sin embargo, la apelación a esta cláusula resulta equivocada pues, por un lado, contiene simplemente un principio regulativo sin criterios más detallados [35] y, por otro, de la evolución legislativa se infiere que "necesidad" e "imperiosidad" significan lo mismo [36]. También las **cláusulas generales,** que por lo demás utiliza el resto de la doctrina, no afectan al núcleo de la cuestión y sólo colaboran a convertir en más insegura la delimitación del derecho a la legítima defensa. Lo afirmado es válido para las consideraciones relativas a la exigibilidad ("Zumutbarkeit") [37], el principio de adecuación [38], la idea de responsabilidad social [39], el principio de proporcionalidad [40] y la prohibición del abuso del Derecho [41].

3. Las restricciones del derecho a la legítima defensa no pueden estructurarse formalmente sobre cláusulas generales que menoscaban la seguridad jurídica, sino que deben ser puestas en relación con los **principios básicos** constitutivos y limitadores de tal derecho [42]. Una parte de los casos reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia se explican por la falta del interés en la afirmación del Derecho, y la otra descansa sobre la reducción extrema del interés en la autoprotección en relación con la puesta en peligro del agresor.

a) No se requiere **ninguna afirmación del Ordenamiento jurídico** frente a *niños, jóvenes inmaduros, personas ebrias, enfermos mentales, personas que actúan por error, imprudencia o estado de necesidad exculpante (§ 35)*, pues básicamente no es cuestionada (o al menos, no esencialmente) su validez por medio del ataque. De ahí que en estos casos el fundamento del derecho a la legítima defensa reside sólo en la facultad de autoprotección. Esto significa que el agredido debe

---

33 Crítico al respecto, *Engels*, GA 1982, págs. 124 ss.; *Schroth*, NJW 1984, pág. 2504; *Roxin*, Allg. Teil I § 15 núms. 82 ss.

34 BT-Drucksache V/4095 pág. 14. En ello se apoyan, por ejemplo, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 303; *Dreher/Tröndle*, § 32 núm. 12; *Geilen*, Jura 1981, pág. 370; *Himmelreich*, GA 1966, pág. 129; *Lackner*, § 32 núm. 13.

35 Así, con razón, *LK* (11.ª) *(Spendel)* § 32 núm. 256; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 26 núm. 29; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 44; *Stree*, en: *Roxin* y otros, Einführung págs. 35 ss.

36 Vid. *Bockelmann*, Honig-Festschrift pág. 24.

37 Así, RG 66, 244; BGH *Dallinger* MDR 1958, pág. 12; *Henkel*, Mezger-Festschrift pág. 272; *el mismo*, Recht und Individualität pág. 67; *Himmelreich*, GA 1966, pág. 130; *Busse*, Nötigung im Straßenverkehr pág. 133.

38 Así, E 1925 § 21 II; BGH NJW 1969, pág. 802; BayObLG NJW 1963, pág. 825.

39 Así, *Kratzsch*, Grenzen der Strafbarkeit págs. 175 ss.

40 Así, *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 10 A núms. 45 ss.; *Schroeder*, Maurach-Festschrift pág. 137.

41 Así, BGH 24, 356 (359); 26, 143 (146); BGH NJW 1962, pág. 308; *Schröder*, JuS 1973, pág. 153; *Roxin*, NJW 1972, pág. 1821.

42 Así, *Blei*, Allg. Teil pág. 149; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 94; *Felber*, Rechtswidrigkeit des Angriffs pág. 168; *Otto*, Würtenberger-Festschrift pág. 138; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 47; *Wagner*, Notwehrbegründung pág. 45.

limitarse a la protección de los bienes jurídicos y que la lesión al agresor sólo debe producirse cuando no pueda eludirse sin renunciar al interés protegido [43].

Ejemplos: Frente a afirmaciones injuriosas en una taberna por parte de un individuo embriagado hay que limitarse a una contestación verbal eludiendo el enfrentamiento (BGH 3, 217); no obstante, la consideración hacia personas ebrias no es ilimitada (BGH GA 1956, pág. 49; österr. OGH JBl 1973, pág. 273), ni tampoco frente a niños que cometen graves delitos; vid. los casos expuestos en *LK* (11.ª) (*Spendel*) § 32 núm. 309. El propietario de una finca no puede actuar con perros y armas de fuego contra paseantes que utilizan un camino particular bajo la creencia errónea de que se trataba de lugares de tránsito público (BayObLG MDR 1965, pág. 65). El agredido, que era controlado por un vigilante de la empresa, debe renunciar a su derecho a la legítima defensa cuando fue él mismo quien le condujo al error de estar actuando ilegalmente (OLG Hamm NJW 1977, pág. 590 [592]). El dueño de un vehículo a motor no puede arrollar al propietario de un taller de reparación que, amparándose erróneamente en la existencia de un derecho de prenda en favor de la empresa, intenta impedir la marcha del vehículo (AG Bensberg NJW 1966, pág. 733). Si quien va a proceder a una detención se equivoca acerca de las circunstancias fácticas y el afectado se da cuenta de ello, su derecho a la legítima defensa está limitado a una aclaración lo más inmediata posible (BayObLG MDR 1986, pág. 956).

La idea de la reducción esencial del interés en la salvaguardia del Ordenamiento jurídico también reside en la restricción de la legítima defensa frente a *personas con las que se posee una estrecha relación*. El deber de atención y preservación frente a posibles daños que pueda sufrir la otra parte se encuentra aquí en un primer plano tan poderoso, que el agredido no puede recurrir a un medio de defensa posiblemente mortal si, por su parte, tan sólo ha temido sufrir una lesión corporal leve (BGH *NJW* 1969, 802; GA 1969, 117; NJW 1975, 62; NJW 1984, 986 acerca de las relaciones entre cónyuges; BGH *Dallinger* MDR 1958, 13; OLG Stuttgart NJW 1950, 119 en relación con los empleados de una empresa) [44].

El punto de vista relativo a la salvaguardia del Ordenamiento jurídico también hay que negarlo cuando el autor ha provocado intencionadamente el ataque, para poder así lesionar al agresor impunemente al amparo de la legítima defensa (*provocación intencionada*). En este caso se excluye mayoritariamente una justificación por medio de la legítima defensa [45]. Lo correcto es,

---

[43] En este sentido se pronuncia la doctrina dominante; vid. *Blei*, Allg. Teil pág. 146; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 93; *Krause*, Hilde Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 673 ss.; *LK* (11.ª) *(Spendel)* § 32 núms. 235 ss. y restrictivo en núm. 309; *Wessels*, Allg. Teil núm. 344; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 52; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 26 núm. 38; *Roxin*, Kriminalpolitik pág. 28; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 435. *Hruschka*, Dreher-Festschrift pág. 206 y *Hirsch* Dreher-Festschrift págs. 228 ss. quieren aplicar a estos supuestos el estado de necesidad defensivo del § 228 BGB (vid. *infra* § 33 II).

[44] Sobre ello vid. *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 53; crítico *Roxin*, Allg. Teil 1 § 15 núm. 85. Disiente acertadamente en relación con la relación existente entre compañeros de clase BGH NJW 1980, pág. 2263.

[45] En parte es negada la *voluntad* de defensa (así, RG HRR 1940 núm. 1143; BGH *Dallinger* MDR 1954, pág. 335; *Kratzsch*, Grenzen der Strafbarkeit pág. 39; *Wessels*, Allg. Teil núm. 346). Parcialmente también, es aceptada una "actio ilicita in causa" (la provocación) (así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 304; *Bertel*, ZStW 84 [1972] págs. 14 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 32 núm. 24; *Kohlrausch/Lange*, nota preliminar núm. 112 antes del § 51; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 357 ss.; en contra *Constantinidis*, "Actio illicita in causa" págs. 46 ss.). Otro sector construye un deber de garante derivado de la ingerencia (así, *Marxen*, "Sozialethische" Grenzen pág. 58). Finalmente, otros niegan por lo general la legítima defensa (así, RG DR 1939, pág. 364; BGH NJW 1962, pág. 309; JR 1984, pág. 205; NStZ 1983, pág. 452; *Lackner*, § 32 núm. 14; *Roxin*, ZStW 75 [1963] págs. 558 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 436; *Welzel*, Lehrbuch pág. 88; *SK (Samson)* § 32 núm. 27).

sin embargo, no negarle completamente al provocador el derecho a la legítima defensa sino tan sólo exigirle que omita la agresión incluso a costa de una lesión corporal leve [46]. Si es imposible su elusión entonces el provocador también puede ejercitar la legítima defensa, porque el Derecho no puede colocarlo en una situación sin salida en la que tenga que elegir entre la renuncia a su integridad corporal y a su vida sin defensa alguna o tener que sufrir la imposición de una pena (BGH NStZ 1989, pág. 113; 1993, pág. 133) [47]. La pena únicamente viene a colación a causa de la acción provocadora como tal, en la medida en que evidencie una conducta punible (por ejemplo, una injuria). Más reducido, aunque no excluido, resulta ser el interés en la afirmación del Derecho en aquellos supuestos en los que, si bien es cierto que el autor no ha provocado intencionadamente la *situación de legítima defensa*, sin embargo a través de un comportamiento *antijurídico y culpable* ha dado lugar a que el ataque haya sido la *consecuencia adecuada* del mismo (vgr., injurias, burlas). En estos supuestos, también según la doctrina mayoritaria, el autor no pierde la facultad para defenderse pero, bajo ciertas circunstancias, debe renunciar a una prometedora acción defensiva que sea muy peligrosa para el agresor y esforzarse por apaciguar de otro modo la situación (BGH 39, 374). La jurisprudencia sienta aquí exigencias más elevadas en la cesión del agredido cuanto más gravemente pesa la provocación antijurídica de la situación de legítima defensa. En cualquier caso, una lesión grave del agresor sólo es admisible cuando el autor no pueda evitarlo ni tampoco alcanzar un medio defensivo de menor entidad [48].

Ejemplos: Tras haber provocado culpablemente un accidente de circulación leve, el autor emprendió la huida con su vehículo y, después de abandonar el mismo, habiendo sido seguido a pie por el conductor del otro vehículo, éste le gritó que le iba a matar. Tras alcanzar y golpear al huido el agredido le asestó una puñalada mortal con un cuchillo finlandés. La BGH 24, 356 estimó en principio la legítima defensa pero reprochó al autor no haber evitado la agresión amenazando con el arma o no haber empleado ésta de un modo menos peligroso. El autor que, tras tomar parte en una riña acaecida en una taberna y volverse en una situación extraordinariamente peligrosa, debe evitar y no puede apuñalar al agresor que únicamente se le acerca amenazante con los puños (BGH 26, 143). El amante que es sorprendido por el marido no puede defenderse frente al ataque de éste con instrumentos peligrosos y contundentes (OLG Hamm NJW 1965, pág. 1928). Quien durante largo tiempo se ha esforzado en rehusar el ataque provocado por su propio comportamiento insolente también puede, finalmente, dar un puñetazo al agresor (BGH 26, 256 ss.).

Problemáticos son los casos en los que el comportamiento "provocador" no es antijurídico pero sirve de excitación al posterior agresor.

Ejemplos: El autor excita a un conocido camorrista intentando, en contra de su voluntad, volver a su propia casa tras haber mantenido con él un enfrentamiento físico (BGH NJW 1962, pág. 308). Un trabajador turco no devuelve un préstamo que le ha hecho un compatriota (BGH 27, 336).

Ciertamente, en estos supuestos existe una "provocación" (bajo ciertas circunstancias, además, consciente) del agresor y, no obstante, el Ordenamiento jurídico exige que se toleren tales

---

[46] Así, *Lenckner*, GA 1961, págs. 301 ss.; *Schröder*, JuS 1973, pág. 150; *Kühl*, Jura 1991, pág. 178; *LK* (11.ª) *(Spendel)* § 32 núm. 306.

[47] En este sentido, *Bockelmann*, Honig-Festschrift págs. 29 ss.; *Hassemer*, Bockelmann-Festschrift págs. 243 ss.; *Hruschka*, Dreher-Festschrift pág. 208 nota a pie núm. 29 (estado de necesidad defensivo); *Lenckner*, JZ 1973, pág. 256; *Schroeder*, Maurach-Festschrift pág. 140. Diferenciando según los casos *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 26 núms. 46 ss.

[48] Así, *Lenckner*, JZ 1973, pág. 255; *Roxin*, NJW 1972, pág. 1821; *Schröeder*, JuS 1973, pág. 157; *Kühl*, Jura 1991, pág. 181. Por el contrario, *Hinz*, JR 1993, pág. 258 acepta incluso que en una provocación imprudente del ataque de ningún modo tiene lugar una restricción del derecho a la legítima defensa.

formas de comportamiento sin actuar violentamente. Por ello, al agredido se le concede de forma completa el derecho a la legítima defensa [49].

b) En la legítima defensa la proporción valorativa entre el bien jurídico agredido y el menoscabado con la acción defensiva no es en verdad importante, pues tanto el interés en la autoprotección como también la afirmación del Derecho son independientes de tal relación entre los bienes implicados. Sin embargo, el **interés en la autoprotección** puede experimentar una **reducción extrema** en relación con la puesta en peligro del agresor, cuando tan sólo se trata de la defensa de valores de escasa importancia. En estos casos también hay que negar el interés en la afirmación del Derecho, porque el sentido del Ordenamiento jurídico no puede ir encaminado a admitir una defensa en beneficio de bienes de escaso valor o dirigida contra un ataque insignificante, a costa de perjuicios esenciales para el agresor. Según ello no está permitida la legítima defensa cuando existe una insoportable desproporción entre el bien jurídico atacado y la lesión o puesta en peligro del agresor [50].

Ejemplos: Un guarda no puede disparar a un ladrón que escapa con una botella de sirope valorada en 10 Pfennig (OLG Stutgart DRZ 1949, pág. 24 con comentario coincidente de *Gallas*). El derecho a utilizar una plaza de aparcamiento vacía no permite amenazar al perturbador con atropellarlo (BayObLG NJW 1963, pág. 824). Un melecotonero no puede ser asegurado con una instalación eléctrica que causa la muerte al ladrón (OLG Braunschweig MDR 1947, pág. 205). El titular de un derecho de prenda sobre una gallina no puede defenderse frente al agresor propinándole un hachazo en la cabeza (BayObLG NJW 1954, pág. 1377).

En cambio, "*la defensa frente a simples molestias*" debe diferenciarse de las hipótesis de extrema desproporción de los bienes afectados. Aquí todo el suceso se queda en el ámbito de las infracciones de bagatela y por ello a menudo se tiene que negar la existencia de una "agresión" [51], tal y como sucede por ejemplo con un empujón grosero en un telesquí, en una entrada ineducada en un tranvía repleto o con ocasión del ruido provocado por el juego de unos niños. No obstante, en el ámbito de las bagatelas también pueden ser objeto de ataque ciertas situaciones jurídicas que no resultan desatendibles sin más como, verbigracia, el vertido injustificado de basura en el jardín del vecino, las pintadas insolentes de estudiantes, indeseables bromas de carnaval, graves trastadas en fiestas populares o impertinencias en certámenes de baile. A pesar de todo, en la mayoría de estos casos el interés amenazado es de tan escaso valor desde el punto de vista de la falta de relevancia del suceso en su conjunto, que se prohibe cualquier defensa que vaya más allá de la recriminación verbal (BGH MDR 1956, pág. 372; StV 1982, pág. 219).

Ejemplos: El cliente de un bar a quien en un intercambio de palabras otro le pone enérgicamente la mano sobre el hombro, no puede responder con un puñetazo en la cara (BGH LM § 53 núm.3). Por principio, enfocar a otro con una linterna de bolsillo en la cara nunca constituye agresión (KG JW 1935, pág. 553).

---

[49] *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 59; *Roxin*, Allg. Teil I § 15 núms. 65 ss.

[50] Así se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Dreher/Tröndle*, § 32 núm. 20; *Krey*, JZ 1979, pág. 702; *LK* (11.ª) (*Spendel*) § 32 núms. 313 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 26 núm. 39; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 50; *SK (Samson)* § 32 núm. 22; *Wessels*, Allg. Teil núm. 342; en contra sobre todo de cualquier limitación a la legítima defensa *Schmidhäuser*, Honig-Festschrift pág. 198. Por el contario, *Beulke*, Jura 1988, págs. 645 ss. recomienda una ampliación demasiado extensa del principio del abuso de "cantidades medianas" (100-300 DM).

[51] Vid. *Oetker*, Frank-Festgabe Tomo I págs. 360 ss.

IV. El auxilio necesario

1. La legítima defensa también puede ser prestada en beneficio de otro que es agredido (§ 32 II: "defenderse a *sí mismo o a otro*") sin que, como sucede en el estado de necesidad exculpante (§ 35), deba tratarse de un pariente o de otra persona allegada (auxilio necesario). Los **requisitos del auxilio necesario** y el alcance del mismo que resulta admisible no se diferencian de los de la autodefensa [52]. Estos supuestos deben ser enjuiciados de acuerdo con las relaciones del *tercero* a quien se le presta el auxilio. Especialmente, fuera de la voluntad de defensa del auxiliador, el hecho también depende de la voluntad del agredido pues a nadie le corresponde imponer su ayuda a otro si éste no quiere defenderse o desea hacerlo sin la ayuda de un tercero (BGH 5, 245 [248]; 27, 313; BGH JZ 1976, pág. 138; BGH StV 1987, pág. 59) [53]. No obstante el tercero no necesita saber nada del ataque (RG 55, 167). Esencialmente la prestación auxilio necesario es voluntaria, pero puede concurrir su práctica obligatoria dimanante del § 323 c, del Derecho de familia o del Derecho policial.

2. También es admisible el auxilio necesario en beneficio del Estado o de otras corporaciones de Derecho público cuando se trate de la defensa de bienes jurídicos individuales (**auxilio necesario estatal**). En cambio, está prohibido a los particulares si es en beneficio del orden público o del Ordenamiento jurídico en su conjunto; lo mismo sucede con el auxilio necesario en beneficio del Estado mismo, cuando se trata de la protección de bienes jurídicos estatales en sentido estricto (vid. *supra* § 32 2 1b). Acerca del auxilio necesario prestado por funcionarios de policía vid. *supra* § 32 II 2c.

V. La legítima defensa y el Convenio Europeo de Derechos Humanos

Es discutida la cuestión de si el derecho a la legítima defensa conforme al § 32 se encuentra limitado por la **Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas** de 1950 (BGBl. 1952 II pág. 686), que posee el mismo rango que una Ley Federal ordinaria (BayVerfGH NJW 1961, pág. 1619). El CEDH sólo permite en su art. 2 II a) la muerte intencionada [54] de una persona (prescindiendo de otros dos casos adicionales), cuando sea absolutamente necesario el empleo de la violencia para defenderse ante una agresión antijurídica igualmente violenta. Por ello, se concluye a menudo que un homicidio doloso en legítima defensa sólo está justificado cuando tiene lugar para la protección del cuerpo, la vida o la libertad de una persona, de modo que, por ejemplo, no estaría cubierta la muerte de un ladrón que

---

[52] *LK* (11.ª) *(Spendel)* § 32 núm. 145; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 32 núm. 42. De otra opinión, *Seelmann,* ZStW 89 (1977) págs. 56 ss., quien pretende restringir al auxilio necesario a los límites de la proporcionalidad. Acerca del auxilio necesario organizado a través de servicios profesionales de seguridad y de defensa ciudadana *Kunz,* ZStW 95 (1983) págs. 972 ss. En relación con el auxilio necesario en agresiones provocadas *Mitsch,* GA 1986, pág. 545.

[53] Vid. *Blei,* Allg. Teil pág. 148; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 32 núms. 25 ss.; *Roxin,* Allg. Teil I § 15 núm. 97; *Seier,* NJW 1987, págs. 2480 ss.; *Kühl,* Jura 1993, pág. 236. De otro parecer al respecto *Schroeder,* Maurach-Festschrift pág. 141; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 356; *LK* (11.ª) *(Spendel)* § 32 núm. 145.

[54] En el idioma inglés y francés las expresiones "intentionally" e "intentionnellement", respectivamente, no se corresponden con el "dolo" en sentido general, sino tan sólo con la "intención" ("Absicht") dirigida al ocasionamiento del resultado; vid. *Smith/Hogan,* Criminal Law pág. 53; *Kenny/Turner,* Outlines pág. 36; *Glanville Williams,* Criminal Law pág. 34; *Stefani/Levasseur/Bouloc,* Droit pénal général núm. 214. Asimismo, *Blei,* Allg. Teil pág. 147; *Roxin,* Allg. Teil I § 15 núm. 76. De otra opinión, *Frister,* GA 1985, págs. 560 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 32 núm. 62.

huye con el botín y que es ocasionada por el uso de un arma de fuego [55]. En todo caso, esta restricción extraña al pensamiento jurídico europeo continental en su desarrollo más reciente no puede encontrar aplicación alguna a las relaciones entre particulares. En correspondencia con la finalidad de la Convención de prevenir los excesos del Estado frente a los particulares y no con la de intervenir en la fundada tradición jurídica de una parte de los Estados miembros, debe aceptarse más bien que el Convenio sólo pretende regular las *relaciones del poder del Estado con los ciudadanos* y que no despliega su eficacia respecto a terceros [56]. Si es el poder estatal el que actúa en auxilio necesario entonces resulta de aplicación el art. 2 II a) CEDH, pero por parte de la policía nunca se plantea el homicidio "intencionado" del agresor como acción necesaria para la protección de valores patrimoniales. Por tanto, en cuanto al resultado, la regulación de la legítima defensa no se ve afectada por el CEDH.

VI. Exceso y legítima defensa putativa

1. A pesar de la existencia de una situación de legítima defensa, la acción desarrollada puede no estar justificada si el autor, consciente o inconscientemente, sobrepasa los límites de su necesidad **(exceso en la legítima defensa)**. Sin embargo, de acuerdo con el § 33, queda excluida la culpabilidad si el autor ha actuado movido por el error, el miedo o el pánico (vid. *infra* § 45 III).

2. La justificación de la acción defensiva presupone que la situación de defensa es real y que la acción es necesaria en su forma y medida. Si el autor yerra al respecto **(legítima defensa putativa)** la defensa resulta ser antijurídica, pues entonces se encuentra ante un error de tipo permisivo acerca de los presupuestos de la legítima defensa que debe ser tratado como un tipo de error *sui generis* (vid. *infra* § 41 IV 1).

VII. Derecho extranjero

En el Derecho penal extranjero los requisitos de la legítima defensa están más rigurosamente regulados que en el Derecho alemán. Concretamente, a menudo se exige la proporcionalidad valorativa entre el bien jurídico atacado y el defendido. El vigente StGB *austriaco* limita esta causa de justificación a la defensa de la vida, la salud, integridad corporal, libertad y patrimonio (§ 3 I 1). De acuerdo con ello, no son susceptibles de ser protegidos a través de la legítima defensa el honor, la esfera íntima y los derechos familia-

---

[55] Así, *Maunz/Dürig*, art. 1 núm. 62 y art. 2 II núm. 15; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 305; *Woesner*, NJW 1961, pág. 1381; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 440; *SK (Samson)* § 32 núm. 30. *Frowein/Peukert*, art. 2 sostienen en todo caso la obligación del legislador de adaptar la regulación de la legítima defensa al art. 2 II a) CEDH.

[56] En esta dirección camina la doctrina mayoritaria; vid. *Blei*, Allg. Teil pág. 147; *Bockelmann*, Engisch-Festschrift págs. 459 ss.; *el mismo*, Dreher-Festschrift págs. 249 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 32 núm. 21; Dictamente del BJM, Niederschriften Tomo II Anh. N. 26; *LK* (11.ª) *(Spendel)* § 32 núm. 259; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 62; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 26 núm. 31; *Krey*, JZ 1979, pág. 708; *Partsch*, Europäische MRK pág. 336; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 343 ss.; *Welzel*, Lehrbuch pág. 86; *Wessels*, Allg. Teil núm. 341. En contra, *Frister*, GA 1985, pág. 553; *Marxen*, Die sozialethischen Grenzen pág. 61. Dudosos *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 10 A núm. 57. Con acierto exponen *Löwe/Rosenberg (Gollwitzer)* art. 2 MRK núm. 19 que el Estado, a través de una admisión amplia de la legítima defensa, tampoco infringe su deber de protección de la vida humana.

res [57]. En el precepto mencionado se excluye la legítima defensa cuando el interés en la autoprotección es escaso en relación con la gravedad del menoscabo ocasionado al agresor [58]. El StGB *suizo* expresa la idea de proporcionalidad en el art. 33 I señalando que el ataque tiene que repelerse "de forma adecuada a las circunstancias" [59]. En *Francia*, el Código penal de 1994 regula la "légitme défense" en el art. 122-5, 6 [60]. La legítima defensa y el auxilio necesario frente a una agresión antijurídica sólo están justificadas en el marco de la proporcionalidad. La defensa de bienes materiales no puede tener lugar mediante el homicidio doloso del agresor; no obstante, el art. 122-6 asume las presunciones sobre la legítima defensa recogidas en el art. 329 del anterior Código penal. De acuerdo con ellas, la legítima defensa y el auxilio necesario se presumen en la defensa frente a alguien que se introduce por la noche en una vivienda por medio de la fuerza, la violencia o la astucia, así como también en la defensa frente a rateros o ladrones que utilizan la violencia. El anterior art. 329.1 excluía expresamente el homicidio doloso del agresor nocturno mientras que, en cambio, el actual art. 122-6 núm. 1 no lo hace expresamente. El Derecho *belga* sigue los pasos del antiguo Código penal francés (vid. la 4.ª ed. de esta obra pág. 314) [61]. También en Derecho *italiano* donde el art. 52 C.p. determina expresamente que la acción defensiva "debe encontrarse en proporción con la agresión", la doctrina mayoritaria exige la proporcionalidad de la relación entre el interés protegido y el lesionado por la defensa [62]. El C.p. *español* exige en el art. 8 núm. 4 II la "necesidad racional" del medio empleado [63], requisito éste que con frecuencia es interpretado como un elemento de la proporcionalidad [64]. El art. 41 del W.v.S. *neerlandés* no contiene una alusión directa al principio de proporcionalidad pero en la doctrina esta restricción se deduce de la "necesidad apremiante" ("Gebotenheit") de la defensa [65]. El Derecho *inglés* acoge ahora en el art. 3 Criminal Law Act 1967 una disposición general sobre la legítima defensa que se refiere al "reasonable use of force", dando con ello un amplio espacio de juego al principio de proporcionalidad. No obstante, parece admitirse el homicidio del ladrón que huye con el botín como último medio al que poder recurrir [66]. También la legítima defensa del Derecho penal *norteamericano* se diferencia considerablemente

---

[57] Vid. *WK (Nowakowski)* § 3 núm. 7; *Kienapfel*, Grundriß Z 11 núm. 6. Acerca de la legítima defensa frente a personas ebrias OGH JBl 1973, 273.

[58] *WK (Nowakowski)* § 3 núm. 23: "sólo aquí entra en juego la ponderación de intereses". Según *Fuchs*, Probleme der Notwehr pág. 30 no son aceptables restricciones adicionales.

[59] Vid. *Hafter*, Allg. Teil pág. 147; *Schultz*, Einführung I pág. 160 aduciendo una crítica a la BGE 107 (1981) IV 12 (que permite el disparo al ladrón que huye con un importante botín); de acuerdo, sin embargo, *Noll/Trechsel*, Allg. Teil I pág. 115; pueden encontrarse ejemplos prácticos en *Schwander*, Das schweiz. StGB pág. 84, así como en *Dubs*, SchwZStr 89 (1973) págs. 337 ss. Acerca de la fundamentación del principio de proporcionalidad, *Kunz*, Schweiz. Juristentags-Festgabe págs. 165 ss.

[60] Vid. *Desportes/Le Gunehec*, Présentation núm. 34; *Pradel*, Le nouveau Code pénal núms. 39 ss. Vid., además, acerca del Derecho francés, suizo y austríaco *Franke*, Grenzen der Notwehr, Diss. Freiburg 1976.

[61] Vid. *Hennau/Verhaegen*, Droit pénal géneral núms. 224 ss.; *Dupont/Verstraeten*, Handboek núms. 363 ss.

[62] Vid. *Bettiol/Pettoello Mantovani*, Diritto penale págs. 384 ss.; *Fiandaca/Musco*, Diritto penale págs. 140 ss.; *Grosso*, Difesa legittima pág. 17; *Nuvolone*, Sistema pág. 194.

[63] La remisión se debe entender realizada al vigente art. 20.4.2.º del Código penal de 1995 que mantiene intacto dicho requisito (N del T).

[64] Así, *Jiménez de Asúa*, Tratado, Tomo I pág. 217; *Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo*, Art. 8 Nr. 4 núm. 112; *Cerezo Mir*, Curso pág. 489; *Perron*, Rechtfertigungsgründe págs. 189 ss. En contra, sin embargo, *Cobo del Rosal/Vives Antón*, Derecho penal pág. 346; *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 563 ss. con referencia a la jurisprudencia más reciente que *Gimbernat Ordeig*, Das spanische Strafrecht pág. 337 menciona y aprueba.

[65] Vid. *van Bemmelen/van Veen*, Ons strafrecht pág. 194; *Hazewinkel-Suringa/Remmelink*, Inleiding págs. 319 ss.; *Pompe*, Das niederländische Strafrecht pág. 70.

[66] Vid. *Smith/Hogan*, Criminal Law pág. 254 (dudoso); *Kerll*, Das englische Notwehrrecht págs. 15 ss., 119 ss.

del alemán. Especialmente en que, por lo general, en la defensa no puede existir empleo de violencia peligrosa para la vida frente a un ataque que no evidencia una puesta en peligro para dicho bien jurídico [67] e, incluso, en un ataque peligroso para aquélla a menudo se le exige al agredido que primero busque su resguardo intentando la retirada antes de recurrir a un medio de defensa externo [68]. El Derecho *brasileño*, que en el art. 25 C.p. sólo admite que la defensa sea ejercida "moderademente", ciertamente no presupone una proporcionalidad de los medios pero no permite el homicidio del agresor destinado a la protección de una cosa de poco valor [69].

§ 33 El estado de necesidad justificante

Amelung, Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe Eingriffsbefugnisse des Staates? NJW 1977, pág. 833; *el mismo*, Nochmals: § 34 als öffentlich-rechtliche Eingriffsnorm? NJW 1978, pág. 623; *el mismo*, Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten, JuS 1986, pág. 329; *Amelung/Schall*, Zum Einsatz von Polizeispitzeln usw., JuS 1975, pág. 565; *Androulakis*, Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963; *Azzali*, Stato di necessità, Novissimo Digesto Italiano, Tomo XVIII, 1971, págs. 356 ss.; *Ballerstedt*, Anmerkung zu OLG Freiburg vom 26.10.1950, JZ 1951, pág. 227; *Baumgarten*, Notstand und Notwehr, 1911; *Bockelmann*, Hegels Notstandslehre, 1935; *Böckenförde*, Der verdrängte Ausnahmezustand, NJW 1978, pág. 1881; *Cerezo Mir*, Grundlage und Rechtsnatur des Notstands im spanischen StGB, Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, pág. 689; *Cohen*, The Development of the Modern Doctrine of Necessity usw., en: *Eser/Fletcher* (Edrs.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Tomo II, 1988, pág. 973; *Delonge*, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB usw., 1988; *Dencker*, Der verschuldete rechtfertigende Notstand, JuS 1979, pág. 779; *Dimitratos*, Das Begriffsmerkmal der Gefahr in den strafrechtlichen Notstandsbestimmungen, 1989; *Dingeldey*, Pflichtenkollision und rechtsfreier Raum, Jura 1979, pág. 438; *Dölling*, Umweltstrafrecht und Verwaltungsrecht, JZ 1985, pág. 461; *Graf zu Dohna*, Recht und Irrtum, 1925; *Etzel*, Notstand und Pflichtenkollision im amerikanischen Strafrecht, 1993; *Frisch*, Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht, 1993; *Gallas*, Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80 (1968) pág. 1; *Geilen*, Anmerkung zu OLG Frankfurt vom 29.11.1974, JZ 1975, pág. 380; *Gimbernat Ordeig*, Der Notstand usw., Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 485; *el mismo*, Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen, en: *Eser/Perron* (Edrs.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Tomo III, 1991, pág. 71; *Goldmann*, Die behördliche Genehmigung als Rechtfertigungsgrund, Diss. Freiburg 1967; *Goldschmidt*, Der Notstand, ein Schuldproblem, Österr. Zeitschrift für Strafrecht 1913, pág. 129; *Grebing*, Die Grenzen des rechtfertigenden Notstands, GA 1979, pág. 81; *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *Heine/Meinberg*, Empfehlen sich Änderungen im strafrechtlichen Umweltschutz usw., Gutachten D zum 57. DJT, 1988; *Heinitz*, Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 266; *Henkel*, Der Notstand nach gegenwärtigem und zukünftigein Recht, 1932; *Hilgendorf*, Forum: Zwischen Humanexperiment und Rettung ungeborenen Lebens usw., JuS 1993, pág. 97; *Hirsch*, Anmerkung zu BGH vom 15.5.1979, JR 1980, pág. 115; *el mismo*, Können strafgesetzliche Rechtfertigungsgründe, insbesondere der rechtfertigende Notstand, als Ermächtigungsgrundlage für hoheitliche Eingriffe dienen? Festschrift für M. Cieślak, 1993, pág. 126; *Hold v. Ferneck*, Die Rechtswidrigkeit Tomo I, 1903, Tomo II, 1905; *Horn*, Bindung des Strafrechts an Entscheidungen der Atombehörde? NJW 1988, pág. 2335; *Hruschka*,

---

[67] Vid. *Robinson*, Criminal Law Defenses Tomo II págs. 82 ss.; *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 651 ss.; *J. Hall*, General Principles págs. 434 ss.

[68] Vid. Código Penal Modelo Sect. 3.04 (2) (b) (II). En profundidad al respecto *Herrmann*, ZStW 93 (1981) págs. 615 ss.; *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 659 ss.; *Robinson*, Criminal Law Defenses Tomo II págs. 79 ss. Acerca del "caso del metro de Goetz" *Fletcher*, Notwehr als Verbrechen, 1993, con un epílogo de *Lüderssen* págs. 330 ss.

[69] *Fragoso*, Lições pág. 193; *da Costa jr.*, Comentários, Art. 25 núms. 5 ss.

Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, Festschrift für E. Dreher, 1977, pág. 189; *el mismo*, Rettungspflichten in Notstandssituationen, JuS 1979, pág. 385; *el mismo*, Rechtfertigung oder Entschuldigung im Defensivnotstand? NJW 1980, pág. 21; *el mismo*, Das Strafrecht neu durchdenken! GA 1981, pág. 237; *el mismo*, Anmerkung zu OLG Karlsruhe vom 22.8.1983, JZ 1984, pág. 240; *Jansen*, Pflichtenkollisionen im Strafrecht, Strafr. Abh. Heft 269, 1930; *Jescheck*, Das niederländische StGB im internationalen Zusammenhang, en: *van Dijk y otros* (Edrs.), Criminal Law in Action, 1986, pág. 5; *Joerden*, § 34 Satz 2 StGB und das Prinzip der Verallgemeinerung, GA 1991, pág. 411; *Arthur Kaufmann*, Rechtsfreier Raum usw., Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 327; *Kienapfel*, Der rechtfertigende Notstand, ÖJZ 1975, pág. 421; *el mismo*, Der rechtfertigende Notstand, Strafr. Probleme 3, 1975, pág. 39; *Krey*, Grundfälle zu den Straftaten gegen das Leben, JuS 1971, pág. 248; *el mismo*, Der Fall Peter Lorenz usw., ZRP 1975, pág. 97; *Küper*, Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung, JuS 1971, pág. 474; *el mismo*, Zum rechtfertigenden Notstand bei Kollision von Vermögenswerten, JZ 1977, pág. 515; *el mismo*, Grund-und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision, 1979; *el mismo*, Die sog. "Gefahrtragungspflichten" im Gefüge des rechtfertigenden Notstandes, JZ 1980, pág. 755; *el mismo*, Tötungsverbot und Lebensnotstand, JuS 1981, pág. 785; *el mismo*, Der "verschuldete" rechtfertigende Notstand, 1983; *el mismo*, Das "Wesentliche" am "wesentlich überwiegenden Interesse", GA 1983, pág. 289; *el mismo*, Notstand I (strafrechtlich), HRG, Tomo III, 1984, Sp. 1063; *el mismo*, Darf sich der Staat erpressen lassen? 1986; *el mismo*, Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987, pág. 81; *Küpper*, Fahrlässige Brandstiftung mit tödlichem Ausgang-BGH NJW 1989, pág. 2479, JuS 1990, pág. 184; *Ortrun Lampe*, Defensiver und aggressiver übergesetzlicher Notstand, NJW 1968, pág. 88; *Lange*, Terrorismus kein Notstandsfall? NJW 1978, pág. 784; *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, 1965; *el mismo*, Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, GA 1985, pág. 295; *el mismo*, Das Merkmal der "Nicht-anders-Abwendbarkeit" der Gefahr in §§ 34, 35 StGB, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 95; *el mismo*, Behördliche Genehmigungen und der Gedanke des Rechtsmißbrauchs im Strafrecht, Festschrift für G. Pfeiffer, 1988, pág. 27; *Ludwig*, "Gegenwärtiger Angriff", "drohende" und "gegenwärtige" Gefahr usw., 1991; *Mangakis*, Pflichtenkollision usw., ZStW 84 (1972) pág. 447; *Marcetus*, Der Gedanke der Zumutbarkeit, Strafr. Abh. Heft 243, 1928; *Maurach*, Kritik der Notstandslehre, 1935; *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel usw., 1990; *Otto*, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 3.ª ed. 1978; *el mismo*, Anmerkung zu OLG München NJW 1972, pág. 2275, NJW 1973, pág. 668; *Palandt*, BGB, 52. ed. 1993; *Perron*, Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht, 1988; *Pröchel*, Die Fälle des Notstands nach anglo-amerikanischem Strafrecht, 1975; *Rengier*, Die öffentlich-rechtliche Genehmigung im Strafrecht, ZStW 101 (1989) pág. 874; *Rittler*, Der unwiderstehliche Zwang usw., Festschrift für den OGH, 1950, pág. 221; *Robinson*, Criminal Law Defenses, Tomos I, II, 1984; *Romano*, Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen im italienischen Strafrecht, en: *Eser/Perron* (Edrs.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Tomo III, 1991, pág. 117; *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª ed. 1973; *el mismo*, An der Grenze von Begehung und Unterlassung, Festschrift für K. Engisch 1969, pág. 380; *el mismo*, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 457; *el mismo*, Die notstandsähnliche Lage —ein Strafunrechtsausschließungsgrund? Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 181; *Rudolphi*, Teilnahme an einer Notstandstat usw., ZStW 78 (1966) pág. 67; *el mismo*, Primat des Strafrechts im Umweltschutz? NStZ 1984, pág. 193; *Scarano*, La non esigibilità nel diritto penale, 1948; *Schaffstein*, Der Maßstab für das Gefahrurteil beim rechtfertigenden Notstand, Festschrift für H.-J. Bruns, 1978, S. 89; *Schlosser*, Notstand III (zivilrechtlich), HRG, Tomo III, 1984, Sp. 1083; *Eb. Schmidt*, Das Reichsgericht und der "übergesetzliche Notstand", ZStW 49 (1929) pág. 350; *el mismo*, Anmerkung zu OGH 1, 321, SJZ 1949, pág. 559; *Schroeder*, Notstandslage bei Dauergefahr, JuS 1980, pág. 335; *Seelmann*, Das Verhältnis von § 34 zu anderen Rechtfertigungsgründen, 1978; *Siegert*, Notstand und Putativnotstand, 1931; *Stammler*, Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstands, 1878; *Staudinger (Seiler)*, Sachenrecht, Tomo III, 12.ª ed. 1989; *Stratenwerth*, Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 (1956) pág. 41; *Sydow*, § 34 StGB —kein neues Ermächtigungsgesetz! JuS 1978, pág. 222; *Tiedemann/Kindhäuser*, Umweltstrafrecht-Bewährung oder Reform? NStZ 1988, pág. 337; *Tröndle*, Verwaltungshandeln und Strafverfolgung, Gedächtnisschrift für K. Meyer, 1990, pág. 607; *Ulsenheimer*, Strafbarkeit des Garanten bei

Nichtvornahme einer Rettungshandlung, JuS 1972, pág. 254; *Wachinger*, Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts, Festgabe für R. v. Frank, Bd. I, 1930, pág. 469; *v. Weber*, Das Notstandsproblem usw., 1925; *el mismo*, Vom Diebstahl in rechter Hungersnot, MDR 1947, pág. 78; *el mismo*, Die Pflichtenkollision im Strafrecht, Festschrift für W. Kiesselbach, 1947, pág. 233; *Weigelin*, Das Brett des Karneades, GS 116 (1942) pág. 88; *Welzel*, Anmerkung zu OGH 1, 321, MDR 1949, pág. 373; *el mismo*, Zum Notstandsproblem, ZStW 63 (1951) pág. 47; *Winkelbauer*, Die behördliche Genehmigung im Strafrecht, NStZ 1988, pág. 201; *el mismo*, Zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, 1985.

I. La distinción entre las clases de estado de necesidad

1. En el sentido jurídico general del término, un estado de necesidad es "**una situación de peligro actual para legítimos intereses que sólo puede evitarse mediante la lesión de los de otra persona**" [1]. Tras esta definición se esconden, sin embargo, *supuestos de muy diversa índole y configuración* que en Derecho penal también deben ser tratados de modo diferenciado. En todo caso, la máxima "necessitas non habet legem" (la necesidad no conoce ley) no ha de tomarse literalmente.

Ejemplos: El agredido mata en su defensa a un perro feroz. Para apagar un fuego debe dañarse la finca vecina. El bañista utiliza, en contra de la voluntad de su dueño, una barca anclada en la playa para rescatar a alguien que se ahoga. El médico sobrepasa con su vehículo el límite máximo de velocidad prescrito para trasladar lo más rápidamente posible a un herido grave. El alpinista corta la cuerda que le une con su compañero caído que pende de la misma para salvar su propia vida. Un tercero actúa también de esa forma para salvar al menos la vida de *uno* de los dos accidentados. El guardagujas dirige a un tren hacia una vía con operarios para evitar una catástrofe mucho mayor mediante el choque contra un tren de pasajeros estacionado. El empleado de ventanilla es forzado con un arma a entregar al atracador del banco la llave de la cámara acorazada.

Desde la antigüedad la búsqueda de la solución correcta para los distintos supuestos de estado de necesidad ha venido siempre ocupando a la Ciencia jurídica [2]. La nueva doctrina desarrolló la *teoría de la equidad* [3]. La misma se fundó sobre *Kant* que aunque, ciertamente, no consideraba a la acción necesaria como "inculpabilis" por contradecir, a pesar de la situación de necesidad, al imperativo categórico, sin embargo la tenía por "impunibilis" al no poder determinar la Ley al autor para que actuara conforme a Derecho al estar impulsado este último por una fuerza irresistible. De acuerdo con ello, el hecho necesario no podía ser castigado por motivos de equidad. *Feuerbach* daba incluso por excluida la imputabilidad del autor para estos casos. Continuando con la evolución, *Fichte* defendió que el Ordenamiento jurídico en cierta medida retiraba sus mandatos y prohibiciones para las situaciones de necesidad dejando su resolución a la conciencia del sujeto (*teoría de la exención*). Por el contrario, *Hegel* aceptó que, en todo caso, en el supuesto de conflicto entre la vida y otros bienes jurídicos de menor rango habría un "*derecho* de necesidad" a favor de la primera [4]. Sobre esta tesis se estructuró la "*teoría del conflicto*" que partía de la diferencia valorativa de los bienes jurídicos [5]. No se trata, pues, de simples graduaciones dentro de un mismo principio [6], sino de dos

---

[1] Así, *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 96; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 27 núm. 1; *Lenckner*, Notstand pág. 7; *Wessels*, Allg. Teil núm. 291. No obstante, la definición abarca también a otras causas de justificación distintas al estado de necesidad y, en particular, a la legítima defensa; vid. *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 67 § 32 núm. 32.

[2] Sobre la historia dogmática *Küper*, HRG Tomo III Sp. 1064 ss.; *H. Mayer*, Lehrbuch págs. 176 ss.; *Weigelin*, GS 116 (1942) págs. 88 ss.

[3] Al respecto vid. *Hold v. Ferneck*, Die Rechtswidrigkeit Tomo II págs. 43 ss.

[4] Sobre ello vid. *Bockelmann*, Hegels Notstandslehre págs. 47 ss.

[5] La formulación más clara se encuentra en *Stammler*, Notstand pág. 74.

[6] Así, sin embargo, *Siegert*, Notstand pág. 10.

perspectivas básicamente distintas. A pesar de la diversidad de los casos, hace tiempo que en la nueva Dogmática han sido defendidas **"teorías unitarias"** que han querido ver la totalidad de las situaciones de necesidad, o bien como causas de exculpación según la idea de equidad [7] o bien como causas de justificación de acuerdo con la idea de conflicto [8].

Ha sido *Goldschmidt* [9] el primero que ha sacado a la teoría del estado de necesidad de una situación "de confusión verdaderamente lamentable" [10] y, por medio de una visión diferenciadora que ya se encontraba presente en *Berner* en el siglo XIX (Lehrbuch, 18.ª ed. pág. 103), aportó una nueva comprensión del problema. La actualmente reconocida **"teoría diferenciadora"** [11] se cuestiona a través de la contraposición del estado de necesidad justificante y exculpante en los § 34 y 35, si el Ordenamiento jurídico aprueba como algo apropiado la acción cometida en estado de necesidad bajo la consideración de todos los puntos de vista decisivos o si, en cambio, tan sólo la considera excusable [12]. De acuerdo con este criterio son diferenciables los casos del estado de necesidad justificante y los del exculpante.

2. Los **supuestos de estado de necesidad justificante** que han encontrado su lugar en el Derecho civil son la defensa frente al peligro proviniente de cosas (§ 228 BGB) y el estado de necesidad civil agresivo (§ 904 BGB) [13]. A los estados de necesidad regulados en la Ley vino a sumarse el denominado estado de necesidad "supralegal" que había sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia a partir del principio de la ponderación de bienes y deberes (RG 61, 242; 62, 137) [14]. Este estado de necesidad fue objeto de regulación legal por medio de la 2.ª Ley de Reforma del Derecho penal del año 1969. La disposición penal general se encuentra en el § 34, mientras que en relación con las infracciones administrativas se halla en el § 16 OWiG. Supuestos especiales del estado de necesidad justificante son las indicaciones terapéutica, criminológica y eugenésica en la

---

[7] Así, últimamente, *M.E. Mayer*, Lehrbuch págs. 304 ss.

[8] En este sentido, *v. Hippel*, Tomo II págs. 231 ss. Asimismo, *Gimbernat Ordeig*, Welzel-Festschrift págs. 492 ss. También hay que mencionar aquí a *Pompe*, Das niederländische Strafrecht pág. 73.

[9] *Goldschmidt*, Österr. Zeitschrift f. Strafrecht 1913, pág. 196 habla de un "microcosmos jurídico" en el que concurren puntos de vista procedentes tanto del injusto como de la culpabilidad.

[10] Así *Löffler*, Österr. Zeitschrift f. Strafrecht 1912, pág. 358.

[11] Ésta es la concepción general desde *Goldschmidt*; vid. *v. Weber*, Das Notstandsproblem pág. 16; *Marcetus*, Zumutbarkeit pág. 68; *Henkel*, Notstand págs. 16 ss.; *Lenckner*, Notstand pág. 9; *Liszt/Schmidt*, 25.ª ed. págs. 192 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 13/2; *Küper*, JuS 1987, págs. 82 ss.; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* § 35 núm. 1; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 27 núms. 3 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 16 núm. 1; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 329; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 315; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 núm. 1; *SK (Rudolphi)* § 35 núm. 1; *Welzel*, Lehrbuch pág. 180; *Wessels*, Allg. Teil núm. 292; RG 61, 242 (252); BGH 2, 242 (243). Asume una posición especial *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 191 quien consideraba a la situación de necesidad según los §§ 52, 54 en su redacción anterior, de acuerdo con la teoría de la exención, como una conducta "no prohibida"; vid. también *el mismo*, Grundriß págs. 92 ss. *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 33 núm. 8 sostienen, por el contrario, el punto de vista según el cual en estos casos decae la "responsabilidad por el hecho" (vid. 3.ª ed. pág. 348). Sobre la distinción general entre causas de justificación y de exculpación *supra* § 31 I 4.

[12] Acerca del carácter fundamental de esta diferenciación *Hruschka*, GA 1981, págs. 239 ss.; *Küper*, JZ 1983, pág. 95 (en contra de *Gimbernat Ordeig*, Welzel-Festschrift págs. 492 ss.).

[13] Vid., además, en torno a las regulaciones especiales de acuerdo con el modelo del § 904 BGB, *infra* § 33 III 5. Acerca de la historia *Schlosser*, HRG Tomo III Spág. 1083 ss.

[14] Sobre la cuestión, básicamente, *Eb. Schmidt*, ZStW 49 (1929) págs. 350 ss. En torno al Derecho penal austríaco, donde el estado de necesidad justificante ha permanecido sin regulación legal, vid. *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 27 núm. 12.

interrupción del embarazo, así como la situación de necesidad comparable con tales indicaciones "que pesa tanto sobre la embarazada que a ésta no le puede ser exigida la no interrupción de la gestación" (BVerfGE 88, 203 [299]) [15]. En la autorización oficial [16] de carácter justificante también se aborda la solución del conflicto de intereses (vid. *infra* § 33 VI). Frente al estado de necesidad justificante se encuentra también el exculpante (§ 35).

3. La distinción entre el estado de necesidad justificante y el exculpante tiene **consecuencias** de gran alcance [17]. En el primer caso el hecho está justificado. Por ello frente a quien así actúa no cabe oponer la legítima defensa y, además, no cabe la participación punible en la acción necesaria. En el segundo caso el hecho sólo es disculpado. El afectado por la acción necesaria puede ejercitar la legítima defensa y la participación en aquélla resulta punible en tanto que el partícipe no se encuentre bajo la presión de un estado de necesidad propio, de un pariente o de una persona allegada en el sentido del § 35 [18]. También en la apreciación errónea en torno a la existencia de una situación de necesidad, son aplicables disposiciones penales diversas según se trate de un caso de estado de necesidad justificante o exculpante.

II. La defensa frente a cosas (estado de necesidad civil defensivo)

1. La **defensa frente a cosas** está próxima a la legítima defensa (RGZ 88, 211 [214]) pero muestra también sus propias especialidades que la caracterizan. De acuerdo con el § 228 BGB está permitido dañar o destruir una cosa ajena (y por analogía, también si carece de dueño [19]) para evitar un **peligro originado por ella misma**, siempre que el daño o la destrucción sean necesarias para eludir el peligro y los perjuicios no sean desproporcionados en relación al mismo. Existe peligro cuando es probable el acecimiento de un daño (BGH 18, 271 [272 ss.]). El § 228 BGB encuentra aplicación sobre todo en relación con ataques de animales, mientras que el § 32 se encuentra limitado a los provinientes de personas, tal y como se deriva de la confrontación entre la legítima defensa y la defensa frente a cosas (vid. *supra* § 32 II 1 a, nota a pie núm. 6).

Ejemplos: El agredido mata a un perro feroz. El incendio forestal que amenaza a personas y cosas es combatido con tala de árboles y contrafuegos. Es demolido un edificio en llamas que amenaza con incendiar a una edificación contigua.

---

[15] Téngase en cuenta la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el aborto de 28.5.1993 (BVerGE, 88, 203) que declaró inconstitucional la solución del plazo introducida por la Ley de ayuda a las embarazadas y a la familia de 27.7.1992 (BGBl. I pág. 1398), así como la nueva regulación introducida por la Ley de reforma de la ayuda a las embarazadas y a la familia de 21.8.1995 (BGBl. I pág. 1050) (N del T).

[16] *Roxin*, Allg. Teil I § 17 núm. 48 ve en la misma un "caso especial del § 34". Por el contrario, *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 28 antes del § 32 y *Jakobs*, Allg. Teil 16/28 consideran a la autorización oficial como un caso de "consentimiento"; sin embargo, aquí no se trata de la libre disposición del titular del bien jurídico sino de una ponderación valorativa apropiada de un órgano estatal.

[17] Vid., para más detalles, *Kienapfel*, ÖJZ 1975, págs. 423 ss.

[18] En esta dirección camina la doctrina mayoritaria; vid. *LK* (11.ª) (*Hirsch*) § 35 núm. 2; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 núm. 1. De otra opinión *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 33 núms. 6 ss. sobre la base de la responsabilidad por el hecho; además, *Rudolphi* ZStW 78 (1966) págs. 95 ss.

[19] No obstante, existen regulaciones especiales relativas a la defensa frente a animales salvajes (§ 26 BJagdG) y sobre la protección de éstos frente a perros o gatos también salvajes (§ 23 BJagdG) que se encuentra regulada más detalladamente en el Derecho territorial (vgr., § 23 I núm. 2 LjagdG de Baden-Württemberg en su redacción de 20.12.1978 [GBl. 1979 pág. 12]) donde, a diferencia del § 228 BGB, no tiene lugar una restricción para el caso de una desproporción entre el daño y el peligro existente).

La clase y medida de la defensa deben ser **necesarias**. Aquí resulta trasladable lo dicho en torno a la necesidad de la acción defensiva en la legítima defensa (vid. *supra* § 32 II 2). De este modo, por ejemplo, se debe ahuyentar antes a un perro con gritos y golpes que con un arma de fuego (RG 34, 295). En contraste con la legítima defensa, para la justificación de la acción desarrollada conforme al § 228 BGB se exige además que los daños ocasionados con la acción defensiva no sean desproporcionados al peligro eludido. Esta restricción no significa, sin embargo, que la admisión de la defensa frente a cosas dependa básicamente de la proporción entre los bienes jurídicos implicados; los riesgos materiales también deben poder ser evitados por cualquiera si el daño causado por la acción defensiva es considerable. La idea fundamental de la justificación conforme al § 228 BGB no es la salvación del bien más valorado, sino el derecho natural a la defensa del interés amenazado. La adecuación a Derecho de la defensa frente a cosas no descansa, pues, sobre el punto de vista de la conservación del valor (supresión del desvalor de resultado), sino sobre la aprobación jurídica de la acción de defensa (supresión del desvalor de acción) [20]. Sin embargo, aquí sí se encuentra positivamente regulada [21] la idea del retroceso de un escaso interés en la autoprotección en caso de un grave perjuicio del agresor, aspecto que también rige como límite en el derecho a la legítima defensa (vid. *supra* § 32 III 3b); y lo está de un modo en el que, ciertamente, el defensor tiene límites más angostos: el **daño** inferido por la acción de defensa **no puede ser desproporcionado al riesgo inminente procedente de la cosa**. Un daño grave y desproporcionado no es compensado en la defensa frente a cosas por la voluntad de defensa jurídicamente aprobada, mientras que en la legítima defensa tan sólo una desproporción *insoportable* de los bienes excluye la justificación. La diferencia se explica por el hecho de que, por principio, el ataque de una persona desencadena el interés de la colectividad en la afirmación del Derecho, mientras que el peligro que origina la cosa no es más que un suceso natural que no significa un menosprecio de la esfera jurídica del afectado. Por este motivo el riesgo derivado de la cosa debe ser evitado si existe la posibilidad de hacerlo.

2. También en la defensa frente a cosas está permitido el *auxilio necesario*. El defensor aquí también debe actuar con la *voluntad de socorrer*, tal y como señala expresamente el § 228 BGB ("para impedir"). El derecho a actuar por necesidad existe incluso ante un *riesgo culpable* (vgr., excitación imprudente de un perro voraz) pero decae, sin embargo, cuando es originado con la finalidad de poder aniquilar una cosa bajo el amparo de este tipo de defensa (por ejemplo, la muerte de un perro ajeno al que intencionadamente se ha estado irritando durante tanto tiempo que sólo con un disparo puede evitarse que muerda a las personas); en este supuesto, la acción en su conjunto es vista desde un principio como un daño material doloso y antijurídico. La diferencia con la "provocación intencional" en la legítima defensa (vid. *supra* § 32 III 3a) reside en que el autor domina ampliamente el curso causal en el desencadenamiento del peligro procedente de la cosa. Si existe un riesgo culpable por parte de quien actúa en la situación de necesidad, según el § 228 BGB está obligado a la indemnización del daño a pesar de que el hecho sea adecuado a Derecho.

3. Para los casos en los que el **peligro procedente de las personas** no pueda ser tratado a través de la **legítima defensa** (estado de necesidad defensivo desencadenado por personas), no se aplica analógicamente el § 228 BGB sino que se lleva a cabo una ponderación de intereses de acuerdo con los principios del § 34 (vid. *infra* § 33 IV 5).

---

[20] Vid. *Stratenwerth*, ZStW 68 (1956) págs. 49 ss. Subraya con mayor fuerza la idea de ponderación de bienes *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 329.

[21] Asimismo, *LK* (9.ª) (*Baldus*) § 54 núm. 25.

III. El estado de necesidad civil agresivo

1. Mientras que la defensa frente a cosas y la legítima defensa descansan sobre la aprobación jurídica de la voluntad de defensa, en cambio, el estado de necesidad agresivo (§ 904 BGB) es la expresión consecuente de la **idea de ponderación de bienes** (supresión del desvalor de resultado mediante la salvaguardia de un bien de mayor valor) [22]. El § 904 BGB no es atribuible a la teoría del consentimiento presunto [23] pues al propietario de la cosa afectada por el hecho desarrollado bajo estado de necesidad, como tercero no interviniente y sin consideración a sus propios intereses, se le imponen otros de carácter ajeno. Según el § 904 BGB están permitidas intromisiones en la propiedad ajena (bienes muebles e inmuebles) [24] cuando éstas son necesarias para evitar un peligro actual y el daño inminente es desproporcionadamente elevado frente al originado por la actuación.

Ejemplos: Una persona extraviada en la alta montaña busca cobijo del temporal en una cabaña cerrada, rompiendo la cerradura, haciéndose fuego y comiendo de los alimentos allí encontrados (§§ 123, 303, 248 a). Ante la ausencia de taxis se utiliza un automóvil ajeno allí aparcado para llevar a alguien gravemente enfermo desde una zona alejada a la unidad de cuidados intensivos (§ 248 b). En una riña acaecida en un restaurante los invitados agredidos se defienden con jarras de cerveza del local (RG 23, 116). Un transportista salva en tiempos de guerra su negocio de las intervenciones policiales mediante el suministro de las tenencias personales de refugiados judíos que se le habían confiado (OLG Freiburg JZ 1951, pág. 223).

2. El § 904 BGB exige un **peligro actual**. En la defensa frente a cosas (§ 228 BGB) el peligro únicamente requería ser "inminente" (vid. *supra* § 33 II 1). Por ello en el § 904 BGB se aplica un criterio más riguroso pues el riesgo aquí no procede de la cosa afectada. En el caso anteriormente citado la invasión del refugio no es admisible, por ejemplo, ante una simple inclemencia del tiempo o la ingesta de los alimentos en una estancia corta. La intromisión en la propiedad ajena debe, además, ser **necesaria** para salvar el bien amenazado. Con esto quiere decirse lo mismo que con ocasión del requisito de la necesidad en la legítima defensa y en la defensa frente a cosas, especialmente en lo que atañe a la restricción a una intervención que aunque eficaz sea, simultáneamente, lo menos lesiva posible. Dado que en el estado de necesidad agresivo estamos ante una intromisión sobre una cosa no implicada o, como máximo, meramente transmisora del peligro (por ejemplo, el arrancar una cabaña de tablas que se encuentra entre la casa en llamas y la propia) y, con ello, se autoriza una intervención en una esfera jurídica ajena de la que no procede el peligro, aquí la relación valorativa entre los bienes es inversa a la del § 228 BGB: el **daño inminente debe ser desproporcionadamente grave al causado por la actuación** [25]. No obstante, la comparación del daño material no permite decidir de un modo terminante el enjuiciamiento acerca de la diferencia valorativa. Junto a los especiales intereses en el

---

[22] Igualmente, *LK* (9.ª) (*Baldus*) § 54 núm. 25; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 33 antes del § 32.

[23] Así, sin embargo, *v. Weber*, Notstand págs. 56 ss.

[24] El § 904 BGB rige igualmente para intromisiones en otros derechos patrimoniales de carácter absoluto (vid. *Ballerstedt*, JZ 1951, pág. 228; *Palandt [Bassenge]* § 904 BGB núm. 1) e, incluso, sobre derechos de uso y disfrute ajeno (OLG Königsberg JW 1925, pág. 1535). También una intromisión en el domicilio ajeno será admisible sobre la base del § 904 BGB; vid. *Staudinger (Seiler)* § 904 BGB núm. 46, quien también incluye la intervención en la posesión de bienes materiales. En contra, sin embargo, *Roxin*, Allg. Teil I § 16 núm. 94.

[25] Sobre ello vid. *Jakobs*, Allg. Teil 13/46; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 34 núm. 30; *Stratenwerth*, Allg. Teil núm. 404.

aprovechamiento vinculados con los bienes materiales, también deben ser tenidas en cuenta las condiciones ideales, valores afectivos y el *grado* de *peligro inminente* sobre los bienes implicados.

Ejemplos: Una zona religiosa no puede ser empleada sin más para colocar el mobiliario que ha sido rescatado de un incendio. En el caso anteriormente expuesto del enfermo grave, depende de si existe peligro actual para la vida sin el auxilio médico altamente especializado y de si el legítimo usuario del automóvil puede prescindir transitoriamente de él.

3. Incluso si tales criterios, que sobrepasan la ponderación de la proporción material, son tenidos en cuenta suficientemente, no se ha traído todavía a colación todo lo que pertenece al enjuiciamiento del estado de necesidad agresivo. Tampoco un claro resultado de la ponderación de intereses justifica siempre la aplicación del § 904 BGB, pues la intervención sobre un bien ajeno también debe **ser adecuada a los valores superiores de la comunidad** [26]. Esta restricción no se encuentra en el texto del § 904 pero se deriva de una consideración general expresada en la cláusula de adecuación del § 34, inciso segundo (vid. *infra* § 33 IV 3d). Y así, hay casos en los que la intromisión en la propiedad ajena significaría para la comunidad jurídica una lesión insoportable de la autonomía del afectado y por ello no pueden estar permitidos. Ante un repentino aguacero una señora vestida con un costoso abrigo de visón arrebata el abrigo y el paraguas a una viandante que va sencillamente vestida (el ejemplo es de *Welzel*). Asimismo, nadie puede pretender evitar una situación de necesidad individual para la cual están a disposición medios públicos de un alcance limitado, mediante una intromisión de altas dimensiones en la propiedad ajena (la esposa del artista gravemente enfermo que roba en la farmacia medicamentos especialmente caros para poder ayudar a su marido de mejor forma que el seguro médico). Finalmente, la apelación al estado de necesidad está también excluida cuando no se trata de una situación de necesidad individual, sino de una situación de penuria colectiva como, por ejemplo, la hambruna en el primer periodo de ocupación posterior a 1945 [27]. Para la resolución fundada de estos casos la idea directora debe ser que la acción necesaria se muestre como solución aceptable de modo *general*, bajo la consideración de todas las circunstancias del caso concreto y de los valores superiores de la comunidad.

4. También en el estado de necesidad agresivo es admisible el *auxilio necesario* y es inofensiva la *culpabilidad* propia. También aquí el defensor debe actuar con *voluntad de socorrer*, pues de lo contrario el desvalor de acción del perjuicio doloso no se compensa a pesar de conseguir como resultado la conservación del bien de mayor valor. En contraste con el § 228, inciso segundo, BGB el propietario de la cosa dañada puede exigir en todo caso la indemnización de los daños (§ 904, inciso segundo, BGB) que, tratándose de un de auxilio necesario, debe ser abonada por el beneficiario.

5. Existen regulaciones especiales de acuerdo con el modelo del § 904 BGB. Ejemplos de las mismas son el deterioro doloso del barco y su carga en el rescate de ambos ante un peligro común (la denominada avería gruesa) según los §§ 700 ss. HGB (vid. también la regulación de la avería en el § 78 I BinnenSchG); el derecho del inspector de costas a utilizar los vehículos e instrumentos necesarios para salvar vidas humanas en caso de peligro marítimo, de acuerdo con el § 9 II del Reglamento de Varadas de 17.5.1874 (RGBl.

---

[26] En este sentido también *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 337; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 402 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 34 núm. 6; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 33 antes del § 32; *Roxin*, Allg. Teil I § 16 núm. 95; de otra opinión *Seelman*, Das Verhältnis págs. 49 ss.

[27] Vid. OLG Celle HESt 1, 139; de otra opinión ante un caso de peligro para la vida OLG Kiel SJZ 1947, pág. 674. Vid. también *v. Weber*, MDR 1947, págs. 78 ss.

pág. 73); las medidas del capitán en caso de peligro para las personas o el barco conforme al § 106 III de la Ley de Marinería; el derecho al aterrizaje de emergencia para aviones según el § 25 II LuftVG; las facultades especiales del ejército federal, la protección federal de fronteras, bomberos, protección civil, policía y el servicio aduanero de conformidad con el § 35 StVO.

IV. El estado de necesidad justificante (§ 34)

1. El Derecho civil limita la defensa frente a cosas y el estado de necesidad agresivo a intromisiones sobre cosas materiales pues los §§ 228, 904 BGB son consideradas como regulaciones cerradas no susceptibles de ampliación [28]. La vida, sin embargo, origina numerosas situaciones de necesidad que no pueden ser solucionadas con aquellas disposiciones porque, o bien tienen que lesionarse otros bienes distintos a las cosas, o bien ha de tener lugar una ponderación entre deberes y no entre bienes jurídicos.

Ejemplos: El médico circula con el coche por una calle de un único sentido en dirección opuesta para curar a un herido grave (OLG Hamm VRS 14, 431; OLG Düsseldorf VRS 30, 444). Una enferma mental es encerrada por su familia en una habitación durante sus estados de excitación para evitar su huida de la casa (§ 239) (BGH 13, 197). Se presta falso testimonio (§ 154) para evitar un peligro para el cuerpo o la vida (BGH GA 1955, pág. 178 [179 ss.]). El médico revela la enfermedad contagiosa de la empleada de hogar (§ 203 I núm. 1) para prevenir un daño a la salud de los niños del empresario que, asimismo, son sus pacientes. El implicado en un accidente abandona el lugar del mismo (§ 142) para conducir al hospital a un herido grave [29].

Originariamente el StGB no contenía regulación alguna para estos casos. Sin embargo, ya eran objeto de discusión desde comienzos del s. XX, sobre todo en relación con el ejemplo en el que se salva la vida de la madre con la necesaria interrupción del embarazo. Para la fundamentación del derecho supralegal a llevar a cabo un aborto en la indicación médica (§ 218 [30]) fueron desarrolladas en la doctrina jurídica la "teoría de la ponderación de bienes" [31] y la "teoría del fin" [32]. También el Tribunal Imperial interpretó en distintas sentencias que un estado de necesidad entre bienes o deberes constituía un principio general de la justificación (RG 20, 190 [192]; 36, 78 [80]; 38, 62 [64]). De este modo estaba el camino preparado para la revolucionaria sentencia de dicho Tribunal de 11.3.1927 (RG 61, 242 [254]), que a través de un aborto motivado por el peligro de suicidio de la madre reconoció como causa de justificación el **estado de necesidad supralegal de acuerdo con el principio de la ponderación de bienes y deberes** (estado de necesidad supralegal [33]) (vid. también RG 62, 137; BGH 2, 111; 3, 7). La interrupción del embarazo destinada a salvar la vida o salud de la madre (indicación terapéutica) está actualmente justifica-

---

[28] La aplicación analógica de los §§ 228, 904 BGB a otras intervenciones es objeto de rechazo; vid. *Staudinger (Seiler)* § 904 BGB núm. 46.

[29] Un estado de necesidad regulado legalmente es el matrimonio religioso por necesidad de acuerdo con el § 67 de la Ley sobre el Estado Civil de las Personas.

[30] Vid. nota a pie núm. 15 (N del T).

[31] Vid. *Binding*, Handbuch pág. 762; *Beling*, Grundzüge pág. 15; *Mezger*, Lehrbuch págs. 239 ss. Puede encontrarse un resumen en *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel págs. 99 ss.

[32] *Baumgarten*, Notstand und Notwehr pág. 61; *Graf zu Dohna*, Recht und Irrtum pág. 11; *Eb. Schmidt*, ZStW 49 (1929) págs. 379 ss.

[33] Vid. sobre la cuestión *Eb. Schmidt*, ZStW 49 (1929) págs. 350 ss.; *Wachinger*, Frank-Festgabe Tomo I págs. 472 ss.

da de acuerdo con el § 218 a II [34]. En el tenor literal de esta disposición se expresa claramente que se trata de una causa de justificación.

2. Sin embargo, el significado práctico del reconocimiento del estado de necesidad justificante no se agota en la justificación de la interrupción del embarazo por motivos médicos. Antes bien, las sentencias que se han ido sucediendo desde 1927 afectan a **los distintos ámbitos del Derecho y la vida** [35].

Al principio surgieron en un primer plano casos de *matiz político*. En la RG 62, 35 (46 ss.), que fue donde por primera vez apareció la expresión "estado de necesidad supralegal", se discutió la cuestión de si la introducción de bienes de contrabando en la Cuenca del Ruhr para el mantenimiento de la economía era o no conforme a Derecho. Las RG 63, 215 (224 ss.) y 64, 101 (104) trataron el problema del estado de necesidad estatal en el homicidio de un supuesto traidor en el "Ejército Imperial Secreto" ("caso del asesinato político"). En la RG 65, 422 (427) fue traído a colación el estado de necesidad supralegal en un caso de injurias al Presidente del Imperio. Otra sentencia discutió bajo este punto de vista la participación en conexiones antinacionalistas durante la época del "movimiento campesino" (RG de 28.5.1932, II D 945/31). El estado de necesidad supralegal fue rechazado con motivo de un derecho de autodeterminación del sur del Tirol (BGH NJW 1966, 310 [312]). La aplicación de los principios del estado de necesidad supralegal fue frecuente en *Derecho penal económico*. La RG 77, 113 (115 ss.) afirmó la posibilidad de un estado de necesidad supralegal en la sustracción de gasolina del ejército alemán para el abastecimiento civil durante la guerra. La OGH 1, 343 (348 ss.) discutió la cuestión del estado de necesidad en operaciones de compensación para el mantenimiento de la capacidad productiva de una industria y la BGH GA 1956, pág. 382 lo hizo en relación con la infracción de las disposiciones relativas al cambio de divisas para el mantenimiento de la liquidez de un banco. Las OLG Hamm NJW 1952, pág. 838 y BayObLG NJW 1953, pág. 1603 recurrieron al estando de necesidad supralegal por el incumplimiento de las disposiciones sobre precios para la protección de los puestos de trabajo del personal. La BGH 12, 299 (304 ss.) (con comentario disidente de *Bockelmann*, JZ 1959, pág. 498) admitió la malversación de caudales públicos con vistas al riesgo de grandes pérdidas económicas en la puesta en peligro simultánea de intereses político-culturales y políticos en general (restrictivamente, con razón, BGH NJW 1976, pág. 680, crítico al respecto *Küper*, JZ 1976, págs. 515 ss.). En el *Derecho penal de la circulación* el estado de necesidad supralegal jugó un papel cada vez mayor. El deber de auxilio a los heridos tiene prioridad sobre la prohibición de alejamiento del lugar del accidente (BGH 5, 124 [127]). También está justificado quien huye tras un accidente de tráfico con infracción del § 142 para no ser golpeado (BGH VRS 36, 24). Un conductor puede sobrepasar el límite máximo de velocidad permitido para prevenir a un camión que le precedía de unos daños en el vehículo (OLG Düsseldorf NJW 1970, pág. 674). Los *deberes de secreto profesional* puede ser infringidos de acuerdo con los principios del estado de necesidad supralegal, cuando el médico quiso prevenir un peligro de contagio (RG 38, 62 [64]) o comunicó a la autoridad competente de tráfico la inutilidad de un paciente (OLG München MDR 1956, pág. 565), cuando un abogado no pudo defenderse de otro modo en un proceso penal dirigido contra él (BGH 1, 366 [368]) o cuando un juez de un tribunal colegiado intentó rechazar la acusación por prevaricación acreditando que había votado en contra de la resolución en cuestión (BGH GA 1958, pág. 241). Finalmente, en el marco de la *asistencia familiar* fue aprobado el encierro temporal necesario de una enferma mental como medida de estado de necesidad, para no tener que entregarlo al establecimiento asistencial (BGH 13, 197 [201]).

3. De la panorámica jurisprudencial se deriva que el estado de necesidad justificante es un planteamiento jurídico general que interviene en conflictos de intereses de diversa índole y que, por ello, posee un gran significado práctico. Para proporcionar a la jurisprudencia un fundamen-

---

[34] Vid. nota a pie núm. 15 (N del T).

[35] Vid. más detalladamente *Heinitz*, Eb.Schmidt-Festschrift págs. 269 ss.; *Lenckner*, Notstand págs. 50 ss.

to seguro fue **regulado legalmente el estado de necesidad justificante** (§ 34 StGB; § 16 OWiG; en coincidencia con el § 39 E 1962). A diferencia de la legítima defensa, el estado de necesidad sólo descansa sobre el principio de la conservación del interés amenazado de mayor valor, por lo que el pensamiento de la afirmación del Derecho no desempeña ningún papel **(teoría de la ponderación de intereses)**. De ahí que, a ser posible, el peligro debe ser evitado y la ponderación de intereses viene a constituirse en el fundamento decisivo de la justificación.

a) La **situación de necesidad** consiste en un riesgo actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico que sólo pueda ser evitado mediante la comisión de la acción típica. De este modo se reconoce la posibilidad de que todos los bienes jurídicos sean susceptibles de ser protegidos por esta vía, incluidos también los pertenecientes a la colectividad (vgr., el abastecimiento de alimentos, la seguridad del tráfico o el interés en la propia existencia del Estado). Sin embargo, también la cláusula de adecuación (vid. *infra* § 33 IV 3d) establece límites rigurosos. Pero incluso así puede recurrirse a la intervención del estado de necesidad para cualquier bien jurídico. Sólo en el caso de la *vida* existe una excepción pues las vidas humanas no pueden compensarse entre sí [36]. Esto rige también para los casos en los que distintas personas que se encuentran en una comunidad de peligro se colocan en una situación de riesgo para sus vidas, así como en el rescate de muchas personas mediante el sacrificio de una.

Ejemplos: El cierre de la escotilla en un submarino amenazado de inundación es en realidad necesario para el rescate de la embarcación, pero la muerte de los marineros que de este modo quedan encerrados no queda justificada, sino únicamente exculpada (§ 35), por el rescate de los otros. No está justificada la colaboración en el homicidio de enfermos mentales por parte de los médicos que de esta forma querían rescatar a otros (BGH NJW 1953, pág. 513). Una persona mentalmente confusa quiso brindar como ofrenda al "Rey de los Gatos" una vida humana para salvar así a millones de personas; lógicamente, su conducta no estaba justificada de acuerdo con el § 34 (BGH 35, 347 [350]).

El peligro es actual cuando desde una perspectiva objetiva *ex ante* es tan probable el acaecimiento del resultado en ese instante o en un momento posterior *(peligro permanente)*, que las medidas necesarias para la protección del bien jurídico amenazado han de tomarse enseguida de modo razonable.

Ejemplo: Un desconocido colocó a un matrimonio en una situación de miedo permanente por medio de reiteradas incursiones nocturnas en el dormitorio de la pareja y, finalmente, cuando el marido intentó detenerlo en una de las ocasiones, le hirió mediante dos disparos a pesar de que se había dado a la fuga. La BGH NJW 1979, pág. 2053, dejó abierta la vía del § 34, pero aceptó la exclusión de la culpabilidad a través del § 35 (vid., en relación con el peligro permanente en el estado de necesidad exculpante, *infra* § 44 I 2) [37].

b) Asimismo, el peligro para el bien jurídico amenazado no puede ser **evitable de otro modo** [38]. Esto significa que los bienes que se encuentran en discordia deben entrar en conflicto

---

[36] Extensamente sobre ello *Küper*, JuS 1981, págs. 785 ss.

[37] A la vista de la inseguridad relativa a la intención del intruso (violación de la esfera íntima, hurto agravado, robo, delito sexual o contra la vida o el cuerpo), se justificaron los disparos peligrosos para la vida ante la existencia de una amenaza permanente e incierta para la propia seguridad. En este sentido, con acierto, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 17; *Hruschka*, NJW 1980, pág. 22; *Hirsch*, JR 1980, págs. 116 ss.; *Schroeder*, JuS 1980, pág. 336; *Roxin*, Allg. Teil I § 16 núm. 74.

[38] Con ello se alude, al igual que en la legítima defensa, a la "necesidad" de la intervención bajo el estado de necesidad; vid. *Stree*, en *Roxin* y otros, Einführung págs. 40 ss.; *LK* (11.ª) (*Hirsch*) § 34 núm. 50. El juicio de peligro es de naturaleza "ex ante" de acuerdo con la visión de un observador razonable que también posea los conocimientos especiales del autor. Así, *Roxin*, Allg. Teil I § 16 núm. 15. Por el contra-

entre sí de un modo tal que *sólo* uno puede ser salvado mediante el sacrificio del otro. Si en la acción de rescate se plantea la posibilidad de la intromisión en distintos bienes jurídicos, de entre las diversas vías adecuadas para efectuar aquél, quien actúa en estado de necesidad debe escoger aquélla que prometa un menoscabo relativamente menor. Aparte de ello, no es necesario que exista una relación específica de conflicto entre el bien jurídico salvaguardado y el sacrificado [39].

c) Además, de la **ponderación en su conjunto** de los intereses enfrentados debe derivarse que el **interés protegido prevalece esencialmente** sobre aquel que fue menoscabado con la acción necesaria [40]. El requisito "esencialmente" significa que en el caso concreto la preeminencia debe estar **fuera de toda duda** [41]. Ciertamente, en esta ponderación de intereses aparecen como factores importantes el valor de los bienes implicados y la cuantía del daño material y moral acaecido o esperado, pero no son los únicos elementos decisivos para la valoración. También deben ser sopesados la cercanía y gravedad del peligro que amenaza al bien protegido, el grado de aptitud de la acción necesaria para la elusión del peligro, el significado funcional de los bienes afectados, el carácter irreparable de la pérdida sufrida, la existencia de un deber de garante del autor frente a la víctima y la finalidad última que persigue el autor. También debe valorarse si el peligro amenaza precisamente el flanco que debe ser atacado [42]. De esta perspectiva concreta puede derivarse que, incluso, un bien jurídico de mayor rango como por ejemplo el interés en la integridad corporal, debe ceder ante la protección de un valor material que es en sí mismo de menor importancia, o que pueden ser infringidas disposiciones que están al servicio de la generalidad para evitar un riesgo inmediato para la vida o salud de un individuo.

Ejemplos: En la interrupción de un embarazo por indicación terapéutica los bienes afectados (la vida de la mujer y la del feto) son equivalentes; en caso de un simple daño a la salud materna la vida del niño es incluso de mayor valor. A pesar de ello interviene el § 218 a *II* [43]. En un incendio de unos grandes almacenes los bomberos pueden hacer uso de los extintores incluso aunque exista el riesgo de que los espectadores curiosos se mojen y se resfríen. El médico puede sobrepasar el límite máximo de velocidad permitido para

---

rio, *Jakobs*, Allg. Teil 13/13 se refiere al juicio del "experto competente"; *Schaffstein*, Bruns-Festschrift págs. 89 ss. lo hace al del observador razonable "que pertenezca al círculo del autor" y *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 34 núm. 14 al "conocimiento experimentado del conjunto de la humanidad". Sobre todo ello vid. *Lenckner*, Lackner-Festschrift págs. 95 ss.; *Dimitratos*, Das Begriffsmerkmal der Gefahr págs. 141 ss.

[39] El "caso de la gira de conciertos" (BGH 12, 299; al respecto, *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 97) se resuelve de acuerdo con la cláusula de adecuación del § 34, inciso segundo, lo que conduce a negar la justificación en este supuesto (vid. *infra* § 33 IV 3d; una opinión diversa se manifestó en la 3.ª ed. de esta obra pág. 290). Por regla general, sólo muy excepcionalmente puede estar justificada de acuerdo con el § 34 la apropiación de recursos financieros ajenos (BGH NJW 1976, pág. 680).

[40] Acerca de los distintos factores vid. *Blei*, Allg. Teil págs. 166 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 34 núms. 10 ss.; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 12 A núms. 33 ss.; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* § 34 núms. 53 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 27 núms. 20 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 13/20 ss.; *Lenckner*, Notstand págs. 90 ss.; *el mismo*, GA 1985, págs. 295 ss.; *Küper*, GA 1976, pág. 518; *Roxin*, Allg. Teil I § 16 núms. 22 ss.; *Hilgendorf*, Jus, 1993, págs. 100 ss.; *SK (Samson)* § 34 núms. 11 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 310.

[41] Así, *Küper*, GA 1983, págs. 296 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 34 núm. 8; *Roxin*, Oehler-Festschrift pág. 184; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 45; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 458. De otra opinión por el contrario *LK* (11.ª) *(Hirsch)* § 34 núm. 76 (preeminencia cualificada); *Jakobs*, Allg. Teil 13/33 (el balance de intereses debe ser *considerablemente* positivo). De forma incorrecta admite la justificación incluso en el caso de concurrir una equivalencia valorativa, *Delonge*, Interessenabwägung págs. 167ss.

[42] Vid. la referencia de *Ortrun Lampe*, NJW 1968, pág. 90 a la analogía de los §§ 228 y 904 BGB. Profundizando sobre ello *Roxin*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 457 ss., así como *infra* § 33 IV 5.

[43] Vid. la nota a pie núm. 15 (N del T).

socorrer lo más pronto posible a un herido grave, siempre que lo haga con la máxima precaución posible de acuerdo con las circunstancias (OLG Frankfurt DAR 1963, pág. 244) y, especialmente, en la medida en que con su conducta no ponga a nadie en una situación de peligro concreto (OLG Karlsruhe VRS 46, 275). Por el contrario, un minusválido doblemente amputado no puede aparcar en la acera de su lugar de trabajo (OLG Düsseldorf DAR 1982, pág. 336). A una persona ebria se le puede sustraer la llave de contacto de su vehículo para evitar que conduzca bajo los efectos del alcohol (OLG Koblenz NJW 1963, pág. 1991). La conducción del jefe de los coches de bomberos es adecuada a Derecho si, a pesar de que se encontraba incapacitado para conducir por haber bebido, era el único conductor disponible y se trata del rescate de accidentados (OLG Celle VRS 63, pág. 449; además, OLG Hamm VRS 20, pág. 232; OLG Koblenz NJW 1988, pág. 2316). Quienes han sido condenados por terrorismo pueden ser puestos en libertad para rescatar a un rehén inmediatamente amenazado de muerte (Caso Lorenz) [44]. En cambio, está siempre excluida una comparación valorativa entre los bienes si se tratara de una *diferenciación de las vidas humanas de carácter puramente cuantitativa o, incluso, cualitativa*. Por este motivo no pudo reconocerse el estado de necesidad supralegal a los médicos que habían colaborado en la matanza de enfermos mentales en centros de aniquilamiento mediante la confección de listas de exterminio, con la finalidad de salvar por lo menos a una parte de sus pacientes (OGH 1, 321 [334]; 2, 117 [121]; BGH NJW 1953, pág. 513 [514]) [45].

La situación de estado de necesidad **no** tiene por qué desarrollarse **sin culpa**, pero su presencia puede desempeñar su papel en la ponderación de intereses. Además, al autor que culpablemente ha colocado a un bien jurídico suyo en la situación de necesidad, puede serle exigida responsabilidad *por este motivo* [46].

Ejemplo: El interesado circulaba con su camión, completamente cargado de excrementos, de un modo descuidado por un estrecho y poco estable camino vecinal, hasta que su vehículo fue a parar al interior de una zanja. El vertido en el campo de la carga fue justificado de acuerdo con el § 16 OWiG para evitar un daño importante en el camión. En cambio, es admisible una sanción administrativa pecuniaria si la circulación por el camino vecinal hubiera constituido ya de por sí una infracción administrativa (BayObLG NJW 1978, pág. 2046). Por el contrario, al ser empujado a un lado por alguien a quien le había obstruido la vía por la que poder huir, salta al vacío de un granero en llamas cuyo incendio ha provocado imprudentemente, debe soportar hacerse él mismo responsable por el estado de necesidad (BGH NJW 1989, 2479 [2481]).

d) Pero incluso cuando el valor protegido por el hecho prevalece claramente sobre el sacrificado, no siempre está dicho hecho justificado. Y es que la acción necesaria no sólo debe servir

---

[44] De acuerdo con esta tesis *Krey*, ZRP 1975, págs. 97 ss. quien sostiene la teoría, desde luego rechazable, de la existencia de un espacio de valoración dentro del cual la decisión evidencia "un acto de soberanía extraño a la justicia" (pág. 100); además, *Küper*, Darf sich der Staat erpressen lassen? pág. 141; *Lange*, NJW 1978, pág. 784; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 7; BGH 27, 260 (262 ss.) ("resolución sobre la prohibición de contactos"); BVerfGE 46, 160 (164 ss.) ("Caso Schleyer"); 46, 214 (223 ss.) ("Caso Pohle"). En contra de la aplicabilidad del § 34 a actos de soberanía *Amelung*, NJW 1977, pág. 833; *el mismo*, NJW 1978, pág. 623; *Böckenförde*, NJW 1978, págs. 1883 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 13/42; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* § 34 núms. 6 ss. con una detenida fundamentación; *SK (Samson)* § 32 núm. 5b; *Sydow*, JuS 1978, pág. 222; también a favor en casos de intervención en bienes jurídicos del Estado y de la colectividad *Hirsch*, Cieślak-Festschrift págs. 126 ss.

[45] Al respecto vid. *Eb. Schmidt*, SJZ 1949, pág. 559; *Welzel*, ZStW 63 (1951) pág. 47 y MDR 1949, pág. 373; *Krey*, JuS 1971, pág. 248. A favor de la justificación, por el contrario, *Mangakis*, ZStW 84 (1972) pág. 477.

[46] Así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 347; *Dreher/Tröndle*, § 34 núm. 6; *Dencker*, JuS 1979, pág. 779; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* § 34 núm. 70; *Küper*, "Verschuldeter" Notstand págs. 21 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 16 núm. 50; *Küpper*, JuS 1990, pág. 188; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 34 núm. 42.

para preservar el valor sino que también debe ser "adecuada", lo que significa que en la situación concreta el vencimiento del estado de necesidad por medio del menoscabo del interés en conflicto, debe aparecer fundado, ser digno de aprobación y estar permitido en interés de la Justicia. El juez debe, por tanto, llevar a cabo **dos valoraciones**[47]. La clásica sentencia RG 61, 242 ya expresa esta idea cuando impuso como condición de la intervención "el consentimiento real o presunto de la embarazada" (pág. 256) (asimismo, § 218 a II[48]). La cláusula de adecuación ha sido asumida expresamente en el § 34, inciso segundo, y en el § 16, también inciso segundo, OWiG para adaptar asimismo la cuestión del estado de necesidad "a los valores reconocidos por la colectividad" (vid. la fundamentación del E 1962 pág. 159; BT-Drucksache V/4095 pág. 15). Del primero de los preceptos mencionados han sido deducidas, entre otras, las siguientes restricciones: no se puede apelar al estado de necesidad cuando el autor ha incumplido un procedimiento determinado que el Ordenamiento jurídico prevé para la superación de un peligro[49]. Antes de emprender la acción necesaria debe intentarse primero conseguir el consentimiento del interesado[50]. No puede acogerse al estado de necesidad quien a causa de su posición está obligado a tolerar el peligro. El considerable alcance dañino de las consecuencias producidas (vgr., la conmoción de la confianza en el mantenimiento del secreto médico) pueden excluir el una justificación. La autonomía y la dignidad del interesado también pueden eliminar la justificación del hecho cometido por necesidad[51].

Ejemplos: Para descubrir un delito de tráfico de drogas la policía no puede infiltrar a un enlace, sino que está vinculada por las disposiciones relativas a la investigación de la StPO (de otra opinión OLG München NJW 1972, pág. 2275 con comentario disidente de *Otto*, NJW 1973, pág. 668 y *Amelung/Schall*, JuS 1975, págs. 596 ss.). La facultad de las autoridades vinculadas en la persecución penal de llevar a cabo escuchas e interceptaciones de conversaciones telefónicas está regulada de modo concluyente en los §§ 100a, 100b StPO; aquí la aceptación del estado de necesidad sólo es posible en supuestos completamente extraordinarios (BGH 31, 304 [307]). Asimismo, la visita del letrado defensor al inculpado cuando está en prisión preventiva (§ 48 StPO) sólo puede ser prohibida bajo circunstancias extraordinariamente atípicas (aquí: aumento del peligro para la vida de la víctima de un secuestro) (BGH 27, 260). Por el contrario, incluso en casos de criminalidad grave, el interés en la obtención de medios de prueba no es suficiente para justificar la grabación de

---

[47] La cláusula de adecuación es considerada a menudo como una fórmula vacía y superflua, al estar ya considerados todos los puntos de vista en la ponderación de intereses; así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 351; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 100; *Küper*, JZ 1980, pág. 755; *Krey*, ZRP 1975, pág. 98; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 34 núm. 46; *Stree*, en: *Roxin* y otros, Einführung pág. 43. De acuerdo con *Roxin*, Allg. Teil I § 16 núm. 85 la cláusula de adecuación sólo fija a la dignidad humana como "advertencia interpretativa vinculante" para el primer inciso del § 34. No obstante, su significado autónomo reside en que, por motivos derivados del Ordenamiento jurídico en su conjunto, a menudo un interés esencialmente preeminente no puede ser impuesto a través de la intervención motivada por un estado de necesidad; así, *Dreher/Tröndle*, § 34 núm. 12; *Göhler*, § 16 OWiG núm. 12; *Grebing*, GA 1979, págs. 89 ss.; *Amelung/Schall*, JuS 1975, pág. 569; *Kienapfel*, ÖJZ 1975, pág. 429; *Hruschka*, JuS 1979, pág. 390; *Joerden*, GA 1991, págs. 411 ss.; *Lackner*, § 34 núm. 14; *Kühl*, Allg. Teil § 34 núms. 166 ss.; *Preisendanz*, § 34 anotación 3c; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 460; *Wessels*, Allg. Teil núm. 321. Adoptan una posición ecléctica, *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 12 A núms. 39 ss.; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* § 32 núm. 79 ("cláusula de control"); *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 27 núm. 38. También en el sentido del texto BGH NJW 1976, pág. 680 (681) en relación con la apropiación indebida de un abogado del dinero de su mandante.

[48] Vid. nota a pie núm. 15 (N del T).

[49] De acuerdo también en este punto *SK (Samson)* § 34 núm. 22.

[50] Vid. *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 12 A núm. 43.

[51] También a favor de este caso, *Roxin*, Jescheck-Festschrift Tomo I pág. 466 nota a pie núm. 30.

una conversación del acusado mediante un dispositivo de escucha (BGH 34, 39 [51 ss.]). Por regla general, la apropiación de dinero ajeno no está justificada por el § 34 pues las situaciones de necesidad que pueden arreglarse con dinero la mayoría de las veces pueden cubrirse por otro procedimiento o, sencillamente, deben ser consideradas como irremediables (de otra opinión, BGH 12, 299 [304 ss.]). Es inadmisible la extracción de sangre de un fallecido con fines probatorios, pues existen procedimientos especiales para el aseguramiento de pruebas anticipadas o preconstituidas (con un criterio diverso, OLG Frankfurt JZ 1975, pág. 379 con comentario disidente de *Geilen* JZ 1975, pág. 380; restrictivamente sin embargo, OLG Frankfurt NJW 1977, pág. 859). El soldado, bombero o funcionario de policía debe responsabilizarse de la protección frente a peligros reales para el cuerpo y la vida, no pudiendo apelar al estado de necesidad cuando infringe su deber. El visitante de un hospital que casualmente posee un grupo sanguíneo poco frecuente que se necesita en ese momento no puede ser obligado a la donación de sangre pues la prestación de auxilio en tales casos es un acto de libertad moral [52]. Un paciente no puede ser sometido a experimentos médicos en contra de su voluntad, incluso aunque éstos sean de una alta trascendencia para el avance de la medicina, porque también atentaría contra su derecho a la autodeterminación. Asimismo, es inadmisible el trasplante de órganos sin la conformidad del donante vivo, incluso aunque la vida de un paciente dependa de ello. También en el transplante de órganos de personas fallecidas debe haberse expresado en vida su aprobación.

4. El *auxilio necesario* también es admisible en el estado de necesidad justificante. También aquí el autor debe actuar *con voluntad de socorrer*, tal y como expresamente se explicita en el § 34 StGB y el § 16 OWiG [53]. Por el contrario, si objetivamente concurren los presupuestos del estado de necesidad, *no* se requiere que el autor haya llevado a cabo un *examen concienzudo* (de otra opinión, RG 62, 137 [138]) [54]. La infracción del examen conforme a deber sólo adquiere significado cuando faltan los presupuestos objetivos y el autor tendría que haberse dado cuenta de ello con un análisis meditado de la situación (vid. acerca del error *infra* § 41 IV 2).

5. *La regulación del § 34 relativa al estado de necesidad justificante es también aplicable a* los casos en los que el peligro procede de una persona y no puede recurrirse a la legítima defensa **(estado de necesidad defensivo originado por personas)** [55]. A estos supuestos pertenece la defensa frente a un perjuicio inminente que proviene de una persona que carece de la cualidad de acción como, por ejemplo, el conductor de un vehículo que sin infracción de diligencia alguna se sube a la acera desplazado por el hielo (vid. *supra* § 32 II 1a). Asimismo, concurre este estado de necesidad frente a un peligro desencadenado por una persona en el caso de la necesidad de dar muerte al niño durante el nacimiento para salvar a la madre o para evitarle la producción de un grave daño a la salud, una complicación que bien puede suceder si no se hace a tiempo una cesárea. Finalmente, son enjuiciables de acuerdo con el § 34 aquellos supuestos en los

---

[52] Así, *Gallas*, Beiträge pág. 70; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 462; *Wessels*, Allg. Teil núm. 321; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 34 núm. 41e. De otra opinión *Roxin*, Jescheck-Festschrift Tomo I pág. 471 nota a pie núm. 40; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 350; *Delonge*, Interessenabwägung págs. 150 ss. Dudoso *Jakobs*, Allg. Teil 13/25.

[53] *LK* (11.ª) (*Hirsch*) § 34 núms. 45 ss.; por el contrario, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 34 núm. 48 y *Kühl*, Allg. Teil § 8 núm. 153 exigen aquí también el conocimiento de la situación de necesidad.

[54] En esta dirección camina la doctrina mayoritaria; vid. *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 34 núm. 49 con referencias adicionales; *Göhler*, § 16 OWiG núm. 13. De otra opinión, *Blei*, Allg. Teil pág. 150.

[55] Sobre ello, fundamentalmente, *Roxin*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 468 ss. Asimismo, *Lackner*, § 34 núm. 9; *Küper*, Grund-und Grenzfragen págs. 72, 122; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 31; *SK (Samson)* § 34 núm. 16. Con razón quiere *LK* (11.ª) (*Hirsch*) § 34 núms. 73 ss. aplicar aquí el pensamiento jurídico del § 228 BGB, mientras que *Günther*, Strafrechtswidrigkeit págs. 337 ss. acepta una "causa de exclusión del injusto penal".

que, si bien no existe actualidad en el peligro, éste es siempre inminente (encierro transitorio de la madre enferma mental al presentarse situaciones de excitación, BGH 13, 197; disparo sobre el mirón ["Spanner"] que aterrorizaba a un matrimonio y que ya había comenzado la huida, BGH NJW 1979, pág. 2053).

V. El conflicto de deberes de naturaleza justificante

1. Un caso específico del estado de necesidad justificante [56] es el conflicto de deberes. Éste existe cuando, encontrándose alguien obligado por un deber jurídico, sólo puede cumplir con él a costa de otro que le obliga igualmente, por lo que la infracción del deber contra el que atenta se muestra como una acción u omisión conminada con pena (RG 59, 404, 406 ss.).

Hay que distinguir **tres grupos de casos** [57]. Un *deber de acción* puede entrar en conflicto con un *deber de omisión*. Esta es la hipótesis en la que, por ejemplo, un médico rompe su secreto profesional al que está obligado frente a uno de sus pacientes (deber de omisión), para prevenir a otro de sus pacientes de un riesgo de contagio (deber de acción) (RG 38, 62 [64]). También pueden concurrir *dos deberes de acción* de forma que sólo uno de ellos pueda ser cumplido. Esta situación acaece, verbigracia, cuando habiendo sido internados al mismo tiempo dos heridos graves en el hospital, el médico tan sólo conecta uno de ellos a la única máquina de respiración y circulación asistida existente, debiendo dejar morir al otro. Finalmente, pueden asimismo colisionar de tal modo *varios deberes de omisión*, que al autor no le quede ninguna posibilidad de acción permitida. Esto rige para el "conductor suicida" que circula erróneamente en dirección opuesta por la autopista, puesto que no puede pararse, ni seguir conduciendo, ni tampoco dar marcha atrás (según la OLG Karlsruhe JZ 1984, pág. 240 con comentario de *Hruschka*, en este caso el giro cauteloso en sentido contrario está permitido de acuerdo con el § 16 OWiG). El conflicto de deberes se diferencia del estado de necesidad común en que aquí en todo caso el autor *debe* infringir uno de los deberes implicados. Un mero deber moral no puede ser sin embargo suficiente para dar lugar al conflicto de deberes (con otra postura AG Balingen NJW 1982, pág. 1006).

a) En el tratamiento del conflicto de deberes hay que distinguir entre los casos en los que jurídicamente puede ser llevada a cabo una **graduación del rango de los intereses concurrentes**, y aquellos otros en los que una diferenciación de esta naturaleza no es posible [58]. La ponderación de los deberes se efectúa aquí de acuerdo con los principios del estado de necesidad justificante con lo que, naturalmente, hay que tener en cuenta que ante la necesidad de infringir uno de los dos deberes goza de preferencia aquel que mínimamente aventaje al otro. Aquí no sólo resulta decisiva la relación proporcional de los bienes jurídicos a los que se refieren los deberes respectivos, sino que más bien lo que resulta ser concluyente es si en atención al conjunto de los deberes implicados, a la finalidad última perseguida por el autor y bajo la observancia de los valores reconocidos por la colectividad, uno de los deberes se presenta como *superior* al otro. La

---

[56] Asimismo, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 468; en contra *LK* (11.ª) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 74 antes del § 32 quien, a pesar de un cierto parentesco con el estado de necesidad justificante, acepta aquí la existencia de una causa de justificación autónoma.

[57] Vid. *Jansen*, Pflichtenkollisionen pág. 10; *Küper*, Grund-und Grenzfragen págs. 18 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núms. 71 ss. antes del § 32; *SK (Samson)* § 34 núms. 26 ss.

[58] Vid. *v. Weber*, Kieselbach-Festschrift págs. 234 ss.; *Gallas*, Beiträge págs. 59 ss.; *Lackner*, § 34 núm. 15.

infracción operada de este modo está cubierta por el conflicto de deberes de naturaleza justificante. Lo más sencillo de determinar es la proporción valorativa de los deberes cuando es inequívoca la diferencia de rango de los bienes jurídicos a los que aquéllos van referidos. Por regla general, hay que cumplir el deber relacionado con el bien superior a costa del menor, pero la relación también puede invertirse en atención a las circunstancias adicionales a considerar. Estos principios rigen para los tres grupos de casos del conflicto de deberes [59].

Ejemplos: El depositario no puede devolver un instrumento al propietario si sabe que éste será utilizado para un aborto (RG 56, 168 [170 ss.]). El implicado en un accidente debe dejar de observar el deber de espera (§ 142) si es necesario conducir a un herido al hospital para evitar un peligro para la vida o la salud (conflicto entre un deber de acción y otro de omisión). Si han caído por la borda un pasajero y una maleta, el capitán del barco no puede rescatar ésta a costa de aquél. El soldado no debe abandonar el campo de batalla para auxiliar a una víctima (conflicto entre dos deberes de acción). Ante un choque frontal inminente el conductor del vehículo no puede seguir conduciendo con la misma velocidad si el riesgo de usar los frenos es menor para los vehículos que le siguen (conflicto entre dos deberes de omisión).

b) Si, por el contrario, en atención al valor de los bienes jurídicos implicados y todas las circunstancias restantes, los deberes en conflicto son *equivalentes*, entonces hay que seguir un criterio diferenciador en relación con los tres grupos de casos aludidos anteriormente. Si concurren un **deber de acción con un deber de omisión**, en la mayoría de las ocasiones se admite la preferencia de este último y, de acuerdo con ello, está justificada la infracción por omisión del deber de acción que le obliga de modo simultáneo [60]. Pero, en todo caso, esto no puede ser válido para los supuestos en los que la omisión del autor conduce a la muerte de una persona a la que aquél tendría que haber podido y debido rescatar, porque la vida humana es el bien de mayor valor que merece la preferencia en la ponderación.

Ejemplos: En un pequeño hospital hay un único aparato de respiración asistida. Si el paciente A respira con dicho dispositivo y el paciente B cae de repente en una situación de asfixia peligrosa para su vida, el médico que los trata no puede ni matar al paciente A mediante la retirada del aparato ni desatender su deber de auxilio frente a B privándole del artefacto en cuestión [61]. Algo parecido sucedió con el caso de la "eutanasia y los médicos" que, en tiempos del nacional-socialismo, se encontraron ante la siguiente disyuntiva: o incluir en una lista los "casos desahuciados" de algunos de los enfermos mentales confiados a ellos entregándolos a la muerte, o ser despedidos de sus puestos con la consecuencia de que otros médicos más sumisos hubieran enviado más enfermos mentales a tan trágico final. Tampoco aquí se plantea una justificación, por ser irrelevante la forma en la que los médicos resolvieron el dilema (vid. OGH 1, 321 [336 ss.]; 2, 117 [1221; BGH NJW 1953, pág. 513 [514]).

En contra de la tesis de la doctrina mayoritaria, si los deberes en disputa están referidos a intereses de menor rango (por ejemplo, si la retirada u omisión, respectivamente, sólo conducen a un daño a la salud) tampoco puede ser aceptada una justificación para el caso en el que el

---

[59] Esta es la visión más extendida; vid. *Jakobs*, Allg. Teil 15/16 ss.; *LK* (11.ª) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 78, antes del § 32; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 27 núm. 52; *SK (Samson)* § 34 núm. 28; *Schönke/Schröder/Leckner*, nota preliminar núm. 75 antes del § 32.

[60] Así, *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 11 antes del § 32; *Küper*, Grund-und Grenzfragen pág. 119; *el mismo*, JuS 1987, pág. 90; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 76 antes del § 32; *Jansen*, Pflichtenkollisionen págs. 56 ss.; *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte pág. 137; *Lenckner*, Notstand págs. 5, 27; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 688; *Welzel*, Lehrbuch pág. 219.

[61] En torno a este supuesto vid. *Welzel*, Lehrbuch pág. 185; *Krey*, JuS 1971, págs. 248 ss.; *Küper*, JuS 1971, págs. 474 ss.; *LK* (9.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 179 antes del § 51; *Roxin*, Engisch-Festschrift pág. 400.

autor desatienda el deber de acción; del § 13 se deduce que en Derecho penal los deberes de acción y de omisión se consideran de igual rango [62]. De ahí que sólo se plantee una *exculpación* del autor en un conflicto de deberes de un carácter tan trágico.

c) Lo mismo sucede para el caso en el que se enfrentan **dos deberes de acción equivalentes.** El autor aquí también obra antijurídicamente en atención al deber incumplido. No obstante, mayoritariamente se acepta que en una situación de esta naturaleza en cierto modo el Ordenamiento jurídico "deja libertad" al autor, de forma que en todo caso estaría justificado sea cual sea el deber que observe [63]. Incluso, para otra tesis el hecho cae aquí en un "ámbito extrajurídico" [64].

Ejemplos: Dos heridos en un accidente, con las mismas posibilidades de supervivencia, son trasladados al mismo tiempo a un hospital donde el médico-jefe elige a uno de ellos para ser conectado al único aparato existente de respiración asistida y dejando morir al otro. En un incendio en el que, encontrándose en peligro de muerte dos niños, el padre sólo puede rescatar a uno de ellos falleciendo por tanto el segundo.

Lo mismo tiene que suceder con el **conflicto de deberes de omisión equivalentes.** En el caso del "conductor suicida" donde era consciente de su situación en la autopista, los distintos deberes de omisión no son valorativamente asimilables: por ello aquél puede y debe elegir la alternativa menos arriesgada (girar en sentido contrario de forma cautelosa) (OLG Karlsruhe JZ 1984, pág. 240 con comentario de *Hruschka*).

2. Con la exclusión de la justificación todavía no se dice nada acerca de la punibilidad. Ciertamente, y en contra de la tesis dominante, la irresoluble **contradicción de deberes equivalentes** no puede conducir a que, en todo caso, el autor actúe conforme a Derecho tome la decisión que tome, pues para el Ordenamiento jurídico el cumplimiento de un deber es tan importante como el otro. No obstante, el conflicto de intereses equivalentes puede ser una *causa de exclusión de la culpabilidad* (vid. *infra* § 47 I 2) [65].

VI. La autorización oficial como causa de justificación

1. En algunas disposiciones de la Parte Especial (vgr., en §§ 284 ss., 324 ss. [66]) y con frecuencia en el Derecho penal especial (por ejemplo, § 23 ApothekenG, § 29 BtMG, § 21 StVG, § 53 WaffG), la punibilidad de un determinado comportamiento se hace depender de que el

---

[62] Así, *Androulakis,* Unterlassungsdelikte págs. 127 ss.; *Gallas,* Beiträge págs. 74 ss.; *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núm. 11 antes del § 32; *Haft,* Allg. Teil pág. 102.

[63] En este sentido, *Hruschka,* Dreher-Festschrift págs. 192 ss.; *Mangakis,* ZStW 84 (1972) pág. 447; *Otto,* Pflichtenkollision pág. 130; *Küper,* Grund-und Grenzfragen pág. 118; *el mismo,* JuS 1987, pág. 89; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 72 antes del § 32; *Roxin,* Allg. Teil I § 16 núm. 103; *Jakobs,* Allg. Teil 15/6; *Maurach/Zipf,* § 27 núm. 55; *Schmidhäuser,* Studienbuch pág. 412; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 34 núm. 73; *SK (Samson)* § 34 núm. 29.

[64] Así, *Blei,* Allg. Teil pág. 214; *Arthur Kaufmann,* Maurach-Festschrift págs. 336 ss.; *Dingeldey,* Jura 1979, pág. 482.

[65] Asimismo, *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núm. 11 antes del § 32; *Gallas,* Beiträge págs. 75 ss.; *Haft,* Allg. Teil pág. 102. También aquí a favor de una "exclusión del injusto penal" *Günther,* Strafreltswidrigkeit pág. 333.

[66] Acerca de la diferente formulación de la reserva de autorización en Derecho penal ambiental *Schönke/Schröder/Cramer,* nota preliminar núm. 12 antes del § 324.

autor carezca de una autorización oficial. En estos casos surge la pregunta de si esta última se configura como un elemento del tipo de carácter negativo como, por ejemplo, el actuar "sin el consentimiento de los padres" en el § 236 [67] (vid. *supra* § 25 III 3), de modo que la existencia de tal aprobación haga decaer el tipo mismo, o si por el contrario se trata de una causa de justificación que excluye la antijuricidad [68]. La respuesta a esta pregunta depende de qué finalidad posee el requisito de la autorización en relación con el correspondiente mandato o prohibición. Si se trata de un comportamiento peligroso o no deseado que sólo excepcionalmente puede ser permitido, entonces la aprobación oficial es una causa de justificación tal y como, por ejemplo, sucede en el delito de establecimiento ilegal de juegos de azar (§ 284) [69]. Por el contrario, si el requisito sirve sólo para una mejor supervisión de una actividad en sí misma deseada o, por lo menos, socialmente convencional, entonces actúa típicamente quien carece de la necesaria autorización (por ejemplo, la circulación sin permiso de conducir del § 21 StVG).

2. En el último supuesto mencionado el interés del Estado consiste simplemente en ejercitar un control para determinar si la fuente de peligro es dominada correctamente y si las personas que intervienen en este ámbito poseen los conocimientos y formalidades necesarias. El contenido de injusto de la conducción sin permiso reside aquí únicamente en que se ha frustrado o dificultado el esfuerzo de las autoridades en el obligado control de la actividad (delitos de desobediencia pura). Así pues, la ausencia de la autorización oficial en este supuesto es un **elemento del tipo** [70].

Ejemplos: En la conducción de un vehículo a motor la ausencia del permiso de conducir es un elemento del tipo (§ 21 I, II StVG), pues la disposición tiene el sentido de posibilitar a la autoridad un control sobre la aptitud e idoneidad del solicitante a través del requisito del examen de conducir. Lo mismo sucede con el ejercicio de la medicina de acuerdo con el § 5 de la HeilpraktikerG y con la explotación de instalaciones atómicas (§ 327) [71].

La existencia de la autorización oficial cubre también eventuales efectos secundarios dañinos. De ahí que el ruido causado por el funcionamiento autorizado de una industria no constituya una perturbación antijurídica del culto religioso (RG 35, 150 [151]), porque el Estado ha considerado que son socialmente adecuados los riesgos asociados a la actividad a través de un procedimiento de autorización.

3. Sin embargo, la autorización administrativa es una **verdadera causa de justificación** en los casos en los que la acción no es socialmente útil o, como mínimo, valorativamente neutra sino que, para que deba ser autorizada, exige una ponderación de intereses frente a los de la co-

---

[67] El § 236 StGB en su redacción anterior regulaba el secuestro de una menor de dieciocho años con fines sexuales llevado a cabo de acuerdo con su voluntad. Actualmente esta figura ha desaparecido y el § 236 StGB se dedica ahora a la tipificación del tráfico de niños (N del T).

[68] *Jakobs,* Allg. Teil 16/28; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 160 antes del § 32; *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núm. 5 antes del § 32; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 29 núm. 17; *Rengier,* ZStW 101 (1989) págs. 878 ss.; *Winkelbauer,* Verwaltungsakzessorietät pág. 20; *Goldmann,* Behördliche Genehmigung págs. 93 ss., 128 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 61 antes del § 32.

[69] Así, BVerfGE 28, 119 (148); *Jakobs,* Allg. Teil 16/29; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 160 antes del § 32. De otra opinión *Dreher/Tröndle,* § 284 núm. 15; *Lackner,* § 284 núm. 12; *LK* (10.ª) *(v. Bubnoff)* § 284 núm. 14; *Schönke/Schröder/Eser,* § 284 núm. 18 (exclusión de la tipicidad).

[70] Vid. *Blei,* Allg. Teil pág. 156; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar n. 160 antes del § 32; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 61 antes del § 32.

[71] Así, *Dölling,* JZ 1985, pág. 462; *Horn,* NJW 1988, pág. 2337; *Heine/Meinberg,* DJT-Gutachten D pág. 46.

lectividad [72]. La autorización oficial justificante es un supuesto especial del estado de necesidad del mismo carácter, lo que trae por consecuencia que el requisito de la autorización prevalece y que, incluso, en una situación de necesidad un comportamiento espontáneo no está justificado conforme al § 34 [73]. Si la autorización se supedita a una condición, aquélla sólo justifica la acción en sí misma prohibida cuando se cumpla la citada condición. Como elemento subjetivo de justificación aquí también se exige la actuación *sobre la base* de la autorización.

Ejemplos: La autorización oficial es una causa de justificación en la utilización de sustancias estupefacientes (§ 29 I núm. 1 BtMG), en la importación de explosivos (§ 15 SprengG), en el trabajo con agentes patógenos (§ 19 I BSeuchG) y en la contaminación de las aguas (§ 324) [74].

4. Una autorización oficial que es *nula* según el Derecho administrativo carece de efecto alguno [75]. Lo mismo sucede, de conformidad con la teoría del consentimiento (vid. *infra* § 34 IV 5), cuando la autorización se obtiene mediante *violencia* o *engaño* [76] (así, expresamente, el § 330d núm. 5). Esto, sin embargo, no puede regir para la autorización que excluye el tipo en la que basta su mera existencia sin consideración a su corrección material [77]. Por lo demás, una autorización oficial correcta es eficaz hasta su revocación incluso aunque el autor conozca la irregularidad [78].

VII. Derecho extranjero

También en el extranjero se tiene en cuenta la problemática en la que se basa el *estado de necesidad justificante* y, en su mayor parte, se alcanzan los mismos resultados a los que llega la doctrina y jurisprudencia alemana. Esto evidencia que las cuestiones aquí involucradas están vinculadas con un principio general de la justicia. El Derecho *austríaco* coincide en este punto con el alemán [79], incluso sin poseer una disposición que se corresponda con el § 34 alemán. En *Suiza* es el art. 34 schweiz. StGB la disposición que regula positivamente el estado de necesidad y que es considerada como una causa de justificación [80]. En *Francia*, los casos inequívocos de conflicto de bienes jurídicos son considerados impunes de acuerdo con los princi-

---

72 Vid. *Goldmann*, Behördliche Genehmigung págs. 128 ss.

73 Así, *Roxin*, Allg. Teil I § 17 núm. 48; *Winkelbauer*, NStZ 1988, págs. 340 ss., 343.

74 Así, *Rudolphi*, NStZ 1984, pág. 196; *Tiedemann/Kindhäuser*, NStZ 1988, págs. 340 ss., 343.

75 *Frisch*, Verwaltungsakzessorietät págs. 102 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 62 antes del § 32.

76 *Frisch*, Verwaltungsakzessorietät págs. 72 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 17 núm. 47; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 63 antes del § 32; por el contrario, a favor de una rigurosa accesoriedad administrativa *LK* (11.ª) (*Hirsch*) nota preliminar núms. 164 ss. antes del § 32.

77 En la autorización justificante obtenida mediante engaño o violencia, *Lenckner*, Pfeiffer-Festschrift págs. 39 ss. considera la revocación como una condición objetiva de punibilidad, pues no merece ninguna protección quien actúa sobre la base de una autorización oficial obtenida capciosamente.

78 *Dölling*, JZ 1985, pág. 469; *Tröndle*, K. Meyer-Gedächtnisschrift pág. 624; *Frisch*, Verwaltungsakzessorietät págs. 81 ss. (fuera de la concreta puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos).

79 Vid. *Rittler*, Tomo I pág. 144; *el mismo*, OGH-Festschrift pág. 249; *Kienapfel*, ÖJZ 1975, pág. 421 ss.; *el mismo*, Der rechtfertigende Notstand págs. 39 ss.; *WK (Nowakowski)* nota final núms. 3 ss. al § 3. El OGH también ha asumido la teoría diferenciadora (OGH ÖRiZ 1959, pág. 63; JBl 1972, pág. 623).

80 *Hafter*, Allg. Teil pág. 157; *Schultz*, Einführung I pág. 163; *Stratenwerth*, Schweiz. Strafrecht, Allg. Teil I págs. 198 ss; *Schwander*, Das schweiz. StGB págs. 81 ss. con referencias jurisprudenciales; importante es, sobre todo, la BGE 75 (1949) IV 49. El Anteproyecto de *Hans Schultz* (1985) pág. 54 pretende eliminar acertadamente del estado de necesidad el requisito de la ausencia de culpa.

pios del "état de nécessité"; sin embargo, el ámbito de aplicación de este "fait justificatif" comprende también supuestos que según el Derecho alemán pertenecerían al estado de necesidad exculpante [81]. El Código penal de 1994 contiene una regulación del estado de necesidad justificante en el art. 122-7 donde se refleja la jurisprudencia de su Tribunal de Casación, que establece como requisitos de esta figura el peligro actual para personas o bienes, la necesidad de la intervención para su salvaguardia y la proporcionalidad [82]. También la disposición del estado de necesidad en Derecho *italiano* (art. 54 C.p.) es una causa de justificación [83], aunque se encuentra limitada a la protección de las personas. El Proyecto propone en su art. 17.3.º la introducción de una disposición especial que recoja el estado de necesidad exculpante [84]. En el Derecho *belga*, donde no existe ningún precepto relativo al estado de necesidad, se discute además si se trata de una causa de justificación o de exculpación [85]. El Derecho *español* contiene en el art. 8.7.º C.p. [86] una disposición general sobre el estado de necesidad, que sobre todo determina que el daño causado a través de la acción necesaria no puede ser mayor que el daño que pretende evitarse. Para la justificación se exige una diferencia valorativa en beneficio del interés protegido [87]. El Derecho *neerlandés* previene en el art. 40 W.v.S. una escueta regulación sobre el "overmacht" [88]. En Derecho *inglés* el caso más importante, esto es, el de la interrupción del embarazo, se encuentra regulado en la secc. 1.ª del Infant Life (Preservation) Act 1929, así como en la secc. 1.ª del Abortion Act de 1967. Hipótesis adicionales se discuten por la doctrina bajo la voz de "necessity" [89]. El Derecho *norteamericano* trata conjuntamente el estado de necesidad de bienes junto con el estado de necesidad exculpante bajo el concepto de "necessity" pero, sin embargo, separa del mismo el estado de necesidad agresivo ("duress") [90]. Las secc. 3.02, 2.09 del Código Penal Modelo no marca en este punto restricción de ningún tipo. En *Brasil* se distingue claramente entre estado de necesidad justificante y exculpante [91], aunque el art. 24 integra ambos casos bajo el concepto de la inexigibilidad.

---

[81] *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal général núm. 354-1; *Merle/Vitu*, Traité I núm. 445; Cass. v. 25.6.1958, D.P. 1958, 693; Cass. v. 27.12.1961, J.C.P. 1962, II 12652; Cass. v. 21.11.1974, J. C. P. 1975, II 18143.

[82] Al respecto, *Desportes/Le Gunehec*, Présentation núm. 34; *Pradel*, Le nouveau Code pénal núm. 43.

[83] Así, *Fiandaca/Musco*, Diritto penale pág. 224; *Romano*, Rechtfertigung pág. 121. De otra opinión, *Scarano*, La non esigibilità págs. 117 ss. Sobre todo ello *Azzali*, Stato di necessità págs. 356 ss.

[84] Esto contribuiría a clarificar el tema, pues en la doctrina no se recoge de modo inequívoco; vid. los ejemplos para el art. 54 C.p. de *Mantovani*, Diritto penale pág. 273.

[85] *Dupont/Verstraeten*, Handboek núm. 384. Desarrolla una clara distinción por el contrario, *Hennau/Verhaegen*, Droit pénal général núms. 213, 223.

[86] La referencia a este precepto debe entenderse realizada al art. 20.5.º del Código penal de 1995 (N del T).

[87] *Antón Oneca*, Derecho penal pág. 265; *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 567 ss.; *Cerezo Mir*, Hilde Kaufmann-Gedachtnisschrift págs. 689 ss.; *Cobo del Rosal/Vives Antón*, Derecho penal pág. 396; *Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo*, art. 8.7.º comentario II. *Gimbernat Ordeig*, Rechtfertigung pág. 76 acepta la justificación también en el caso de equivalencia de los bienes jurídicos. Al respecto, también, *Perron*, Rechtfertigung págs. 191 ss.

[88] La doctrina incluye también bajo este precepto supuestos del estado de necesidad justificante; vid. *Pompe*, Handboek págs. 130 ss.; *el mismo*, Das niederländische Strafrecht págs. 72 ss.; *Hazewinkel-Suringa/Remmelink*, Inleiding págs. 298 ss.; *Jescheck*, Criminal Law in Action pág. 9.

[89] Vid. *Grünhut*, Das englische Strafrecht págs. 205 ss.; *Smith/Hogan*, Criminal Law págs. 245 ss. (págs. 250 ss.: en el accidente del transbordador de Ostende el homicidio de una persona que impedía el camino de salida fue considerado como "not necessarily murder" y finalmente no fue perseguido); *Cohen*, Modern Doctrine of Necessity págs. 976 ss. (desde una perspectiva de Derecho comparado); *Glanville Williams*, Criminal Law págs. 724 ss.; *Pröchel*, Notstand págs. 51 ss.

[90] Vid. *Robinson*, Criminal Law Defenses Tomo II págs. 45 ss. ("lesser evils defense"), 377 ss. ("duress"); *Honig*, Das amerikanische Strafrecht págs. 157 ss.; *Etzel*, Notstand págs. 119 ss.

[91] Así, *Fragoso*, Lições págs. 195 ss.; *de Jesus*, Comentários, art. 24 anotación núm. 2.

§ 34 Consentimiento y consentimiento presunto del ofendido

Amelung, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981; *el mismo,* Die Zulässigkeit der Einwilligung bei den Amtsdelikten, Festschrift für H. Dünnebier, 1982, pág. 487; *el mismo,* Die Einwilligung des Unfreien, ZStW 95 (1983) pág. 1; *el mismo,* Über die Einwilligungsfähigkeit, ZStW 104 (1992) págs. 525, 821; *Arzt,* Willensmängel bei der Einwilligung, 1970; *Baumann,* Körperverletzung oder Freiheitsdelikt? NJW 1958, pág. 2092; *Berz,* Die Bedeutung der Sittenwidrigkeit für die rechtfertigende Einwilligung, GA 1969, pág. 145; *Bichlmeier,* Die Wirksamkeit der Einwilligung in einen medizinisch nicht indizierten ärztlichen Eingriff, JZ 1980, pág. 53; *Bloy,* Freiheitsberaubung ohne Verletzung fremder Autonomie? ZStW 96 (1984) pág. 703; *Bockelmann,* Das Strafrecht des Arztes, 1968; *Boehmer,* Zum Problem der "Teilmündigkeit" Minderjähriger, MDR 1959, pág. 705; *Borchert/Hellmann,* "Tanken ohne zu zahlen" usw., NJW 1983, pág. 2799; *Casas Barquero,* El consentimiento en el derecho penal, 1987; *Cerezo Mir,* El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación, en: Estudios de derecho penal y criminología, Tomo I (en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa), 1989, pág. 201; *Engisch,* Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, ZStW 58 (1939) pág. 1; *el mismo,* Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation, 1958; *el mismo,* Kritische Bemerkungen zu dem Urteil des BGH vom 27.10.1964, Bayer. Akademie der Wissenschaften, Sitzungsberichte 1965, Heft 4; *el mismo,* Die Strafwürdigkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 399; *Eser,* Medizin und Strafrecht usw., ZStW 97 (1985) pág. 1; *Firnhaber,* Rechtsgeschäft und Einwilligung bei Vermögensdelikten, Diss. Bonn 1956; *Frisch,* Grund-und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 113; *Gallas,* Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 154; *Geerds,* Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, Diss. Kiel 1953; *el mismo,* Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 1954, pág. 262; *el mismo,* Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf, ZStW 72 (1960) pág. 42; *el mismo,* Anmerkung zu BGH vom 2.12.1982, JR 1983, pág. 254; *Geppert,* Rechtfertigende "Einwilligung" des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr? ZStW 83 (1971) pág. 947; *v. Gerlach,* Ärztliche Aufklärungspflicht und eigenmächtige Heilbehandlung; en: *Arthur Kaufmann* (Ed.), Moderne Medizin und Strafrecht, 1989, pág. 15; *Göbel,* Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992; *Goldmann,* Die behördliche Genehmigung als Rechtfertigungsgrund, Diss. Freiburg 1967; *Günther,* Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *Haefliger,* Über die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, SchwZStr 67 (1952) pág. 92; *Hanack,* Die Sterilisation aus sozialer Indikation, JZ 1964, pág. 393; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 20, 81, JZ 1965, pág. 221; *Herzberg,* Tanken ohne zu zahlen, JA 1980, pág. 385; *el mismo,* Tatbestands-und Verbotsirrtum, GA 1993, pág. 439; *Hirsch,* Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit, ZStW 83 (1971) pág. 140; *el mismo,* Einwilligung und Selbstbestimmung, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 775; *el mismo,* Zum Spannungsverhältnis zwischen Theorie und Praxis, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 19; *Honig,* Die Einwilligung des Verletzten, 1919; *Horn,* Der medizinisch nicht indizierte, aber vom Patienten verlangte Eingriff, JuS 1979, pág. 29; *Hruschka,* Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, Festschrift für E. Dreher, 1977, pág. 189; *Armin Kaufmann,* Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 277; *Keßler,* Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, 1884; *Kientzy,* Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers, 1970; *Kühne,* Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzichts, JZ 1979, 24 pág. 1; *Kußmann,* Einwilligung und Einverständnis bei Täuschung, Irrtum und Zwang, Diss. Bonn 1988; *Langrock,* Zur Einwilligung in die Verkehrsgefährdung, MDR 1970, pág. 982; *Lenckner,* Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, ZStW 72 (1960) pág. 446; *Marx,* Die Definition des Begriffs "Rechtsgut", 1972; *Maria-Katharina Meyer,* Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984; *Noll,* Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955; *el mismo,* Tatbestand und Rechtswidritgkeit usw., ZStW 77 (1965) pág. 1; *el mismo,* Begriff und Funktion der guten Sitten im Strafrecht, Festschrift für das OLG Zweibrücken, 1969, pág. 206; *Ostendorf,* Grundzüge des konkreten Gefährdungsdelikts, JuS 1982, pág. 426; *Otto,* Eigenverantwortliche Selbstschädigung und-gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und-

gefährdung, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 157; *Pfersdorff*, Die Einwilligung des Verletzten als Strafausschließungsgrund, Diss. Straßburg 1897; *Riz*, Il consenso dell'avente diritto, 1979; *Roßner*, Verzicht des Patienten auf eine Aufklärung durch den Arzt, NJW 1990, pág. 2291; *Roxin*, Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1964, pág. 373; *el mismo*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª ed. 1973; *el mismo*, Über die mutmaßliche Einwilligung, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 447; *el mismo*, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung, Gedächtnisschrift für P. Noll, 1984, pág. 275; *el mismo*, Über die Einwilligung im Strafrecht, Festschrift für E. Correia, 1987 (Sonderdruck); *Rubinstein*, The Victim's Consent in Criminal Law, en: Studies in Comparative Criminal Law, 1975, pág. 189; *Rudolphi*, Literaturbericht, ZStW 86 (1974) pág. 68; *el mismo*, Anmerkung zu OLG Hamburg vom 19.11.1974, JR 1975, pág. 512; *el mismo*, Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 371; *Sax*, Bemerkungen zum Eigentum als strafrechtlichem Schutzgut, Festschrift für F. Laufke, 1971, pág. 321; *Schlehofer*, Einwilligung und Einverständnis, 1985; *Eb. Schmidt*, Empfiehlt es sich, daß der Gesetzgeber die Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht regelt? Verhandlungen des 44. DJT, Tomo I, 1962; *R. Schmitt*, Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst? Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 113; *el mismo*, § 226a StGB ist überflüssig, Gedächtnisschrift für H. Schröder, 1978, pág. 263; *Schrey*, Der Gegenstand der Einwilligung des Verletzten, Strafr. Abh. Heft 248, 1928; *Schwalm*, Zum Begriff und Beweis des ärztliche Kunstfehlers, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 539; *Stratenwerth*, Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 (1956) pág. 41; *S. A. Strauss*, Aspekte van die begrip "Toestemming" usw., 1963; *Traeger*, Die Einwilligung des Verletzten usw., GS 94 (1927) pág. 112; *H.-D. Weber*, Der zivilrechtliche Vertrag als Rechtfertigungsgrund, 1986; *Weigend*, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung, ZStW 98 (1986) pág. 44; *Glanville Williams*, Consent and Public Policy, Criminal Law Review 74 (1962) pág. 154; *Wilts*, Die ärztliche Heilbehandlung in der Strafrechtsreform, MDR 1970, pág. 971; 1971, págs. 4, 92; *Wimmer*, Die Bedeutung des zustimmenden Willens usw., 1980; *Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970; *el mismo*, Die Bedeutung und Behandlung der Einwilligung im Strafrecht, ÖJZ 1977, pág. 379; *Zitelmann*, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99 (1906) pág. 1.

I. La conformidad del afectado y su tratamiento en Derecho penal

1. La conformidad del afectado por el delito puede tener un significado diverso para el enjuiciamiento jurídico-penal [1].

a) Por un lado existen delitos que sólo pueden ser cometidos **con la conformidad de la otra parte** (delitos de encuentro, vid. *infra* § 64 V 1), como la usura (§ 291) o la producción consentida de mutilaciones para librarse del servicio militar (§ 109 I en su segunda alternativa). En estos casos la conformidad pertenece a los elementos del tipo de la acción punible. Sin embargo, este grupo de supuestos no es discutido y por lo tanto puede quedar fuera de nuestra atención.

b) Existen además disposiciones penales en las que, de conformidad con su tenor literal o el sentido de la descripción delictiva, la acción típica se dirige inmediata y exclusivamente en contra de la voluntad del afectado por lo que aquélla, ante la aquiescencia de éste, no suscita reparo de ninguna clase. Estos supuestos consisten en una contradicción de la voluntad del ofendido que viene a ser una circunstancia fundamentadora del injusto de la correspondiente figura de delito. En el caso de que el afectado esté de acuerdo, la acción punible se convierte en un suceso normal dentro del marco de un orden social establecido. Penalmente esto significa que en estos casos ante la aprobación el hecho no se conforma como parte del injusto típico y que de

[1] Vid. al respecto, *Binding*, Handbuch pág. 717; *Honig*, Einwilligung pág. 119; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe pág. 64; *Geerds*, GA 1954, pág. 262; *el mismo*, ZStW 72 (1960) págs. 42 ss.

este modo tampoco existe una acción típica. A este supuesto de la conformidad se le denomina **"acuerdo"** ("Einverständnis") [2].

Ejemplos: En los delitos que atentan contra la libertad en la formación de la voluntad o de su ejecución (vgr., §§ 108, 177, 240, 249, 253), el acuerdo del afectado excluye la tipicidad de la acción. Una actuación en contra de la voluntad de la mujer pertenece también al tipo del secuestro en el sentido del § 237 [3] (BGH 23, 1 [3]). La "lesión" de la posesión ajena en el hurto (§ 242) no puede tener lugar de otro modo que en contra de la voluntad del titular de su tenencia (BayObLG JZ 1979, pág. 146). También el allanamiento de morada (§ 123) exige para sus dos formas comisivas la actuación en contra de la voluntad del titular de aquél [4].

c) Por el contrario, en otras disposiciones penales el menoscabo mismo del bien jurídico tiene lugar incluso cuando el hecho sucede de acuerdo con la voluntad de su titular. La acción descrita en el tipo no es, por tanto, un suceso normal de la vida social sino que probablemente conduce a una pérdida bastante dolorosa que, no obstante, el titular del bien jurídico protegido está dispuesto a tolerar por motivos derivados del marco de su libertad de disposición. La doctrina mayoritaria denomina a estos casos **"consentimiento"** ("Einwilligung") y trata la conformidad como una causa de justificación [5], pues aquí no sólo se trata del poder de disposición del titular sino de un valor jurídicamente protegido independiente de ello.

Ejemplos: Quien decide tomar parte en un experimento científico en el que por un tiempo se pierde el contacto con el mundo exterior, renuncia temporalmente a su libertad de movimiento (§ 239) [6]. Quien como donante de órganos pone a disposición su riñón para un trasplante, sacrifica una parte importante del cuerpo para ayudar a otra persona (§ 224) [7]. Quien se somete a una operación de *cirugía estética* [8] soporta

---

[2] Así, por primera vez, *Geerds,* Einwilligung und Einverständnis págs. 105 ss.; *el mismo,* GA 1954, pág. 262, a quien le sigue la jurisprudencia (BGH 8, 273 [276]; 23, 3; BayObLG JZ 1979, pág. 146) y la doctrina mayoritaria; vid. *Blei,* Allg. Teil pág. 133; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 102; *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núm. 3a, b, antes del § 32; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 96 antes del § 32; *Geppert,* ZStW 83 (1971) págs. 959 ss.; *Kohlrausch/Lange,* nota preliminar núm. II 3a antes del § 51; *Lackner,* nota preliminar núm. 11 antes del § 32; *Triffterer,* Allg. Teil págs. 239 ss.; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 269; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 29 antes del § 32; *Welzel,* Lehrbuch pág. 95; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 36 antes del § 32; *Wessels,* Allg. Teil núms. 362 ss.

[3] El § 237 StGB, que tipificaba expresamente el secuestro de una mujer con fines sexuales, se encuentra actualmente derogado, por lo que para este caso la privación de libertad en sí misma considerada realiza el tipo de detenciones ilegales recogido en el § 239 StGB (N del T).

[4] Tratando el significado de la voluntad aquiescente en los distintos delitos, *Wimmer,* págs. 12 ss.

[5] Vid. *Baumann/Weber,* Allg. Teil págs. 320, 329; *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núm. 3a, b antes del § 32; *Geerds,* ZStW 72 (1960) pág. 43; *Hruschka,* Dreher-Festschrift pág. 197; *Lackner,* nota preliminar núm. 10 antes del § 32; *Otto,* Grundkurs págs. 117 ss.; *Honig,* Einwilligung págs. 1 ss.; *Kühl,* Allg. Teil § 19 núm. 22; *LK (Hirsch)* nota preliminar núm. 92, 98, antes del § 32; *Hirsch,* Welzel-Festschrift pág. 799 nota a pie núm. 75; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 33 antes del § 32; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 38 antes del § 32; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 360; *Wessels,* Allg. Teil núm. 370; *WK (Nowakowski)* nota posterior núm. 34 al § 3; *Welzel,* Lehrbuch pág. 95. También en este sentido camina la jurisprudencia (BGH 16, 309 ss.; 23, 1 [41]; BGH JZ 1979, pág. 146). Diferenciando según los supuestos *Jakobs,* Allg. Teil 7/111 ss.; *Triffterer,* Allg. Teil págs. 240 ss.

[6] Sin embargo, la tesis dominante sostiene que en el § 239 la aprobación desarrolla un efecto excluyente de la tipicidad; vid. *Bloy,* ZStW 96 (1984) pág. 713 nota a pie núm. 31 con referencias bibliográficas.

[7] La remisión debe entenderse realizada al actual § 226 I 2 (N del T).

[8] De acuerdo con la tesis mayoritaria, el tratamiento *médico* no constituye ni siquiera una lesión corporal típica (vid. *infra* § 34 III 3a).

un menoscabo de su integridad corporal (§ 223) más o menos profundo. Quien en un proceso de divorcio autoriza a su médico de familia a declarar acerca de una grave perturbación psíquica que padece (§ 203 I núm. 1 StGB, §§ 383 I n. 6, 385 II ZPO), renuncia frente a los intervinientes en el proceso a un secreto rigurosamente guardado [9]. El tío que permite a su sobrino desmontar una parte de su automóvil para que de este modo se instruya acerca de los posibles trabajos de reparación que pueden sucederle durante una expedición científica, renuncia transitoriamente a su disposición inmediata de uso (§ 303).

2. Mientras que en principio existe unidad acerca de la diferenciación entre el acuerdo y el consentimiento [10], en cambio su **tratamiento jurídico-penal** resulta discutido.

a) Con frecuencia se ha admitido que podrían ser formulados principios generales en relación con el "acuerdo" y los requisitos para su eficacia. Y en este sentido se dijo que el acuerdo poseía una "naturaleza puramente fáctica", por lo que no perjudicaría en nada si fue prestado equivocadamente o el afectado no había captado el significado del bien jurídico protegido. Asimismo, el acuerdo no necesitaría ni ser declarado expresamente ni tampoco haber sido conocido por el autor [11]. No obstante, frente a ello se erigen fundadas **objeciones** [12]. En realidad, el acuerdo *no* posee en todos los casos una naturaleza puramente fáctica; pero también la pregunta acerca de hasta qué punto puede estar influido por el engaño o la violencia y de cómo debe ser manifestado externamente, no puede ser contestada de un modo general sino sólo en el marco de la interpretación de los tipos concretos y de acuerdo con el sentido y finalidad de éstos.

Ejemplos: De esta forma, es suficiente para la exclusión de la violación (§ 177) la natural aprobación de la mujer en la relación sexual extramatrimonial [13]. No depende, pues, de la capacidad de razonamiento o del error porque el tipo de la violación únicamente concurre cuando la relación sexual extramarital es forzada por medio del empleo de la fuerza o la amenaza de un peligro actual para el cuerpo o la vida [14]. La mera *tolerancia* o resignación ("Duldung") de la relación sexual no excluye desde luego el tipo. Completamente distinta es la situación jurídica en el allanamiento de morada (§ 123), en el que toda presión del autor a la voluntad contraria del titular de aquélla cumple con el requisito de la intrusión, mientras que el acuerdo engañoso hace decaer el tipo delictivo [15]. En los tipos delictivos concretos también es diverso el criterio

---

[9] En contra de la tesis dominante, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 203 núm. 22 acepta en este caso una conformidad excluyente del tipo.

[10] De otra opinión sobre todo *Roxin*, Allg. Teil I § 13 núm. 11; *el mismo*, Correia-Festschrift págs. 19 ss.; *Kientzy*, Der Mangel am Straftatbestand págs. 32 ss.; en cambio, *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 269 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 17 núms. 31 ss. y *Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme pág. 20, se atienen a la distinción mencionada y sólo pretenden modificar la posición del consentimiento en la estructura del delito.

[11] Así, *Geerds*, GA 1954, pág. 265; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 102; *Welzel*, Lehrbuch pág. 95; *Wessels*, Allg. Teil núm. 368.

[12] Así, *Arzt*, Willensmängel págs. 24 ss.; *LK* (11.ª)*(Hirsch)* nota preliminar núm. 101 ss. antes del § 32; *Roxin*, Allg. Teil I § 13 núm. 11; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 32 antes del § 32; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 37 antes del § 32; *Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme págs. 15 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 370. Vid., además, *Kientz* Der Mangel am Straftatbestand págs. 65 ss., quien sin embargo pretende tratar todos los casos del "acuerdo" según las reglas del consentimiento, algo que por otra parte va demasiado lejos en la dirección contraria.

[13] Téngase en cuenta que, de acuerdo con la estructura legal vigente del delito de violación (§ 177), ya resulta irrelevante si la relación sexual del autor es intra o extramarital (N del T).

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

[15] Vid. *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 123 núm. 22; BayObLG 1951, 181.

relativo la necesaria capacidad de razonamiento para emitir un acuerdo eficaz: en el rapto (§ 237 [16]) la aprobación voluntaria y natural de la mujer es suficiente para negar la existencia del tipo, incluso aunque se trate de una enferma mental (BGH 23, 1 [3]); por el contrario, en el alejamiento sin autorización del lugar del accidente (§ 142) no cabe la renuncia efectiva a la realización de las debidas comprobaciones por parte de un joven implicado en el mismo (OLG Hamm VRS 23, 102 [104]; OLG Karlsruhe GA 1970, pág. 311 [312]) [17]. También la emisión del acuerdo puede ser importante para la exclusión del tipo. Si la policía deja que un carterista cometa el hecho frente a una mujer policía que va de paisano mezclada en la aglomeración del mercado y portando un monedero en la cesta de la compra, entonces el autor que se lleva consigo el dinero sólo comete un hurto en grado de tentativa pues la mera existencia del acuerdo por parte del titular de la posesión es suficiente para excluir la transgresión posesoria (BGH 4, 199). En el autoservicio de una gasolinera quien se marcha sin pagar comete una estafa (§ 263) o una apropiación indebida (§ 246), pero en ningún caso un hurto (§ 242) pues el titular del negocio está de acuerdo en el traspaso de la *posesión* (BGH NJW 1983, pág. 2827) [18]. Por el contrario, debe ser considerada como intrusión (§ 123) la "ocupación de una morada" por personas no autorizadas, aunque el propietario de la misma se haya conformado tácitamente con la entrada debido a la presión de las circunstancias. El acuerdo del conductor del vehículo con el supuesto lavado del mismo no contiene renuncia alguna a su posesión (hurto con astucia y no estafa) (BGH VRS 48, 175). La mera tolerancia o resignación ("Dulden") de acciones sexuales causada por el miedo al autor no constituye acuerdo alguno (BGH JR 1982, pág. 254 con comentario de *Geerds* pág. 256).

b) Dudosa ha sido también la cuestión relativa a la **posición del consentimiento** dentro del sistema de la teoría del delito. Mientras que la doctrina dominante todavía interpreta el consentimiento como una causa de justificación (*supra* nota a pie núm. 5), una importante minoría ve en el mismo una circunstancia que excluye el tipo [19]. En cierto modo, esta concepción entiende la falta de consentimiento como un elemento negativo del tipo y, de acuerdo con ello, su concurrencia en aquellos delitos en los que el bien jurídico se abandona a la disponibilidad de su titular lo configura como una circunstancia que desde un principio priva de relevancia penal al suceso. Esta visión se fundamenta en el hecho de que en las disposiciones penales que protegen bienes jurídicos disponibles, el verdadero bien jurídico no es la integridad del objeto sino el dominio autónomo del titular sobre los bienes jurídicos a él subordinados. Sin embargo, con ello tiene lugar una subjetivización del concepto de bien jurídico que no concuerda con el significado que también posee todo bien jurídico individual como valor comunitario. La cuestión de si el consentimiento excluye ya la tipicidad de la acción o si, por el contrario, se configura como una

---

[16] El § 237 StGB regulaba anteriormente el secuestro de una mujer en contra de su voluntad con la intención de obligarla mediante engaño, violencia o amenaza a mantener relaciones sexuales extramatrimoniales; actualmente esta figura ha desaparecido como tal y debe ser reconducida por el tipo de detenciones ilegales del § 239 StGB (N del T).

[17] Profundizando en la capacidad para emitir consentimiento *Amelung*, ZStW 104 (1992) págs. 525, 551 ss., 821 ss.

[18] Vid., *Herzberg*, JA 1980, pág. 391; *Borchert/Hellmann*, NJW 1983, pág. 2799.

[19] Así, *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 13A, núm. 2; *Armin Kaufmann*, Klug-Festschrift Tomo II pág. 282; *Kientzy*, Der Mangel am Straftatbestand págs. 65 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 17 núms. 32 ss.; *Göbel*, Einwilligung pág. 71; *Kühne*, JZ 1979, pág. 242; *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem pág. 25 nota a pie núm. 57; *el mismo*, Welzel-Festschrift pág. 449; *el mismo*, Allg. Teil I § 13 núms. 12 ss. (con una detallada fundamentación); *Rudolphi*, ZStW 86 (1974) pág. 87; *el mismo*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 374 ss.; *Sax*, Laufke-Festschrift págs. 337 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 268 ss.; *Schlehofer*, Einwilligung pág. 4; *SK (Horn)* § 226a núm. 2; *Weigend*, ZStW 98 (1986) págs. 47 ss.; *Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme págs. 28 ss.; *el mismo*, ÖJZ 1977, págs. 380 ss.; *Wimmer*, Die Bedeutung pág. 260.

causa de justificación podría quedar abierta si careciera de trascendencia práctica. Pero éste no resulta ser el caso. Antes bien, las consecuencias prácticas son las mismas que si se tratara a las causas de justificación como elementos negativos del tipo (vid. *supra* § 25 III). Por una parte, el tratamiento del error acerca de los presupuestos del consentimiento depende de su posición en el sistema. Y de otra, su ubicación es determinante para castigar por tentativa o por delito consumado en aquellos supuestos en los que la existencia del consentimiento ha pasado inadvertida para el autor.

3. Lo correcto es concebir al *consentimiento* como una **causa de justificación**. El objeto de protección penal en los tipos viene constituido por los bienes jurídicos a los que aquéllos se refieren, incluida la integridad del objeto que se menoscaba con la acción típica, y no meramente la libertad de disposición del titular [20]. La integridad corporal, la libertad ambulatoria, la propiedad, el honor o el ámbito de reserva personal, son independientemente protegidos de la voluntad del titular como bienes naturales de la comunidad; la libertad, la autodeterminación y la dignidad de la persona están constituidos, protegidos e, incluso la mayoría de las veces, garantizados por la Constitución (arts. 2 II, 10 y 14 GG) [21]. Cuando el interesado abandona uno de estos bienes jurídicos a la intervención de un tercero esto significa que, a pesar del consentimiento, el suceso es penalmente relevante y no resulta indiferente desde un primer momento. Por ello, la voluntad aquiescente del titular no es reconocida sin más como determinante, sino que su eficacia se hace depender de ciertas condiciones destinadas a evitar que el titular del bien jurídico se perjudique a *sí* mismo sin haber divisado antes la desventaja ligada a su renuncia. De esta forma se hace preciso aclarar que el consentimiento presupone la capacidad de raciocinio, que básicamente debe estar libre de todo engaño o violencia, y que debe emitirse al exterior de modo reconocible. La disposición que determina el carácter antijurídico de las lesiones corporales cuando el hecho, a pesar del consentimiento, atenta contra las buenas costumbres (§ 226 a [22]), también muestra que, a causa del significado destacado del bien jurídico (tal y como sucede en las lesiones corporales), el consentimiento está sometido a restricciones que sólo pueden explicarse por el interés público en su conservación. El texto del § 226a [23] debe ser entendido en el mismo sentido del los §§ 32 y 34 que incuestionablemente definen causas de justificación. Incluso en el homicidio a petición (§ 216) el consentimiento se encuentra completamente marginado.

También existen casos en los que el acuerdo del afectado repercute inmediatamente sobre el tipo. Quien convierte en leña un armario viejo alterando así su finalidad, da lugar a que desde un principio queden excluidos los daños materiales (§ 303). Quien encuentra correspondencia en sus insinuaciones sexuales no comete menosprecio alguno (§ 185). En la firma de un documento con nombre ajeno el acuerdo del titular del nombre elimina el tipo del § 267 si aquél puede y se deja representar, pues entonces el documento ya no es "falso".

---

[20] Así, *Hirsch,* Welzel-Festschrift pág. 799 nota a pie núm. 75; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 98 antes del § 32; *Noll,* Festschrift f. d. OLG Zweibrücken pág. 222; *Geppert,* ZStW 83 (1971) pág. 968; *Schönke/ Schröder/Lenckner,* nota preliminar núms. 33 ss. antes del § 32. Por el contrario, *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 368, sólo tiene en cuenta aparentemente los tipos que comportan una lesión *sustancial.* Sin embargo, la idea de un quebranto jurídico independiente de la voluntad del ofendido constituye un planteamiento general.

[21] Acerca del consentimiento "por representación legal" en los bienes jurídicos fundamentales *Amelung,* Einwilligung págs. 82 ss.

[22] El consentimiento en las lesiones se regula actualmente en el § 228 StGB (N del T).

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

II. El consentimiento como causa de justificación

1. La historia del consentimiento como causa de justificación se remonta muy atrás [24]. La conocida máxima jurídica "volenti non fit iniuria" conecta con el pasaje del Digesto "nulla iniuria est, quae in volentem fiat" (Dig. 47, 10 de iniur. 1 § 5). Esta proposición jurídica, en la actualidad todavía válida, significó para el *Derecho romano* que el consentimiento poseía en todos los casos de "iniuria"(infracción de derechos de la personalidad, con inclusión del cuerpo y la vida) una fuerza justificante, dado que todo ciudadano podía disponer libremente de su propio ámbito de vida. Para la *teoría del Derecho natural*, que concibió la esencia del delito en la infracción de derechos subjetivos, lo importante era dejar claro hasta qué punto el Ordenamiento jurídico concedía al ofendido la facultad de renunciar a la protección penal (*Kleinschrod, Klein, Feuerbach*). Por el contrario, los partidarios de la *Escuela histórica del Derecho (Roßhirt, Stahl)* debieron negar fundamentalmente la posibilidad de un consentimiento eficaz, pues de acuerdo con su visión el Derecho penal sólo debía servir a la comunidad. Los *hegelianos (Abegg, Köstlin, Berner, Hälschner)* regresaron en cambio al criterio de la disponibilidad del bien jurídico atacado, porque el consentimiento admisible de la voluntad subjetiva individual no se mostraba como una negación de la voluntad objetiva de la colectividad. Finalmente, la *Escuela sociológica del Derecho* vislumbró la esencia de la acción punible en la lesión del interés, por lo que sus *partidarios* negaron la antijuricidad ante la ausencia del interés del ofendido incluso en la renuncia a su propia vida *(Keßler, Pfersdorff, Graf zu Dohna)*.

2. En la **fundamentación** de la eficacia justificante del consentimiento se defienden **distintas teorías**. La *teoría del negocio jurídico* sostiene que el consentimiento del ofendido viene a ser un negocio jurídico que tiene como efecto conceder al autor un derecho revocable a la infracción; dado que el ejercicio de un derecho no puede ser antijurídico, el consentimiento también vendría a ser para el Derecho penal una causa de justificación [25]. Para una teoría posterior el consentimiento fue considerado como un signo de la *renuncia al interés* por parte del titular del bien jurídico, lo que tenía su significado en la medida en que el Ordenamiento jurídico había abandonado en él la decisión acerca de la conservación de sus bienes [26]. Asimismo, fue aceptado que con el consentimiento decaía parcialmente el *objeto de protección* pues el injusto típico también reside en la desconsideración de la voluntad del ofendido [27]. La jurisprudencia (BGH 17, 359 [360]) y la doctrina mayoritaria defienden el punto de vista en virtud del cual quien consiente, a través de la abdicación de sus intereses, *renuncia a la protección penal* [28]. Por lo demás, también es admitido un derecho consuetudinario [29].

Sin embargo, estas explicaciones no consiguen suministrar plenamente el fundamento de la fuerza justificante del consentimiento. La teoría del negocio jurídico desconoce los diferentes fines que cumplen el Derecho penal y el civil. La teoría de la renuncia al interés no explica por qué una renuncia subjetiva apoyada en móviles que con probabilidad son sumamente inmorales, puede desligar al Estado de su misión en la protección objetiva de intereses. Igualmente, la teoría de la renuncia a la protección jurídica tampoco aclara por qué

---

[24] Detalladamente sobre su historia dogmática *Honig*, Einwilligung págs. 1 ss.

[25] Así, *Zitelmann*, AcP 99 (1906) pág. 56.

[26] Así, *Honig*, Einwilligung pág. 118; *v. Hippel*, Tomo II pág. 244; *Mezger*, Lehrbuch pág. 208; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 217.

[27] Así, *Stratenwerth*, ZStW 68 (1956) pág. 43; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 39 antes del § 32; *Weigend*, ZStW 98 (1986) pág. 47.

[28] Así, *Bichlmeier*, JZ 1980, pág. 54; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 3b antes del § 32; *Geerds*, ZStW 72 (1960) pág. 43; *Lackner*, nota preliminar núm. 10 antes del § 32; *Lenckner*, ZStW 72 (1960) pág. 453; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 105 antes del § 32; *Otto*, Grundkurs pág. 115; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 33 antes del § 32; *Welzel*, Lehrbuch pág. 95; *Wessels*, Allg. Teil núm. 370.

[29] En este sentido, *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 92 antes del § 32.

la renuncia privada puede ser preferente al deber del Estado en la protección jurídica de carácter público. La idea del decaimiento parcial del injusto de resultado deja sin contestar la pregunta de por qué la lesión del objeto de la acción protegido por la disposición penal no determina el completo desvalor de resultado. Por último, la aceptación de un derecho consuetudinario no dice nada acerca de su fundamentación interna.

3. La idea determinante es de naturaleza político-jurídica [30]. La valoración subjetiva de los bienes jurídicos por el individuo es reconocida decisivamente por el Ordenamiento jurídico, debido a que el **uso sin restricciones de la libertad personal** (art. 2 I GG) como tal es considerado como un **valor social** en un Estado de Derecho liberal, que tiene que ser ponderado frente al interés de la comunidad en la preservación de los bienes jurídicos. Hasta donde alcanza la libertad del titular queda cubierta la infracción del objeto protegido, en la medida en que concurran los requisitos especiales para la eficacia del consentimiento. De ello se deriva que el consentimiento sólo se plantea en relación con bienes jurídicos individuales y que sólo merece atención cuando el que consiente es el titular único del bien jurídico afectado. Por ello no existe un consentimiento eficaz en una conducción bajo los efectos del alcohol (§ 315c I 1a) (BGH 23, 261[264]) (vid. *infra* § 34 III 5, nota a pie núm. 56), acusación falsa (§ 164) (vid. *infra* § 34 III 5), usurpación del estado civil (§ 169), falsedad electoral (§ 107a), o en un aborto (§ 218) en el que el consentimiento es sólo un requisito adicional en los supuestos de impunidad de aquél (§ 218a) [31]. Además, el consentimiento en el propio homicidio debe quedar excluido pues la vida, prescindiendo del supuesto del suicidio, no está sujeta a la libertad de decisión personal (§ 216) [32]. El consentimiento en las propias lesiones corporales sólo puede tener una eficacia limitada, pues un daño a la salud de considerables dimensiones y contrario a las buenas costumbres infringe el interés superior de la comunidad en la preservación de la integridad corporal frente a una intervención ajena (§ 226a) [33]. El § 226a [34] resulta también aplicable al consentimiento en una puesta en peligro del cuerpo e, incluso, al consentimiento en una puesta en peligro de la vida de naturaleza imprudente [35].

III. El ámbito de eficacia del consentimiento justificante

1. El consentimiento del ofendido tiene fuerza justificante en al mayoría de los **delitos contra las personas** en tanto que un Ordenamiento jurídico liberal permite que cada cual tome sus decisiones en correspondencia con los propios valores y los fines escogidos.

---

[30] En adelante, el texto sigue a *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe págs. 74 ss.; *el mismo*, ZStW 77 (1965) págs. 1 ss. Asimismo, *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 17 núm. 36; *Göbel*, Einwilligung pág. 22; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 13 A núm. 7a; *Geppert*, ZStW 83 (1971) pág. 952; *Jakobs*, Allg. Teil 7/104 (acuerdo), 14/4 (consentimiento); *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 362.

[31] Téngase en cuenta la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el aborto de 28.5.1993 (BVerG, 88, 203) que declaró inconstitucional la solución del plazo introducida por la Ley de ayuda a las embarazadas y a la familia de 27.7.1992 (BGBl. I pág. 1398), así como la nueva regulación introducida por la Ley de reforma de la ayuda a las embarazadas y a la familia de 21.8.1995 (BGBl. I pág. 1050) (N del T).

[32] Así, con razón, *Hirsch*, Welzel-Festschrift págs. 775 ss., 796 (desde una perpectiva de Derecho comparado págs. 793 ss.) en contra de *R. Schmitt*, Maurach-Festschrift págs. 117 ss.; *Marx*, Rechtsgut págs. 62 ss., 82. Asimismo, *Engisch*, H. Mayer-Festschrift págs. 412 ss.

[33] El consentimiento en las lesiones se regula actualmente en el § 228 StGB (N del T).

[34] Vid. la nota anterior (N del T).

[35] Así, con razón, *Hirsch*, Welzel-Festschrift págs. 797 ss.; *el mismo*, ZStW 83 (1971) págs. 165 ss. Acerca del significado práctico del § 226a —en contra de *Berz*, GA 1969, pág. 149 y *R. Schmitt*, SchröderGedächtnisschrift págs. 263 ss.— *Schönke/Schröder/Stree*, § 226a núms. 14 ss.

Ejemplos: El consentimiento es eficaz en las injurias (§ 185), de modo que el envío de folletos publicitarios de contenido sexual (BGH 11, 67 [72]) está justificado a través del consentimiento (OLG Stuttgart NJW 1962, pág. 62). La liberación del deber de reserva del médico por parte de su paciente justifica la difusión de un secreto de carácter privado (§ 203 I núm. 1) (RG 71, 21 [22]) [36]. La apropiación (§ 246) está justificada cuando el propietario o la persona legitimada para la disposición está de acuerdo con ello (RG 44, 41 [42]). En los delitos patrimoniales también hay que tener en cuenta que el consentimiento *de conformidad con el Derecho civil* puede tener *efectos adicionales* (vgr., como propuesta de contrato según el § 145 BGB, como oferta de transmisión de acuerdo con el § 929 BGB, como autorización de la apropiación según el § 956 BGB, todos ellos con la consecuencia de que la otra parte contratante pueda llevar a cabo por sí mismo el traspaso de la propiedad. De este modo, el arrendatario de un coto de caza tiene la facultad contractual para el ejercicio del derecho propio de caza y no actúa simplemente sobre la base de un "consentimiento" del propietario revocable en cualquier momento, así que de conformidad con el § 929 BGB existe una traslación jurídicamente fundada cuando el servicio forestal vende una partida de madera en un bosque y permite al comprador ir recogerla, lo que trae por consecuencia que la cosa deje de ser ya para él "ajena" [37]). En todos estos casos falta ya la propia tipicidad de la acción punible.

2. En el marco de los bienes jurídicos individuales la **vida** y la **integridad corporal** ocupan una **posición especial**. El consentimiento en el propio *homicidio* ejecutado a través de un hecho doloso no queda justificado. Como mínimo, el hecho permanece punible según el § 216. También el consentimiento en la *puesta en peligro dolosa de la vida* propia (por ejemplo, en el abandono de niños o personas desvalidas del § 221) carece de eficacia justificante (acerca de la puesta en peligro imprudente de la vida vid. *infra* § 56 II 3). A menudo, en las *lesiones corporales* también están en juego valores insustituibles. La salud, de forma no muy distinta a la vida, es el presupuesto básico de la mayoría de las funciones que la persona cumple en la comunidad. De ahí que, a pesar de la presencia del consentimiento, el § 226a [38] declare como antijurídica la lesión corporal consentida atenta contra las buenas costumbres [39]. No obstante, sólo deberían ser incluidas en el § 226a [40] lesiones corporales considerables, especialmente las que comportan daños permanentes [41], pues de lo contrario la consecuencia sería caer en una inoportuna moralización. En no pocas ocasiones la jurisprudencia ha sucumbido a este riesgo a través de la introducción de fines inmorales de la actividad lesiva.

Ejemplos: Fueron considerados inmorales los latigazos propinados por motivos sádicos (RG JW 1929, pág. 1015 [1017]; DR 1943, pág. 234); el castigo con una cuerda doblada como medida educativa de un entrenador (RG JW 1938, pág. 30); acciones con efectos masturbadores con fines curativos (RG 74, 91 [94]); la prescripción de opio, sin estar médicamente indicada, a un adicto (RG 77, 17 [21]) y la lesión

---

[36] Sin embargo, se muestran favorables a la exclusión misma del elemento del tipo "no autorizado" en este caso *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 203 núms. 21 ss.; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Bes. Teil I § 29 núm. 12.

[37] *Firnhaber*, Rechtsgeschäft und Einwilligung bei Vermögensdelikten págs. 18, 75; *H.-D. Weber*, Der zivilrechtliche Vertrag als Rechgertigungsgrund págs. 68 ss., 77 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 53 antes del § 32.

[38] Vid. la nota a pie núm. 33 (N del T).

[39] *Roxin*, JuS 1964, pág. 376 no considera como motivo de la restricción la naturaleza el valor insustituible del bien jurídico, sino la "desaprobación moral" del hecho. En contra, acertadamente, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 376.

[40] Vid. la nota a pie núm. 33 (N del T).

[41] Vid. *Arzt*, Willensmängel págs. 36 ss.; *LK* (10.ª) *(Hirsch)* § 226a núm. 10; demasiado limitado *SK (Horn)* 226a núm. 9 (tan sólo una lesión corporal que sea llevada a efecto con el fin de cometer un delito).

dolosa de las reglas más básicas en un campeonato de boxeo (BGH 4, 88 [92]). Por el contrario, el consentimiento en un duelo estudiantil fue considerado como justificación al entenderse que sólo existe un atentado contra las costumbres si el hecho, "de acuerdo con el sentimiento de la decencia de todos los que piensan justa y equitativamente, se muestra sin ninguna duda como un injusto criminal merecedor de pena" (BGH 4, 24 [32]). A causa de la gravedad de la intervención, es contrario a las costumbres la extracción de la totalidad de los dientes por una petición sin sentido del paciente (de otra opinión BGH NJW 1978, pág. 1206: ineficacia del consentimiento por la ausencia de capacidad de decisión) [42].

3. Un significado especial tiene el consentimiento para las intervenciones curativas y para la admisibilidad de la esterilización y castración:

a) Ya con anterioridad, la opinión dominante no consideraba la existencia de una lesión corporal típica en una **intervención curativa** practicada según la *lege artis*, incluso aunque aquélla tuviera como resultado un empeoramiento de la salud del paciente [43]. Sin embargo, para proteger el derecho de autodeterminación del paciente, la jurisprudencia (RG 25, 375; BGHSt 11, 111; 12, 379; 16, 309; BGHZ 29, 33, 46 y 176; BGH NJW 1980, pág. 1905) ha defendido hasta ahora imperturbablemente el punto de vista según el cual la intervención curativa es considerada como lesión corporal que, no obstante, estaría justificada por el consentimiento del paciente [44]. Esta insatisfactoria situación jurídica para la actividad médica cambiará cuando sea introducida una disposición penal especial relativa al tratamiento curativo arbitrario que asegure la protección jurídico-penal del derecho a la autodeterminación sobre el cuerpo (vid., por ejemplo, el § 162 E 1962 y el § 110 österr. StGB) [45].

b) En el enjuiciamiento de la **esterilización** voluntaria la BGH 20, 81 llegó a la conclusión de que por ahora no existía un precepto penal que abarcara estos casos. Quien no comparte esta visión [46] debe admitir, a pesar de ello, que la absolución fue adecuada debido a que la contrariedad a las buenas costumbres de un hecho no puede ser determinada según la concepción de grupos individuales, sino sólo sobre la base de la conciencia moral de la gran mayoría de la población [47]. En cualquier caso, para la justificación de la esterilización resulta decisivo el § 226 a [48] [49]. También el seccionamiento de los órganos sexuales (**castra-**

---

[42] De la misma opinión que aquí, *Bichlmeier*, JZ 1980, pág. 53; *Jakobs*, Allg. Teil 14/9; en el mismo sentido que el BGH *Amelung*, ZStW 104 (1992) pág. 548. En contra, *Roxin*, Allg. Teil I § 13 núms. 58 ss. con referencias bibliográficas en nota a pie núm. 88.

[43] *Engisch*, ZStW 58 (1939) pág. 5; *el mismo*, Die rechtliche Bedeutung pág. 20; *Eb. Schmidt*, Gutachten zum 44. DJT pág. 21; *Kohlrausch/Lange*, pág. 223 anotación III; *Bockelmann*, Strafrecht des Arztes págs. 62 ss.; *Welzel*, Lehrbuch pág. 96; *LK (Hirsch)* nota preliminar núms. 3 ss. antes del § 223 con numerosas referencias (en relación con las concepciones modificadoras núm. 4).

[44] Asimismo, *Baumann*, NJW 1958, pág. 2094; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 183; *Schwalm*, Bockelmann-Festschrift pág. 539. Mostrando sus dudas *Dreher/Tröndle*, § 223 núm. 9b; *Hirsch*, Tröndle-Festschrift pág. 34; *Lackner*, § 223 núm. 8. En el empeoramiento de la salud también *Rudolphi*, JR 1975, págs. 512 ss.

[45] Al respecto vid. *Wilts*, MDR 1970, pág. 971; 1971, págs. 4, 92; *Schönke/Schröder/Eser*, § 223 núm. 31; *Eser*, ZStW 97 (1985) págs. 4 ss.; *v. Gerlach*, Ärztliche Aufklärungspflicht pág. 30; también en cuanto al resultado *SK (Horn)* § 223 núms. 35 ss.

[46] Vid. la convincente crítica de *Engisch*, Kritische Bemerkungen págs. 10 ss.; *Hanack*, JZ 1965, págs. 221 ss.

[47] *Engisch*, H. Mayer-Festschrift pág. 400; *Roxin*, JuS 1964, pág. 379. Restringidamente *Hanack*, JZ 1964, págs. 400 ss.

[48] En profundidad acerca de la situación jurídica actual *LK* (10.ª) *(Hirsch)* § 226a núms. 39 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 223 núms. 59 ss.; en núm. 62 niegan la capacidad de raciocinio cuando se practica sobre personas jóvenes en atención a la gravedad e irreversibilidad de la intervención.

[49] Vid. la nota a pie núm. 33 (N del T).

ción) es admisible con el consentimiento del afectado, siempre que se cumplan los requisitos impuestos por los §§ 2 y 3 de la Ley sobre Castración Voluntaria de 15.8.1969 (BGBl. I pág. 1143) [50].

c) En relación con el consentimiento en las **lesiones deportivas** vid. *infra* § 56 II 3.

4. Una parte de la doctrina científica quiere aplicar el § 226a [51] *a todas las clases de consentimiento* [52], algo frente a lo que se erigen *objeciones de importancia* pues la libertad de decisión del ofendido sólo debe ser limitada allí donde el legislador lo ha ordenado expresamente [53]. El consentimiento como causa de justificación se relativizaría de un modo difícilmente defendible en un Estado de Derecho mediante la aplicación del correctivo de las buenas costumbres, y sometería a los titulares de bienes jurídicos a una inadecuada tutela estatal.

5. No puede existir un consentimiento eficaz del individuo en un ataque a los **bienes jurídicos de la colectividad**, puesto que su facultad de disposición no se refiere a los mismos. Tan sólo es una excepción aparente la posibilidad de un consentimiento suministrado por instituciones competentes en la protección constitucional respecto de acciones que típicamente suponen delitos de peligro del Derecho penal político [54], pues aquí no se trata de particulares sino de autoridades competentes en la protección del Estado que poseen una facultad permisiva dentro de unos márgenes estrechos. En atención al bien jurídico protegido están privados del consentimiento, verbigracia, los delitos de expresión (§§ 153 ss.), la bigamia (§ 171 [55]) y los delitos sexuales (§§ 174 ss.) (BGH 7, 312), en tanto que por medio de la conformidad de la otra parte no decae el tipo penal. Asimismo, en los delitos contra la colectividad que por sus consecuencias también afectan concretamente a los individuos, la jurisprudencia ha negado por regla general la eficacia del consentimiento.

Ejemplos: En los delitos de riesgo colectivo el consentimiento del ofendido no afecta a la antijuricidad (BGH 6, 232 [234]). Prescindiendo de la posibilidad que tiene el ofendido de acuerdo con el § 165 de que se publique o no la sentencia condenatoria, para la punibilidad de la acusación falsa (§ 164) carece de trascendencia el consentimiento del afectado (BGH 5, 66 [68 ss.]; BGH JR 1965, pág. 306). La toma de rehenes (§ 239b) no se justifica por el hecho de que el representante legal de la víctima apruebe la comisión del hecho (BGH 26, 70 [73]). El consentimiento en su propia puesta en peligro del acompañante de quien carece de aptitudes para conducir un automóvil no excluye la antijuricidad del hecho previsto en el § 315c I núm. 1a, pues en el peligro para la seguridad del tráfico estamos ante disposicio-

---

50 Sobre ello vid. más detenidamente *LK* (10.ª) *(Hirsch)* § 226a núm. 42; *Schönke/Schröder/Eser,* § 223 núms. 55 ss. Acerca de la situación jurídica anterior BGH 19, 201.

51 Vid. la nota a pie núm. 33 (N del T).

52 Así, *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 328; *Jakobs,* Allg. Teil 14/9; H. *Mayer,* Lehrbuch pág. 167; *Welzel,* Lehrbuch pág. 97.

53 En el mismo sentido del texto *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 37 antes del § 32 y *Haft,* Allg. Teil pág. 110 (prescindieendo de las lesiones al honor contrarias a la dignidad de la persona en las que el consentimiento es ya nulo); *Eser/Burkhardt,* Strafrecht I núm. 13 A núm. 27; *LK* (10.ª) *(Hirsch)* § 226a núm. 1; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 17 núm. 65; *Roxin,* Allg. Teil I § 13 núm. 41; *Noll,* ZStW 77 (1965) pág. 21; *Arzt,* Willensmängel págs. 36 ss. nota a pie núm. 49; *Zipf,* Einwilligung und Risikoübemahme pág. 35; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 377; *Kientzy,* Der Mangel am Straftatbestand págs. 96 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núm. 377. *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 272 pretende extender el § 226a sólo a las detenciones ilegales. Acerca de la constitucionalidad del § 226a *LK* (10.ª) *(Hirsch)* § 226a núm. 2 (afirmando la necesidad de reforma). Incorrectamente a favor del carácter superfluo del § 226a *Schmitt,* Schröder-Gedächtnisschrift págs. 263 ss.

54 Vid. *Goldmann,* Behördliche Genehmigung págs. 218 ss.; *Roxin,* Allg. Teil I § 13 núm. 31.

55 El delito de bigamia se regula actualmente en el § 172 StGB (N del T).

nes penales destinadas a la protección de la colectividad (BGH 23, 261 [264]) [56]. Inatendible resulta también el consentimiento en una infracción administrativa de acuerdo con el § 1 II StVO (OLG Frankfurt DAR 1965, pág. 217), así como en una lesión corporal vinculada con el ejercicio de funciones públicas (BGH 32, 357 [359]) [57].

IV. Los requisitos de la declaración del consentimiento

1. El consentimiento no constituye una *declaración de voluntad de carácter negocial* en el sentido de los §§ 104 ss. BGB. De ahí que no importe la capacidad negocial que posea el ofendido (BGHZ 29, 36). Y mucho menos posee en Derecho penal fuerza justificante una posible aprobación *posterior* realizada conforme al Derecho civil (§ 184 BGB). Más bien, el consentimiento debe referirse a un hacer u omisión *futuros* de una persona determinada (BGH 7, 294 [295]; 17, 359 [360]). El consentimiento tampoco es una *acción jurídica* en el sentido del Derecho civil que pueda ser tratada parcialmente por analogía a la declaración de voluntad [58], pues en Derecho penal no se trata de la protección de un menor de edad ni de la tutela del tráfico jurídico, sino sólo de la cuestión relativa al merecimiento de pena de una acción a pesar de la presencia de la conformidad del ofendido. Aquí se trata, pues, de una **figura jurídica autónoma del Derecho penal** [59] en la que los requisitos para su eficacia tan sólo se determinan dependiendo de si la aprobación del ataque al objeto de la acción protegido es expresión de la libertad personal de decisión del titular del bien jurídico reconocida por el Ordenamiento.

2. Se ha forjado una opinión mayoritaria en relación con la cuestión de hasta qué punto el consentimiento debe ser exteriorizado. Mientras que con anterioridad la **teoría de la declaración de voluntad** [60] precisaba que el consentimiento debía ser declarado exteriormente como si de un negocio jurídico se tratara, y la **teoría de la dirección de la voluntad** [61] en una dirección

---

[56] De acuerdo, *Lackner,* Das konkrete Gefährdungsdelikt pág. 12; *LK* (10.ª) *(Rüth)* § 315c núm. 61; *Schaffstein,* Welzel-Festschrift pág. 574; *Dreher/Tröndle,* § 315c núm. 17. En contra, *Roxin,* Allg. Teil I § 13 núm. 33; *SK (Horn)* § 315c núm. 22; *Langrock,* MDR 1970, pág. 982; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 315c núm. 36. Con una visión diferenciadora *Geppert,* ZStW 83 (1971) pág. 986.

[57] Acerca de la admisibilidad del consentimiento en los delitos de funcionarios *Amelung,* Dünnebier-Festsschrift págs. 487 ss.; *Roxin,* Allg. Teil I § 13 núm. 34 (vgr., el soldado como donante de sangre).

[58] Por el contrario, *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núm. 3b antes del § 32; *Jakobs,* Allg. Teil 7/114; *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 324; *Traeger,* GS 94 (1927) pág. 149; *Lenckner,* ZStW 72 (1960) pág. 456; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 39 antes del § 32; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 41 antes del § 32, exigen *capacidad negocial* en la medida en que se trate de la lesión de derechos patrimoniales (vgr., §§ 266, 246, 303), mientras que cuando se trata de bienes jurídicos personalísimos (integridad corporal, esfera de reserva) debe bastar con la capacidad de raciocinio y juicio natural. El fundamento vinculado con el principio de la unidad del Ordenamiento jurídico no resulta convincente, pues la eficacia de los contratos puede ser determinada de acuerdo con reglas distintas al merecimiento de pena de la intervención en el patrimonio ajeno. Como en el texto principal *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 380.

[59] Así, *Blei,* Allg. Teil pág. 135; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 103; *Lackner,* nota preliminar núm. 16 antes del 32; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 118 antes del § 32; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 17 núm. 57; *Kohlrausch/Lange,* nota preliminar II 3b antes del § 51; *Wessels,* Allg. Teil núm. 375; *Preisendanz,* nota preliminar 4b bb antes del § 32.

[60] Así, *Zitelmann,* AcP 99 (1906) págs. 51 ss.

[61] Así, *Noll,* Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe pág. 134; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 42 antes del § 32; *Jakobs,* Allg. Teil 7/115; *Mezger,* Lehrbuch pág. 209; *Sauer,* Allg. Strafrechtslehre pág. 136; *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 278 ss.

opuesta se conformaba con la mera aprobación interior del ofendido, en la actualidad se exige que el consentimiento debe ser manifestado externamente de un modo inequívocamente reconocible, sin que sean aplicables las reglas del Derecho civil relativas a la declaración de voluntad (capacidad negocial, vicios del consentimiento, recepción) (**teoría ecléctica o conciliadora**) [62].

3. El *objeto del consentimiento* es la acción *y* el resultado típico, siempre en la medida en que en el momento en que se presta aquél ya sea previsible este último (vid., sin embargo, en relación con el consentimiento en la puesta en peligro imprudente del cuerpo *infra* § 56 II 3) [63].

4. El titular del bien jurídico debe, sobre todo, poseer una **capacidad de razonamiento y juicio natural** para poder calcular en esencia el significado de la renuncia al interés protegido y el alcance del hecho (RG 41, 392 [394]; BGH 4, 88 [92]; 12, 379 [383]; 23, 1 [4]; demasiado restringida BGH NJW 1979, pág. 1206) [64]. Si en los menores de edad o enfermos mentales falta la capacidad natural de raciocinio, entonces es el representante legal encargado de su cuidado quien tiene el derecho y, en su caso, el deber de prestar el consentimiento (BGH 12, 379 [383]) [65].

5. Asimismo, el consentimiento debe estar libre de **vicios de la voluntad** (engaño, error y violencia) (BGH 4, 113 [118]) [66]. Pero no basta con un simple error en los motivos para hacer ineficaz el consentimiento (OLG Stuttgart NJW 1962, pág. 62); igualmente, el error acerca de la conformidad de quien va a ser sometido a una intervención curativa puede carecer de significado en supuestos de escasa trascendencia (BGH 16, 309 [311]; caso distinto es la obtención

---

[62] En este sentido camina la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria; vid. BGH 17, 360; BayObLG NJW 1968, 665; OLG Celle MDR 1969, pág. 69; *Baumann/Weber,* Allg. Teil págs. 322 ss.; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 103; *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núm. 3b antes del § 32; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 111 antes del § 32; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 17 núm. 62; *Roxin,* Allg. Teil I § 13 núm. 42; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 43 antes del § 32; *Wessels,* Allg. Teil núm. 378; *Welzel,* Lehrbuch pág. 97.

[63] Acerca de la discusión sobre la pregunta relativa a si el consentimiento se refiere a la acción, al resultado o a ambos, *Schrey,* Der Gegenstand der Einwilligung págs. 26 ss. Sostiene que sólo debe referirse al resultado *Zipf,* Einwilligung und Risikoübernahme pág. 22. Con una solución intermedia *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 17 núm. 55. En el sentido del texto *Roxin,* Allg. Teil I § 13 núm. 49.

[64] La doctrina mayoritaria también camina en esta dirección; vid. *Amelung,* ZStW 104 (1992) págs. 525 ss., 821sss.; *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 324; *Blei,* Allg. Teil pág. 135; *Lackner,* nota preliminar núm. 16 antes del § 32; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 118 antes del § 32; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 17 núm. 57; *Jakobs,* Allg. Teil 7/114; *Noll,* Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe pág. 127; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 379.

[65] Si el menor de edad posee por sí mismo capacidad para consentir, entonces en Derecho penal no se requiere la aprobación de su representante legal; en caso de *contradicción* entre uno y otro prevalece el del menor, vid. *Boehmer,* MDR 1959, pág. 707; *Lenckner,* ZStW 72 (1960) pág. 456; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 42 antes del § 32 (fuera de las decisiones manifiestamente equivocadas; al respecto, de otra opinión, *Jakobs,* Allg. Teil 7/114 nota a pie núm. 176). En el caso de que, contrariamente a su deber, el representante legal rehúse prestar su necesario consentimiento en una operación, puede recurrirse al Tribunal Tutelar con la finalidad de nombrar un tutor de acuerdo con los §§ 1666, 1909 BGB. Si por la perentoriedad de la medida curativa ello no resulta posible, entonces nos encontramos ante un estado de necesidad *justificante* (§ 34) pues la vida y la salud del niño prevalecen sobre la libertad de decisión del cuidador irrazonable. A pesar de que para estos casos está regulado legalmente un procedimiento, resulta aplicable el § 34 al existir un peligro inmediato para la vida o la salud (vid. también *supra* § 33 IV 3d). El consentimiento de uno sólo de los padres sólo es admisible en casos excepcionales (BGH JZ 1989, pág. 93).

[66] Acerca del consentimiento de personas sin libertad *Amelung,* ZStW 95 (1983) págs. 1 ss.

capciosa del consentimiento a través de engaño, BGH JR 1988, pág. 122). Tampoco un error en la declaración hace ineficaz el consentimiento puesto que en este caso la mayor parte de la culpabilidad dolosa del autor será excluida por el error correspondiente. Por el contrario, el engaño y el error que afectan a la dimensión y clase de menoscabo del objeto de la acción determinan la ineficacia del consentimiento, porque entonces éste no cubre la intervención del autor en la esfera jurídica del afectado (BGH 32, 267 [269 ss.]; OLG Stuttgart NJW 1982, pág. 2266) [67]. La ineficacia se extenderá también a aquellas hipótesis en las que el afectado, como consecuencia de un error o de un engaño, no consigue la finalidad altruista del sacrificio de su bien jurídico o se equivoca en cuanto al sentido del consentimiento para evitar un daño propio o ajeno; tanto en uno como en otro caso el consentimiento no es expresión de su autonomía [68]. En relación con la *amenaza*, ésta debe contener un mal de considerable importancia [69]. El consentimiento es revocable libremente y además no se requiere una impugnación del mismo en el sentido del Derecho civil. Irrelevante es, finalmente, si el consentimiento mismo atenta contra una prohibición legal o contra las buenas costumbres porque los §§ 134, 138 BGB son tan inaplicables al consentimiento como el resto de las disposiciones del Derecho civil relativas a la declaración de voluntad (RG 74, 91 [95]; RG DR 1943, pág. 234; BGH 4, 88 [91]) [70]. No obstante, en la práctica la contrariedad a las costumbres del hecho (§ 226a [71]) y del consentimiento son difíciles de separar.

Ejemplo: La prescripción de sustancias estupefacientes que no se encuentra médicamente fundada y llevada a cabo por la petición de un adicto es contraria a las costumbres y, por ello, punible a pesar de la presencia del consentimiento (§§ 223, 226a [72]; RG 77, 17 [21]). Asimismo, el consentimiento aquí también podría ser ineficaz por la falta de capacidad de raciocinio del paciente (pág. 20).

V. El conocimiento del consentimiento por el autor

Como en todas las causas de justificación también en el consentimiento debe concurrir el elemento subjetivo de justificación. En el sentido de la teoría ecléctica o conciliadora (vid. *supra*

---

[67] *Arzt*, Willensmängel págs. 20, 30 habla con acierto en este sentido de "engaño referido al bien jurídico" y de "error relativo al bien jurídico". Asimismo, *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 13 A núms. 15 ss.; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe pág. 131; *Rudolphi*, ZStW 86 (1974) pág. 82; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 46 antes del § 32; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 43 antes del § 32; *Jakobs*, Allg. Teil 7/118; *Kußmann*, Einwilligung págs. 340 ss.; *Roxin*, Noll-Gedächtnisschrift págs. 275 ss.; *Schlehofer*, Einwilligung págs. 82 ss.; *M.-K Meyer*, Ausschluß der Autonomie pág. 182. La tesis dominante va todavía más lejos (*cualquier* vicio de la voluntad); vid. *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 106; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 3b antes del § 32; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 119 antes del § 32; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 17 núm. 59.

[68] Así, *Roxin*, Noll-Gedächtnisschrift págs. 285 ss.

[69] Vid. *Arzt*, Willensmängel pág. 35; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 120 antes del § 32; *Roxin*, Allg. Teil I § 13 núm. 78; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 48 antes del § 32; *Wessels*, Allg. Teil núm. 376.

[70] La cuestión resulta discutida en la literatura; en el mismo sentido que aquí, *Berz*, GA 1969, pág. 70; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 13 A núm. 25; *LK* (10.ª) *(Hirsch)* § 226a núm. 7; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 17 núm. 67; *Kohlrausch/Lange*, § 226a anotación III; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 38 antes del § 32; *Welzel*, Lehrbuch pág. 96. Con otro criterio *Amelung*, Einwilligung págs. 56 ss.; *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 327 ss.; *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 167; *Geerds*, GA 1954, pág. 268.

[71] Vid. la nota a pie núm. 33 (N del T).

[72] Vid. la nota a pie núm. 33 (N del T).

§ 34 IV 2), el autor debe haber actuado **con conocimiento y sobre la base** del consentimiento de la víctima [73]. La cuestión de cómo resolver la falta de este conocimiento es objeto de discusión. En este caso lo correcto es aplicar las reglas correspondientes a la tentativa puesto que mediante el consentimiento realmente suministrado desaparece el injusto de resultado y permanece el de acción (vid. *supra* § 31 IV 2) [74].

Ejemplo: Tras un baile de carnaval el sobrino empeña el reloj de oro de su tío, de quien lo había recibido como un simple préstamo para su disfraz como "capitalista rico". A su vuelta a casa el sobrino encuentra una carta de su tío regalándole el reloj en cuestión. El sobrino es punible por una tentativa de apropiación indebida (§§ 246, 22).

VI. Derecho extranjero

En el *extranjero* la cuestión del consentimiento del ofendido como causa de justificación es abordada de diferente modo. La doctrina *austríaca* admite el consentimiento con la misma extensión que la alemana [75]. El StGB regula el consentimiento en las lesiones en el § 90 I (al igual que el § 226a [76] del StGB alemán) y la esterilización en el § 90 II, como causas de justificación. El Derecho *suizo*, desde su concepción liberal básica, fue ya más lejos con anterioridad [77]. En *Francia*, a causa del carácter jurídico-público del Derecho penal y del principio de "légalité des excuses" recogido en el (anterior) art. 65 C.p., el consentimiento sólo es admitido cuando se encuentra en un texto legal o cuando el caso puede ser equiparado a una "autorisation légale" [78]. Lógicamente, también conoce los supuestos del acuerdo que excluye la tipicidad [79]. Al igual que el Derecho anterior, el Código penal de 1994 no contiene ninguna regulación sobre el consentimiento. El Derecho *belga* coincide con el francés [80]. La doctrina *española* trata el consentimiento como

---

[73] Así, *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 104; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 140 antes del § 32; *Wessels*, Allg. Teil núm. 379. Con otro criterio (simple conocimiento) *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 51 antes del § 32; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 47 antes del § 32. *Gallas*, Bockelmann-Festschrift pág. 174, niega el elemento subjetivo en el consentimiento sobre la base de que los presupuestos objetivos "residen aquí exclusivamente en el ámbito de eficacia del ofendido"; asimismo, *Roxin*, Allg. Teil I § 13 núm. 46.

[74] Como aquí, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 329; *Sauer*, Allg. Strafrechtslehre pág. 137; *Blei*, Allg. Teil págs. 136 ss.; *Frisch*, Lackner-Festschrift págs. 138 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 15 antes del § 32; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 494; *Wessels*, Allg. Teil núm. 379; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 278; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 25 núm. 34; *Lackner*, § 22 núm. 16. A favor de la consumación, por el contrario, *Dreher/Tröndle*, § 16 núm. 28; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 59 antes del § 32. Favorable al error de tipo en el sentido del § 16 *Roxin*, Allg. Teil I § 13 núm. 83.

[75] Vid. *Rittler*, Tomo I págs. 150 ss.; *WK (Nowakowski)* anotación posterior núms. 33 ss. al § 3; *Triffterer*, Allg. Teil págs. 239 ss.; *Leukauf/Steininger*, § 3 núms. 34 ss.; *Zipf*, ÖJZ 1977, págs. 379 ss.

[76] Vid. la nota a pie núm. 33 (N del T).

[77] Así, *Hafter*, Allg. Teil pág. 170 quiso admitir el consentimiento en las lesiones corporales sin limitación alguna. Ahora se muestra en contra, desde luego, la opinión mayoritaria; vid. *Stratenwerth*, Schweiz. Strafrecht, Allg. Teil I págs. 189 ss.; *Noll/Trechsel*, Allg. Teil I pág. 126; *Rehberg*, Strafrecht págs. 149 ss.; *Graven*, L'infraction pág. 148; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe pág. 83; *Schultz*, Einführung I pág. 168 (con carácter general el consentimiento es considerado como causa de justificación). Vid. también *Haefliger*, SchwZStr 67 (1952) pág. 99.

[78] Vid. *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal général núms. 357 ss.; *Merle/Vitu*, Traité I núm. 446; *Jeandidier*, Droit pénal général núm. 252.

[79] *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal général núms. 358 ss.; *Merle/Vitu*, Traité I núm. 447.

[80] *Tulkens/van de Kerkhove*, Introduction págs. 217 ss.; *Dupont/Verstraeten*, Handboek núms. 392 ss.

causa de justificación, pero también distingue los casos en los que existe un acuerdo; todo ello es considerado como un problema interpretativo [81] [82]. En los *Países Bajos* se subraya el carácter público del Derecho penal y, de acuerdo con la naturaleza del consentimiento, aparece como una excepción [83]. La doctrina *italiana* reconoce el consentimiento sobre la base del art. 50 C.p., aproximadamente en la misma extensión que la alemana [84]. Por el contrario, el Derecho *norteamericano* enfatiza la primacía de la "public morals" y de la "public peace" frente a la libertad de decisión de carácter individual [85]. En el Derecho *inglés* son discutidos sobre todo casos concretos que gozan de cierta similitud con una teoría general [86]. El Derecho *brasileño* ha desarrollado para el consentimiento estructuras parecidas a las de Alemania, pero su Código penal no contiene ninguna regulación sobre la materia [87].

VII. El consentimiento presunto

Ahrens, Geschäftsführung ohne Auftrag als Strafausschließungsgrund, Diss. Göttingen 1909; *Arndt*, Die mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund Strafr. Abh. Heft 268, 1929; *Eichler*, Handeln im Interesse des Verletzten als Rechtfertigungsgrund, Strafr. Abh. Heft 284, 1931; *Geppert*, Anmerkung zu BGH 35, 246, JZ 1988, pág. 1024; *Hegler*, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915) pág. 19; *v. Hippel*, Die Bedeutung der Geschäftsführung ohne Auftrag im Strafrecht, RG-Festgabe, Tomo V, 1929, pág. 1; *Hoyer*, Anmerkung zu BGH 35, 246, StV 1989, pág. 245; *Lenckner*, Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 165; *Mezger*, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924) pág. 207; *Müller-Dietz*, Mutmaßliche Einwilligung und Operationserweiterung, JuS 1989, pág. 280; *Roxin*, Über die mutmaßliche Einwilligung, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 447; *Rudolphi*, Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, Gedächtnisschrift für H. Schröder, 1978, pág. 73; *Tiedemann*, Die mutmaßliche Einwilligung, insbesondere bei Unterschlagung amtlicher Gelder, JuS 1970, pág. 108; *Unger*, Die Zueignung von Geld usw., 1973; *Voltz*, Die Züchtigung fremder Kinder und die Versuche ihrer Rechtfertigung, ZStW 50 (1930) pág. 339; *Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970.

Vid., además, la información bibliográfica anterior al § 34

1. El consentimiento presunto es una **causa de justificación *sui generis*** que, no obstante,

---

[81] *Mir Puig*, Adiciones Tomo I págs. 529 ss.; *Cerezo Mir*, El consentimiento págs. 208 ss.; *Casas Barquero*, El consentimiento, 1987.

[82] A diferencia del texto punitivo de 1973, el art. 155 del C.p. de 1995 reconoce novedosamente un importante efecto atenuatorio (rebaja en uno o dos grados de la pena) del consentimiento en los delitos de lesiones, siempre que se trate de un consentimiento válido, libre, espontáneo y expresamente emitido. Asimismo, el art. 156 recoge los efectos eximentes del consentimiento para los supuestos de trasplante de órganos, esterilización y cirugía transexual (N del T).

[83] *Pompe*, Handboek págs. 10 ss. Profundizando sobre la cuestión y en el sentido del texto *Hazewinkel/Suringa/Remmelink*, Inleiding págs. 352 ss. Acerca del Derecho penal sudafricano vid. *S. A. Strauss*, Aspekte van die begrip "toestemning", 1963.

[84] Una extensa exposición puede encontrarse ahora en *Riz*, Il consenso dell'avente diritto, 1979; *Bettiol/Pettoello Mantovani* Diritto penale págs. 400 ss.; *Romano*, Commentario, Art. 50 núm. 1 (causa de justificación), núm. 5 (alcance), núm. 6 (fundamentación en el mismo sentido del texto).

[85] Vid. *Honig*, Das amerikanische Strafrecht pág. 166; *Hall*, General Principles pág. 232; *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 687 ss.; *Robinson*, Criminal Law Defenses Tomo I págs. 307 ss., quien diferencia tres clases de conformidad por parte del ofendido.

[86] Vid. *Glanville Williams*, Criminal Law págs. 770 ss.; *el mismo*, CrimLRev 74 (1962) págs. 154 ss.; *el mismo*, Textbook págs. 549 ss.; *Kenny/Turner*, Outlines págs. 208 ss.; *Rubinstein*, The Victim's Consent págs. 193 ss.

[87] *Fragoso*, Lições págs. 199 ss.

conecta con la posibilidad de prestación del consentimiento por parte del titular del bien jurídico [88]. Aquí nos encontramos ante un consentimiento que aunque de acuerdo con las circunstancias podría ser prestado eficazmente, sin embargo o no existe o no puede ser recabado a tiempo porque el titular del bien jurídico o, en su caso, su representante legal, no está localizable o está inconsciente y necesitado de un tratamiento médico urgente; con estos presupuestos, existen casos en los que desde una *valoración objetiva ex ante* de todas las circunstancias la prestación del consentimiento por parte del interesado habría tenido lugar con toda seguridad (RG 61, 242 [256]; BGH 16, 309 [312]; OLG Frankfurt MDR 1970, pág. 694) [89]. También es equiparable el supuesto en el que el propio titular del bien jurídico habría renunciado con seguridad a ser consultado (OLG Hamburg NJW 1960, pág. 1482) [90].

Ejemplos: En el internamiento hospitalario de una persona inconsciente gravemente herida, puede llevarse a cabo una intervención inmediata sin el consentimiento del paciente por motivos sanitarios siempre que pueda aceptarse que él mismo habría consentido de conocer tales circunstancias (vid. RG 25, 375 [381 ss.], donde sin embargo se planteó el caso contrario). Del mismo modo, en el aborto terapéutico donde según el § 218 a II [91] se precisa el consentimiento real de la mujer, es suficiente con su consentimiento presunto cuando, por ejemplo, a causa de su inconsciencia aquél no puede ser recabado (RG 61, 242 [256]). El causante de unos daños en la carrocería a un automóvil aparcado puede, en lugar de esperar en el lugar del accidente (§ 142), ir a buscar personalmente a la persona afectada por los daños con la que mantiene

---

[88] El desarrollo de esta teoría se debe especialmente a *Mezger*, GS 89 (1924) págs. 287 ss. y Lehrbuch págs. 218 ss. *Günther*, Strafrechtswidrigkeit págs. 351 ss. acepta tan sólo una causa de exclusión del injusto penal. Por el contrario, *Roxin*, Welzel-Festschrift pág. 448 y Allg. Teil I § 18 núm. 8 se decanta con acierto a favor de "una causa de justificación autónoma". Igualmente, BGH 35, 246 (249) con comentario de *Geppert*, JZ 1988, pág. 1025, así como *Hoyer*, StV 1989, pág. 245; *Hruschka*, Dreher-Festschrift pág. 204; *LK* (11.ª)*(Hirsch)* nota preliminar núm. 129 antes del § 32; *Müller-Dietz*, JuS 1989, pág. 281; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 18 núm. 4 (de otra opinión todavía *Zipf*, Einwilligung pág. 55 [adecuación social]); *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núm. 54 antes del § 32.

[89] Así se manifiesta la doctrina mayoritaria; vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 332 ss.; *Blei*, Allg. Teil pág. 138; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 4 antes del § 32; *Lackner*, nota preliminar núm. 21 antes del § 32; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 129 antes del § 32; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 28 núms. 13 ss.; *Roxin*, Welzel-Festschrift pág. 448; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 54 antes del § 32; *WK (Nowakowski)* nota posterior núm. 39 al § 3; *Wessels*, Allg. Teil núms. 381 ss. Aceptándolo como un supuesto específico del estado de necesidad justificante *Arndt*, Mutmaßliche Einwilligung págs. 67 ss.; *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 168; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 317; *Welzel*, Lehrbuch pág. 92, pero sin razón pues aquí lo importante es la voluntad aquiescente del titular del bien jurídico, tal y como se habría mostrado ante el análisis de la situación fáctica, incluso aunque el resultado de la ponderación de intereses estuviera en contra de tal voluntad (en este sentido también *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 106).

[90] Así, *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núm. 54 antes del § 32; *Tiedemann*, JuS 1970, pág. 109. Con otro criterio LSG Celle NJW 1980, pág. 1352; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 136 antes del § 32; *Roxin*, Welzel-Festschrift pág. 461; *el mismo*, Allg. Teil I § 18 núm. 10; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 50 antes del § 32. En contra del caso resuelto por la BGH 35, 246, tendría que haberse recabado la aprobación de la paciente pues no existía peligro vital y tenía que haber sido ella quien escogiera entre asumir el riesgo de un nuevo embarazo o renunciar a su capacidad reproductiva (asimismo, *Müller-Dietz*, JuS 1989, pág. 280; *Hoyer*, StV 1989, pág. 245).

[91] Téngase en cuenta la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el aborto de 28.5.1993 (BVerGE, 88, 203) que declaró inconstitucional la solución del plazo introducida por la Ley de ayuda a las embarazadas y a la familia de 27.7.1992 (BGBl. I pág. 1398), así como la nueva regulación introducida por la Ley de reforma de la ayuda a las embarazadas y a la familia de 21.8.1995 (BGBl. I pág. 1050) (N del T).

una relación de amistad (BayObLG JZ 1983, pág. 268). Sin embargo, en el ocasionamiento de unos daños materiales de considerable importancia no basta una mera y superficial relación personal para aceptar el consentimiento presunto de un alejamiento del lugar del accidente (OLG Koblenz VRS 57, 13).

Hay que distinguir *dos grupos de casos* en los que se plantea el consentimiento presunto [92].

a) Por un lado, puede tratarse de **conflictos internos de intereses y bienes** en el ámbito de la vida del ofendido que deben ser solucionados por una intervención exterior que tiene lugar en un sentido concreto, al no poder ser tomada a tiempo una decisión propia. Este supuesto es cercano al estado de necesidad justificante (en su modalidad de auxilio necesario) porque aquí también hay que ponderar si uno de los intereses prevalece esencialmente sobre el otro. La diferencia reside en que los intereses implicados corresponden a la misma persona, en que por parte de un tercero en *sí* mismo no facultado para ello debe hacer la elección, y en que siempre resulta decisiva la voluntad presunta del titular del bien jurídico.

Ejemplos: El médico lleva a cabo una amputación (§ 224 [93]) inaplazable que salva la vida a un paciente en estado inconsciente e internado con graves heridas. La esposa abre una carta enviada por Hacienda a su marido ausente durante mucho tiempo para evitar que expire un plazo importante (§ 202). Alguien se introduce en la casa de un vecino que se encuentra de viaje para impermeabilizar una tubería defectuosa (§ 123). Vid., asimismo, el caso resuelto por la RG 60, 117 (120).

b) Por otro lado, puede también darse el caso de que sea presumible por parte del afectado la **renuncia a sus propios intereses en beneficio del autor o de un tercero**. En esta situación la presunción descansa o bien sobre la conformidad del titular del bien jurídico por el escaso interés en la conservación del bien afectado, o bien sobre la existencia de motivos especiales relativos a la persona implicada [94].

Ejemplos: Algunos jóvenes recogen frutas caídas de árboles ajenos (§ 248a) en un año de rica cosecha. Alguien utiliza la bicicleta aparcada de un amigo (§ 248b) para no perder un tren importante. La empleada de hogar regala a un mendigo el traje desgastado del dueño de la casa (§ 242) [95]. En la producción de unos daños de escasa consideración a un automóvil aparcado, el conductor responsable deja sólo su dirección sin esperar en el lugar del accidente (§ 142). Vid. también el caso comentado anteriormente resuelto por la BayObLG JZ 1983, pág. 268.

2. La eficacia justificante del consentimiento presunto descansa sobre una combinación de tres puntos de vista: en primer lugar, debe tener lugar una **ponderación de intereses** en el sentido del ofendido, en segundo lugar, debe ser realizada una presunción objetiva acerca de cuál habría sido la **resolución más probable** de haber conocido aquél la situación y, finalmente, hay que recurrir a la idea del **riesgo permitido**, de lo que se deriva sobre todo el deber de realizar un examen minucioso (vid. *infra* § 36 I 1) [96]. Los dos primeros criterios mencionados no son inde-

---

[92] Asimismo, *Blei*, Allg. Teil pág. 139; *Roxin*, Welzel-Festschrift pág. 464; *SK (Samson)* nota preliminar n. 48 antes del § 32.

[93] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 226 I 2 (N del T).

[94] Para este segundo grupo de casos *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 318 rechaza la justificación.

[95] Si existiera la aprobación del titular del bien jurídico estaríamos en presencia de supuestos de acuerdo ("Einverständnis") que excluyen ya el propio tipo penal (vid. *supra* § 34 I 1b). Sin embargo, en el consentimiento presunto no hay que hacer una diferenciación de este tipo, pues el acuerdo debe existir realmente y no puede sólo presumirse.

[96] Así, *Leckner*, H. Mayer-Festschrift pág. 181; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 28 núms. 15 ss.; *Roxin*, Welzel-Festschrift pág. 453; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 58 antes del § 32; *Wessels*, Allg. Teil núm. 381.

pendientes entre sí sino que muestran una relación recíproca. Por lo general, de la ponderación de intereses se deriva el dato de si hubiera cabido esperar el consentimiento del ofendido; pero de su particularidad subjetiva también puede deducirse que no habría aprobado la solución del conflicto de intereses dirigida a su "verdadero provecho". Ambos puntos de vista destacan en los dos grupos de casos con una fuerza distinta. Generalmente, en el conflicto interno de intereses la decisión que objetivamente sea más razonable se corresponderá también con la voluntad presunta del afectado. Por el contrario, y prescindiendo de casos que carecen de peso específico como el de cambiar dinero que se toma de una caja ajena [97], en la renuncia al interés propio la solución dependerá bastante de la opinión personal del titular del bien jurídico [98]. Sin embargo, en ambos supuestos también debe ser respetada una "voluntad irrazonable" del portador del bien jurídico protegido (vid. el caso resuelto por la BVerfGE 32, 98) cuando aquélla es conocida o puede ser deducida, pues en el consentimiento presunto no se trata de un caso permitido de "tutela prestada por un auxiliador no requerido" [99], sino de una decisión en el sentido del afectado [100]. Por tanto, el hecho también está justificado cuando posteriormente la presunción ha resultado ser equivocada a pesar de un examen cuidadoso de carácter objetivo. En este caso la justificación de la intervención descansa sobre la idea del riesgo permitido (vid. *infra* § 36 II 3).

Los puntos de vista que resultan decisivos para el consentimiento presunto se basan también en las disposiciones de Derecho civil relativas a la *gestión de negocios ajenos*. El gestor tiene que actuar "tal y como exige el interés del mandante en atención a su voluntad real o presunta" (§ 677 BGB). Sin embargo, la anterior aplicación analógica de estos preceptos que se recomendaba en Derecho penal [101], no puede ser aprobada en la medida en que sólo regula la compensación interna de daños y gastos, pero no los presupuestos de la intervención sobre bienes jurídicos ajenos que es lo que importa a la justificación penal. De este modo, sobre la base del § 679 BGB, difícilmente puede apelarse a la acusación de administración desleal (§ 266) de un banco que, durante la ausencia de uno de sus clientes motivada por la realización de un largo viaje, decide arbitrariamente detraer dinero de su cuenta para cumplir con su deber legal de alimentos [102].

---

[97] Incluso hay que negar la apropiación en la *utilización* de un importe mínimo de dinero ajeno cuando se tiene la certeza acerca de la capacidad de reembolso, de modo que el punto de vista del consentimiento presunto ni siquiera interviene; así, *Tiedemann*, JuS 1970, págs. 110 ss.; *LK* (11.ª) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 139 antes del § 32. Con otro criterio OLG Köln NJW 1968, pág. 2348.

[98] De la heterogeneidad en la configuración de los casos se explica que en la doctrina científica ambos puntos de vista sean enfatizados con diferente firmeza. Y así, *Mezger*, Lehrbuch pág. 220 y *Blei*, Allg. Teil pág. 138, destacan el componente del consentimiento, mientras que *Frank*, § 51 nota preliminar núm. III; *Eichler*, Handeln im Interesse des Verletzten pág. 53; *Hegler*, ZStW 36 (1915) pág. 42 y *Traeger*, GS 94 (1927) págs. 154 ss., colocan en un primer plano el punto de vista del interés.

[99] Así, acertadamente *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 168. Incluso ante menoscabos de escasa entidad o de carácter temporal permanece como criterio decisivo la decisión que, de acuerdo con las circunstancias, se recabe del afectado; vid. *LK* (11.ª) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 136 antes del § 32; *Roxin*, Welzel-Festschrift pág. 461. Con otro criterio *Tiedemann*, JuS 1970, pág. 109; *Unger*, Die Zueignung von Geld, 1973.

[100] En el caso resuelto por la BGH 35, 246 (250) no era aceptable un error sobre los presupuestos fácticos del consentimiento presunto, sino un error culpable de prohibición conforme al § 17, inciso segundo, al desconocer el médico que tenía que recabar el consentimiento de la paciente (error de prohibición acerca de los límites de una causa de justificación) (vid. *supra* nota a pie núm. 90). Asimismo, *Roxin*, Allg. Teil I § 18 núm. 29.

[101] Así, *Zitelmann*, AcP 99 (1906) pág. 104; *Ahrens*, Geschäftsführung ohne Auftrag págs. 29 ss.; *v. Hippel*, RG-Festgabe págs. 2 ss.

[102] De otra opinión *Welzel*, Lehrbuch pág. 93; *Roxin*, Allg. Teil I § 18 núm. 9. En el mismo sentido del texto, *LK* (11.ª) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 130 antes del § 32; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 397; *Jakobs*, Allg. Teil 15/18.

3. Por lo demás, en el consentimiento presunto deben cumplirse los **mismos requisitos** que fueron exigidos para la eficacia del consentimiento real. La presunción tiene que referirse al momento del hecho, siendo irrelevante la esperanza de una aprobación posterior (RG 25, 375 [383]). Además, el portador del bien jurídico cuyo consentimiento debe justificar el hecho debe poseer la capacidad general de raciocinio y juicio que habría sido necesaria para valorar correctamente el significado de la intervención. De lo contrario hay que acudir a la voluntad presunta del representante legal [103]. Además, aquí no es importante si el consentimiento presunto atenta por sí mismo a las buenas costumbres, pues como con la presunción acerca de la decisión de otro siempre está anudado un cierto riesgo, el autor puede llevar a cabo la intervención en la esfera jurídica ajena si ha **examinado detenidamente** las circunstancias [104]. Si *no* ha realizado tal examen conforme a deber y la intervención contradice la verdadera voluntad del afectado, el hecho resulta ser finalmente antijurídico. Por el contrario, si el autor decide lo correcto sin tal examen, actúa conforme a Derecho puesto que han sido preservados el interés y la voluntad del afectado.

4. El consentimiento presunto posee una importancia práctica significativa sobre todo para las intervenciones médicas y, en menor medida, también para el problema de la corrección de niños ajenos.

a) Resultan punibles el **aborto no consentido** (§ 218) y el **tratamiento curativo arbitrario** (§ 223) (vid. *supra* § 34 III 3a). Sin embargo, para ambos casos es evidente que basta el consentimiento presunto para su justificación. De esta forma, no se precisa el consentimiento de la embarazada (§ 218a II) cuando, por su situación, no puede consentir eficazmente o tampoco cabría aceptar que lo negaría caso de poder prestarlo. Lo mismo sucede con el tratamiento curativo. De ello se deriva que la decisión del médico debe tomarse en última instancia desde el punto de vista del paciente, y no partir meramente de la idea de que lo que debe suceder es lo que razonablemente éste "debería querer". Igualmente, rigen los principios del consentimiento presunto cuando no puede ser recabado el consentimiento del paciente basado en un completo conocimiento de los hechos, debido a que la explicación íntegra relativa a la naturaleza y alcance del padecimiento vendría a menoscabar previsible y considerablemente el resultado del tratamiento por el efecto de choque ("Schockwirkung") que supondría el relato de toda la verdad (vid. § 162 III E 1962) [105].

b) Un derecho a la **corrección de niños ajenos** [105 bis] no puede ser apoyado sobre la idea del consentimiento presunto por parte de las personas facultadas para su educación; en el mejor de los casos puede plantearse la legítima defensa o una acción realizada en estado de necesidad [106] [107].

Ejemplo: a los niños que dañan un nomumento lanzando piedras se les puede ahuyentar; en caso necesario, con la amenaza de golpearles, pero no se les puede pegar con la finalidad de educarles.

---

[103] Asimismo, *Roxin*, Allg. Teil I § 18 núm. 4.

[104] Así, *Lenckner*, H. Mayer-Festschrift pág. 181; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 28 núm. 15; *Roxin*, Welzel-Festschrift págs. 453 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 319. De otra opinión, *LK* (11.ª) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 140 antes del § 32; *Rudolphi*, Schröder-Gedächtnisschrift págs. 86 ss.

[105] Vid. sobre ello *Dreher/Tröndle*, § 223 núm. 9p; *LK* (11.ª) (*Hirsch*) § 226a núm. 35.

[105 bis] Vid. supra § 31 VII nota a pie núm. 56 bis (N del T).

[106] Así, RG 61, 191 (193); 76, 3 (6); RG DR 1944, pág. 612; BayObLG 15, 30; OLG Saarbrücken NJW 1963, pág. 2379. Asimismo, *LK* (10.ª) *(Hirsch)* § 223 núm. 28; *Dreher/Tröndle*, § 223 núm. 15a; *Schönke/Schröder/Eser*, § 223 núm. 25; *Lackner*, § 223 núm. 11; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 28 núm. 31; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 318.

[107] Vid. *Eichler*, Handeln im Interesse des Verletzten págs. 76 ss.; *Roxin*, Welzel-Festschrift pág. 466; *Voltz*, ZStW 50 (1930) págs. 354 ss. Acerca de posibles excepciones con ocasión de la existencia de especiales relaciones de cuidado *Roxin*, Allg. Teil I § 18 núm. 23.

§ 35 La actuación en el ejercicio de facultades públicas y otros casos cercanos

Achenbach, Vorläufige Festnahme usw., JA 1981, pág. 660; *Amelung,* Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten, JuS 1986, pág. 329; *Arndt,* Grundriß des Wehrstrafrechts, 2.ª ed. 1966; *el mismo,* Die strafrechtliche Bedeutung des militärischen Befehls, NZWehrr 1960, pág. 145; *Arzt,* Zum privaten Festnahmerecht, Festschrift für Th. Kleinknecht, 1985, pág. 1; *Battenberg,* Das auf Befehl begangene Verbrechen, Strafr. Abh. Heft 189, 1916; *Beling,* Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht in der Ausübung der Strafrechtspflege, 1913; *Bertram,* Das Widerstandsrecht des Grundgesetzes, 1970; *Blank,* Die strafrechtliche Bedeutung des Art. 20 IV GG, 1982; *Böckenförde,* Die Kodifizierung des Widerstandsrechts im Grundgesetz, JZ 1970, pág. 168; *Borchert,* Die vorläufige Festnahme nach § 127 StPO, JA 1982, pág. 338; *Bringewat,* Der rechtswidrige Befehl, NZWehrr 1971, pág. 126; *Bruns,* Zur strafrechtlichen Diskussion über das Züchtigungsrecht des Lehrers, JZ 1957, pág. 410; *Doehring,* Das Widerstandsrecht des GG und das überpositive Recht, Der Staat 8 (1969) pág. 429; *Dolaptschieff,* Sind rechtswidrige bindende Befehle möglich? ZStW 58 (1939) pág. 238; *Fincke,* Darf sich eine Privatperson bei der Festnahme nach § 127 1 StPO irren? GA 1971, pág. 41; *el mismo,* Das Risiko des privaten Festnehmers, JuS 1973, pág. 87; *Friebe,* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Lehrers, 2.ª ed. 1958; *Fuhrmann,* Der höhere Befehl als Rechtfertigungsgrund im Völkerrecht, 1963; *Henkel,* Strafverfahrensrecht, 2.ª ed. 1968; *Heuer,* en: *Birtles* y otros, Die Zulässigkeit des Einsatzesstaatlicher Gewalt in Ausnahmesituationen, 1976; *Hirsch,* Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962) pág. 78; *Isensee,* Das legalisierte Widerstandsrecht, 1969; *Jescheck,* Verantwortung und Gehorsam im Bereich der Polizei, Das Polizeiblatt für das Land Baden-Württemberg 1964, pág. 97; *el mismo,* Befehl und Gehorsam in der Bundeswehr, en: Bundeswehr und Recht 1965, pág. 63; *Jung,* Das Züchtigungsrecht des Lehrers, 1977; *Karstendiek,* Nochmals: Züchtigungsrecht Heute, DRiZ 1975, pág. 333; *Arthur Kaufmann* (Ed.), Widerstandsrecht, 1972; *Kienapfel,* Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz, 1961; *Kohlhaas/Schwenck,* Rechtsprechung in Wehrstrafsachen, 1967; *v. Kopp,* Zum Urteil des BGH über das Züchtigungsrecht der Lehrer, JZ 1955, pág. 319; *Kriele,* Ehrenschutz und Meinungsfreiheit, NJW 1994, pág. 1897; *Krey/W. Meyer,* Zum Verhalten von Staatsanwaltschaft und Polizei usw., ZRP 1973, pág. 1; *Krüger,* Polizeilicher Schußwaffengebrauch, 3.ª ed. 1977; *el mismo,* Die bewußte Tötung bei polizeilichem Schußwaffengebrauch, NJW 1973, pág. 1; *Küper,* Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigungs-und Entschuldigungsgründen, JuS 1987, pág. 81; *W. Lange,* Probleme des polizeilichen Waffengebrauchsrechts, MDR 1974, pág. 357; *el mismo,* Der neue Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes usw., MDR 1977, pág. 10; *Laubenthal,* Anmerkung zu BayObLG vom 18.10.1990, JR 1991, pág. 519; *Lenckner,* Der "rechtswidrige verbindliche Befehl" im Strafrecht-nur noch ein Relikt? Festschrift für W. Stree und J. Wessels, 1993, pág. 223; *H. Mayer,* Der bindende Befehl im Strafrecht, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 598; *M. E. Mayer,* Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten, Festschrift für P. Laband, 1908, pág. 121; *Meincke,* Betreffen oder Verfolgen auf frischer Tat usw., Diss. Hamburg 1963; *Middendorff,* Claus Graf Schenk von Stauffenberg, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1175; *Oehler,* Handeln auf Befehl, JuS 1963, 301; *Ostendorf,* Die strafrechtliche Rechtmäßigkeit rechtswidrigen hoheitlichen Handelns, JZ 1981, pág. 165; *Petri,* Abschaffung des elterlichen Züchtigungsrechts, ZRP 1976, pág. 64; *Reindl/Roth,* Die Anwendung des unmittelbaren Zwanges in der Bundeswehr, 1974; *Rolinski* Anmerkung zu BGH vom 25.11.1986, StV 1988, pág. 63; *Roxin,* Strafverfahrensrecht, 23.ª ed. 1993; *Rüping/Hüsch,* Abschied vom Züchtigungsrecht des Lehrers, GA 1979, pág. 1; *Rupp,* Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965; *Rupprecht,* Die tödliche Abwehr des Angriffs auf menschliches Leben, JZ 1973, pág. 263; *Scheidle,* Das Widerstandsrecht, 1969; *Schlüchter,* Das Strafverfahren, 2.ª ed. 1983; *la misma,* Kein Recht zur Beweisvernichtung nach einem potentiellen Selbstbedienungsladendiebstahl, JR 1987, pág. 309; *J. Schmidt,* Nochmals: Die bewußte Tötung bei polizeilichem Schußwaffengebrauch, NJW 1973, pág. 499; *E. Schneider,* Züchtigungsrecht heute! DRiZ 1975, pág. 149; *H. Schneider,* Widerstand im Rechtsstaat, 1969; *Schölz/Lingens,* Wehrstrafgesetz, 3.ª ed., 1988; *Schreiber,* Befehlsbefugnis und Vorgesetztenverhältnis in der Bundeswehr, 1965; *B. Schünemann,* Rundum betrachtet, JA 1972, pág. 707; *el mismo,* Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform usw., GA 1985, pág. 341; *W. B. Schünemann,* Selbsthilfe im Rechtssystem, 1985; *Schwenck,* Wehrstrafrecht im System des Wehrrechts, 1973; *el mismo,* Die kriegerische Handlung und die Grenzen

ihrer strafrechtlichen Rechtfertigung, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 97; *el mismo*, Die Gegenvorstellung im System von Befehl und Gehorsam, Festschrift für E. Dreher, 1977, pág. 495; *Stratenwerth*, Verantwortung und Gehorsam, 1958; *Thiele*, Zum Rechtmäßigkeitsbegriff bei § 113 Abs. 3 StGB, JR 1975, pág. 353; *Triffterer*, Der tödliche Fehlschuß der Polizei, MDR 1976, pág. 355; *el mismo*, Ein rechtfertigender (Erlaubnistatbestands-)Irrtum? Festschrift für W. Mallmann, 1978, pág. 373; *Vitt*, Rechtsprobleme des sogenannten "gefährlichen" Befehls, NZWehrr 1994, pág. 45; *Vogler*, Zum Einwand des Handelns auf Befehl im Völkerstrafrecht, Revue de droit pénal militaire 1968, pág. 111; *Vormbaum*, Zur Züchtigungsbefugnis von Lehrern und Erziehern, JR 1977, pág. 492; *Wagner*, Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung-OLG Karlsruhe, NJW 1974, pág. 2142, JuS 1975, pág. 224; *el mismo*, Amtsverbrechen, 1975; *v. Weber*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl, MDR 1948, pág. 34; *Weinkauff*, Über das Widerstandsrecht, 1956; *Westerburg*, Die Polizeigewalt des Luftfahrzeugkommandanten, 1961; *Wiedenbrüg*, Nochmals: Das Risiko des privaten Festnehmers, JuS 1973, pág. 418.

I. La utilización de la coacción del Estado como causa de justificación

1. En numerosas leyes está prevista la utilización de la coacción estatal como último recurso para el cumplimiento de fines públicos. Un **órgano estatal** que realiza un tipo penal (vgr., homicidio doloso, lesiones corporales, privación de libertad, coacciones, allanamiento de morada, apertura de correspondencia, daños materiales, etc.) sobre la base y dentro del marco de sus **facultades públicas actúa conforme a Derecho**. Lo mismo sucede respecto a los particulares cuyo apoyo es *requerido* por parte de los funcionarios (§ 114 II), mientras que respecto a quienes les auxilian *voluntariamente* sólo se plantean las causas de justificación comunes (vgr., §§ 32, 34 StGB, § 127 StPO).

Ejemplos: En la *ejecución forzosa* son registrados obligatoriamente la vivienda y los depósitos del deudor (§ 758 ZPO), con la finalidad de llevar a cabo el embargo el órgano judicial ejecutivo toma posesión de las cosas en poder del deudor sacándolas a subasta pública (§§ 808, 814 ZPO), se fuerza al deudor a la restitución de las cosas muebles y a su entrega al acreedor (§ 883 ZPO), así como a la realización de una declaración bajo juramento (§§ 807, 883 ZPO) o, en su caso, se le pone bajo arresto (§§ 901 ss. ZPO). En los *procesos concursales* el declarado en quiebra o concurso es sometido a restricciones de la libertad (§ 101 II KO), el administrador de la masa concursal toma posesión de ella y la valora (§ 117 KO), e incluso puede abrir el correo dirigido al deudor común (§ 121 I 2 KO). En *Derecho procesal penal* los sospechosos de la comisión del delito son inmediatamente detenidos de forma preventiva por la fiscalía, la policía (§ 127 II StPO) o, como consecuencia de una orden judicial (§§ 112 ss. StPO), son admisibles *intervenciones corporales* incluido el análisis de sangre (§§ 81a y c StPO), el acusado puede ser internado en un hospital psiquiátrico público con la finalidad de preparar un dictamen acerca de su estado mental (§ 81 StPO) y se procede a la retirada del carnet de conducir, al comiso de los medios de prueba (§ 94 StPO) y al registro del domicilio (§ 102 StPO); asimismo, el condenado a pena de prisión es ingresado en el centro penitenciario por la autoridad ejecutiva competente (§ 29 StVollstrO). Los *policías que están de servicio* pueden recurrir de forma inmediata a la violencia contra las personas o las cosas (por ejemplo, violencia corporal, colocación de esposas, utilización de porras o empleo de agua o gas lacrimógeno) siempre que el fin policial perseguido no pueda ser alcanzado de otro modo (en relación con los funcionarios ejecutivos federales vid. la Ley Federal sobre la utilización inmediata de la coacción en el ejercicio de potestades públicas de 10.3.1961, (BGBl. I pág. 165); en relación con los soldados del ejército y vigilantes de seguridad privada vid. la Ley acerca del empleo inmediato de la coacción (etc.) de 12.8.1965 (BGBl. I pág. 796); acerca de las policías de los *Länder* vid. el Derecho territorial como, verbigracia, la Ley de Policía de Baden-Württemberg en su redacción de 13.1.1992, GBl. pág. 1, §§ 26 ss.). Otras disposiciones especiales regulan los requisitos de la *utilización de armas de fuego* contra las personas [1] (vid. §§ 9 ss. UZwG;

[1] Acerca de los requisitos generales de la utilización de armas de fuego por funcionarios de la Federación o de los *Länder*, así como por soldados del ejército federal vid. detalladamente *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota

§§ 15 ss. UZwGBw; §§ 99, 178 StVollzG; §§ 53, 54 de la Ley de Policía de Baden-Württemberg[2]; acerca del derecho a usar las armas de fuego por parte de los guardas forestales, de caza y de pesca vid. las leyes aprobadas en algunos *Länder:* Ley de 26.2.1935, RGBl. I pág. 313 y su reglamento de 7.3.1935, RGBl. I pág. 377 [RG 72, 305, 306 ss.] así como el § 25 II BJagdG). En el *Derecho sanitario* está previsto el internamiento forzoso de enfermos sexuales (§ 18 II GeschlKrG), así como de enfermos mentales y personas adictas (de acuerdo con el Derecho territorial, por ejemplo, en la Ley de Baden-Württemberg de 2.12.1991, GBl. pág. 794) en los correspondientes establecimientos hospitalarios y curativos.

2. Los requisitos especiales para el ejercicio de las facultades concretas de carácter violento están regulados en sus respectivos ámbitos. Por este motivo, aquí sólo pueden ser discutidos los *requisitos generales para la actuación al amparo de facultades públicas*[3]. Entre ellos se encuentran, en primer lugar, la **competencia material**: la acción oficial debe pertenecer por su naturaleza y circunscripción a las obligaciones del servicio del funcionario correspondiente.

Ejemplos: Es *in*competente por razón de la materia el juez para el embargo material (§ 808 ZPO), el fiscal para ordenar la prisión preventiva (§ 114 I StPO) o el guarda de caza para funciones generales de seguridad ciudadana (RG 66, 339 [340]).

Requisito general para su legalidad es, además, la **competencia territorial.** Básicamente ésta termina para los funcionarios territoriales en la frontera del *Land* correspondiente[4] (existe una excepción en el § 167 GVG), mientras que los *funcionarios federales* pueden actuar en el marco de su competencia material en el conjunto del territorio federal[5]. Asimismo, es necesario el cumplimiento de algunas **prescripciones formales** esenciales destinadas a la protección del afectado (vgr., el carácter escrito de la orden de detención según el § 114 StPO o la notificación de la sentencia no más allá del instante del comienzo de la ejecución forzosa, tal y como prescribe el § 750 ZPO). Además, para todas las facultades coactivas rigen tanto el **principio de me-**

---

preliminar núms. 150 ss. antes del § 32; *LK* (10.ª) *(Jähnke)* § 212 núms. 11 ss. Recpecto al empleo de las armas de fuego por la policía *W. Lange,* MDR 1974, págs. 357 ss.; *Krüger,* Polizeilicher Schußwaffengebrauch págs. 11 ss., y por el ejército *Reindl/Roth,* Die Anwendung des unmittelbaren Zwanges págs. 88 ss. La policía tampoco puede matar con dolo eventual para el cumplimiento de fines públicos; vid. *Krüger,* Polizeilicher Schußwaffengebrauch pág. 26; *Maunz/Dürig,* art. 2 II GG núm. 18; *LK* (10.ª) *(Jähnke)* § 212 núm. 12. Quedan exceptuados los disparos a matar en supuestos de terrorismo y toma de rehenes siempre que con ello se evite un riesgo inmediato para la vida o cuerpo de la víctima o se consiga liberarla de su secuestro o detención, y bajo la condición de que no exista un medio menos lesivo; así, *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núm. 6 antes del § 32; *W. Lange,* MDR 1977, págs. 12 ss.; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 153 antes del § 32; *Rupprecht,* JZ 1973, págs. 263 ss.; *J. Schmidt,* NJW 1973, págs. 449 ss.; en contra, *Krey/Meyer,* ZRP 1973, pág. 4; *Krüger,* NJW 1973, págs. 1 ss. Sobre la adecuación a Derecho de un disparo mortal errado en la práctica de una detención legítima BGH MDR 1975, pág. 675. Disiente sobre la cuestión *Triffterer,* MDR 1976, págs. 355 ss. Acerca de las posibilidades de error *Triffterer,* Mallmann-Festschrift págs. 373 ss. El § 41 II 2 del Proyecto Modelo para una Ley de Policía común a toda la Federación y de los *Länder* de 11.6.1976, contiene una regulación de los requisitos para el uso del arma de fuego que "con una seguridad que raya en la certeza, traerá consigo consecuencias mortales".

[2] Sobre las restantes leyes territoriales vid. la visión general que suministra *LK* (11.ª) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 150 antes del § 32.

[3] Con mayor detenimiento vid. *LK* (11.ª) (*v. Bubnoff*) § 113 núms. 27 ss.

[4] Por el contrario, la legalidad de las acciones oficiales es por regla general independiente de los distritos administrativos (vid. BGH 4, 110 [113]; § 68 de la Ley de Policía de Baden-Würtemberg).

[5] La policía ferroviaria, sin embargo, extiende sus competencias policiales sólo al ámbito territorial ferroviario (BGH 4, 110 [112]).

nor lesividad de la intervención como el de su **proporcionalidad** como normas fundamentales del Estado de Derecho (BVerfGE 19, 342)(vid., por ejemplo, § 4 I y II UZwG).

3. El empleo de la coacción estatal está también justificado aun cuando con posterioridad resulte que los presupuestos objetivos de la intervención no habían concurrido (vid. *supra* § 31 IV 3). El motivo para este "privilegio del error" *(W. Jellinek)* por parte del Estado reside en que, con frecuencia, las decisiones ejecutivas deben ser tomadas con gran rapidez; de ahí que en beneficio de una imposición eficaz de los intereses de la colectividad, en el caso concreto el ciudadano también tenga que tolerar intervenciones por parte de los funcionarios públicos que, con posterioridad, aparecen injustificadas [6]. No obstante, el error debe afectar sólo a los presupuestos objetivos de la actuación y no a sus límites jurídicos (BGH 24, 125 [130]) [7].

Ejemplos: El órgano judicial ejecutivo actúa conforme a Derecho en el sentido del § 758 ZPO si, tras un examen conforme a deber, embarga una vivienda que es atribuida erróneamente al deudor (RG 61, 297 [299]). Es adecuada a Derecho la detención preventiva llevada a cabo según el § 127 II StPO cuando tras evaluar el funcionario conforme a deber sus presupuestos objetivos, posteriormente resulta que realmente no ha concurrido el hecho cuya existencia era altamente sospechosa (RG 38, 373 [375]). También lo es igualmente la extracción de sangre realizada de acuerdo con el § 81a StPO por un asistente sanitario a quien el policía ordenante tomó por un verdadero médico (BGH 24, 125 [130]). Asimismo en el empleo de armas de fuego resulta suficiente el examen detenido de los presupuestos (RG 72, 305 [311]). De acuerdo con el § 12 II 1 UZwG la finalidad de la utilización de armas de fuego sólo puede ser la neutralización de un ataque o de una huida. Si a pesar del cuidado debido tiene lugar la muerte del afectado, el funcionario actúa asimismo conforme a Derecho (BGH MDR 1975, pág. 675; incorrectamente OLG Frankfurt NJW 1950, pág. 119).

Aunque avanza la opinión contraria que rechaza un tratamiento especial del error sobre las causas de justificación padecido por los funcionarios encargados de tareas ejecutivas [8], sin embargo lo hace sin razón pues tales servidores públicos deben ejecutar continuamente medidas coercitivas que les conducen a situaciones difíciles y a menudo peligrosas, por lo que en el supuesto de un error acerca de la existencia de los presupuestos objetivos de la intervención no le debe ser concedida al afectado la posibilidad de actuar en legítima defensa o error de prohibición, en la medida en que aquéllos hayan cumplido con el examen concienzudo de tales presupuestos y actuado, pues, en el marco de su deber público.

II. El mandato oficial y la orden militar como causas de justificación

1. Toda actividad estatal se lleva a cabo con la colaboración simultánea de órganos directi-

---

[6] Vid. *Dreher/Tröndle,* § 113 núm. 14; *SK (Horn)* § 113 núm. 11a; *Oehler,* JuS 1963, pág. 302; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núms. 146 ss. antes del § 32; *LK* (11.ª)*(v. Bubnof)* § 113 núm. 33; *Lackner,* § 113 núm. 12; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 29 núm. 6; *Haft,* Allg. Teil pág. 113. En los tipos de sospecha (vgr., §§ 112, 127 II StPO) se deriva también la legalidad de la intervención incluso cuando la inculpabilidad del afectado se deriva posteriormente de la ley. En los otros casos existe un error de tipo permisivo que excepcionalmente justifica la intromisión si, a pesar de no concurrir los presupuestos fácticos, en aquélla concurrió un examen conforme a deber (RG 61, 297 [299]; BGH 4, 161 [164]; 21, 334 [363 ss.]). Sobre la cuestión vid. *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 86 antes del § 32.

[7] A favor de un tratamiento igualitario del error de Derecho *LK* (10.ª) *(v. Bubnoff)* § 113 núm. 34.

[8] *Amelung,* JuS 1986, págs. 335 ss.; *Jakobs,* Allg. Teil 16/5; *LK* (11.ª) *(Spendel)* § 32 núms. 64 ss.; *Roxin,* Allg. Teil I § 17 núms. 9 ss.; *Ostendorf,* JZ 1981, págs. 165 ss.; *Schünemann,* JA 1972, págs. 707 ss.; *el mismo,* GA 1985, págs. 366 ss.; *Thiele,* JR 1975, págs. 353 ss.; *Wagner,* JuS 1975, págs. 226 ss.; *el mismo,* Amtsverbrechen págs. 327 ss.; *AK (Zielinski)* § 113 núms. 22 ss.

vos y ejecutivos. Por ello, los empleados del Estado se encuentran en un orden jerárquico que está determinado por la **facultad de ordenar** y el **deber de obediencia**. En el ámbito civil las órdenes se denominan mandatos ("Anordnungen") (§ 55, inciso segundo, BBG) y en el militar órdenes ("Befehle") (§ 2 WStG). El deber de obediencia de los funcionarios se deriva del § 55, inciso segundo, BBG y del § 37, inciso segundo, BRRG, así como del Derecho territorial como, por ejemplo, el § 74, inciso segundo, LBG Baden-Württemberg; por su parte, el deber de obediencia de los soldados está regulado en el § 11 I SG. El Reglamento sobre la Relación de Subordinación Militar de 4.6.1956 (BGBl. I pág. 459) determina quiénes están facultados para dar órdenes en el ejército federal [9].

2. El **deber de obediencia** sólo se fundamenta sobre los **mandatos obligatorios**. Pero el carácter vinculante de los mismos no depende de su legalidad o incluso de su adecuación al fin perseguido, sino que sigue sus reglas propias que emanan de la división de funciones entre los órganos que mandan y los que obedecen [10]. Hay que partir del principio de que en relación con el mandato del órgano superior competente existe una *presunción de legalidad* [11]. Hasta donde alcance la presunción de legalidad el mandato es obligatorio incluso aunque realmente sea antijurídico. Los criterios que rigen tal obligatoriedad son de índole formal y material:

a) Los requisitos *formales* de la obligatoriedad son la *competencia abstracta* del órgano superior para emitir la orden y el cumplimiento de la *forma* prescrita.

b) Los requisitos *materiales* son, en primer lugar, que la orden no infrinja **manifiestamente** el Ordenamiento jurídico pues en este caso la antijuricidad es evidente sin más. En segundo lugar y por motivos materiales, un mandato no es obligatorio cuando el comportamiento ordenado lesiona la **dignidad de la persona** (RG 59, 330 [337]; RKG 1, 180) (vid. § 56 II 3 BBG, § 38 II BRRG, § 11 I 2 SG, § 22 I WStG, § 7 I 2 UZwG) o atenta contra las reglas generales del Derecho internacional (art. 25 GG). El supuesto más importante del carácter no vinculante de una orden es la **punibilidad del comportamiento ordenado** (§ 56 II 3 BBG, § 38 II 2 BRRG, § 75 II 3 LBG Baden-Württemberg). Esto rige también para el ámbito castrense (§ 22 I WStG, § 11 I 1 SG) y para los funcionarios de la Federación que desarrollan tareas ejecutivas (§ 7 II 1 UZwG) [12].

Si se ordena la comisión de una **infracción administrativa** entonces hay que adoptar un criterio diferenciador dependiendo de la función del subordinado: la orden es obligatoria para el

---

[9] Acerca de la anterior y diversa concepción fundamental del Reglamento de Subordinación del Derecho de Defensa alemán *Schreiber*, Befehlbefugnis págs. 23 ss.

[10] Acerca del ámbito civil vid. *Jescheck*, Das Polizeiblatt 1964, págs. 99 ss.; en relación con el ámbito militar *el mismo*, Befehl und Gehorsam págs. 77 ss. Respecto al espacio de discrecionalidad del superior vid. OLG Celle, en *Kohlhaas/Schwenck*, § 22 WStG núm. 9.

[11] Siguiendo la opinión del texto principal *Stratenwerth*, Verantwortung und Gehorsam págs. 52, 99 ss., 165 ss. Asimismo, *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 323; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 87 antes del § 32; *Lenckner*, Stree-Wessels-Festschrift pág. 237. Con otra construcción (según la cual el Derecho externo sólo prevalece frente al mandato interno cuando éste lesiona la dignidad de la persona o infringe el Derecho penal) que llega a los mismos resultados *Rupp*, Grundfragen págs. 60 ss.

[12] Acerca de la justificación más extensa de la actuación a instancias de una orden militar de acuerdo con el Derecho extranjero vigente con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial vid. *Fuhrmann*, Befehl págs. 32 ss. Acerca del estado actual del Derecho internacional sobre esta cuestión vid. *Vogler*, Revue de droit pénal militaire 1968, págs. 111 ss. En relación con el Derecho extranjero vigente vid. además los materiales del V Congreso Internacional de Derecho Militar celebrado en Dublín en el año 1970, Rev dr pén mil 1971 Heft 1.

soldado y el funcionario cuando se trate de la aplicación de la coacción inmediata [13]; en el resto de los casos el mandato no es obligatorio (§ 56 II 3 BBG, § 38 II 2 BRRG, § 75 II 3 LBG Baden-Württemberg).

Ejemplos: El soldado debe ejecutar la orden de ir a recoger a la Comandancia un teletipo con una bicicleta cuyo alumbrado está defectuoso, a pesar de que ello supone la comisión de una infracción administrativa de tráfico (§§ 17 I, 49 I núm. 17 StVO en conexión con el § 24 StVG) [14]. Lo mismo sucede con los funcionarios de las brigadas policiales antidisturbios preparadas para la intervención inmediata que, a la espera de una posible manifestación violenta, reciben la orden de situarse sobre la acera con la tanqueta de agua (§ 2 I StVO), incluso aunque no sea absolutamente necesario (§ 35 I StVO). Por el contrario, el funcionario de policía que ejecuta una orden de detención a pesar de que sabe que existe un error en la persona, no puede ampararse en la orden dictada pues ésta conduce a una detención ilegal punible y, por ello, no resulta vinculante.

Cualquier duda acerca de la legalidad de la orden oficial debe ser planteada por los *funcionarios* de forma inmediata ante su superior y, en su caso, exponerla al superior directo a éste (§ 56 II BBG). En el ámbito *militar*, por el contrario, el deber de objeción está limitado a los supuestos en los que el subordinado sabe o resulta evidente que el superior no habría dictado la orden de haber conocido los hechos (BGH 19, 231 [234]), así como cuando es exigida la ejecución de un hecho punible. Resulta aplicable el mismo régimen a los funcionarios que cumplen funciones ejecutivas dirigidas al empleo de la coacción inmediata [15].

3. El mandato obligatorio se presenta para el subordinado como una **causa de justificación**, aún cuando excepcionalmente aquél resulte antijurídico [16]. El motivo favorable a admitir

---

[13] Hasta el momento, la cuestión de si es obligatoria una orden cuya ejecución comporta el peligro de un delito menos grave de carácter imprudente (vgr., conducir si luz durante el desarrollo de un ejercicio) ha quedado abierta en la jurisprudencia (vid. BGH 19, 231 [232]; SchlHOLG en *Kohlhaas/Schwenck*, § 5 WStG núm. 2). Con razón a favor de la no obligatoriedad en caso de peligro *concreto* para un bien jurídico protegido frente a una conducta imprudente *Jakobs*, Allg. Teil 16/14; *Roxin*, Allg. Teil I § 17 núm. 20; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 90 antes del § 32; *Vitt*, NZWehrr 1994, pág. 53 (en la anterior edición de esta obra se sostenía una opinión distinta vid. pág. 354).

[14] Vid. OLG Celle NZWehrr 1962, pág. 77 donde, no obstante, se aceptó erróneamente que una orden de esa naturaleza contradecía las finalidades del servicio y, por ese motivo, se entendió que no era obligatoria. Correcta es por el contrario la RG 59, 404 (405).

[15] Acerca de la objeción, *Schwenck*, Dreher-Festschrift págs. 495 ss.

[16] Asimismo, *Stratenwerth*, Verantwortung und Gehorsam págs. 168, 182; *Jakobs*, Allg. Teil 16/14; *Roxin*, Allg. Teil I § 17 núm. 18; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 177 antes del § 32; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 88a antes del § 32; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 323; *Lenckner*, Stree-Wessels-Festschrift pág. 224; *Schwenck*, Wehrstrafrecht pág. 92; *Wessels*, Allg. Teil núm. 450; *Bringewat*, NZWehrr 1971, pág. 133. No obstante, la doctrina dominante acepta sólo la exclusión de la culpabilidad cuando existe una orden ilícita pero obligatoria; así, *Amelung*, JuS 1986, pág. 337; *Arndt*, Wehrstrafrecht pág. 115; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 340; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 16 antes del § 32; *Küper*, JuS 1987, pág. 92; *LK* (11.ª) *(Spendel)* § 32 núms. 100 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 29 núms. 7 ss.; *Schölz/Lingens*, § 2 WStG núm. 32; *Ostendorf*, JZ 1981, pág. 173; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 56 antes del § 32; *Oehler*, JuS 1963, pág. 306; *Welzel*, Lehrbuch pág. 104; *v. Weber*, MDR 1948, pág. 37. Una parte de la doctrina ya niega la posibilidad de una orden antijurídica que, simultáneamente, sea obligatoria; así, *LK* (11.ª) *(Spendel)* § 32 núm. 101; *M. E. Mayer*, Laband-Festschrift pág. 121; *Dolaptschieff*, ZStW 58 (1939) pág. 249. Esta tesis ya se encontraba en la concepción anteriormente dominante que distinguía entre la antijuricidad y obligatoriedad de la orden; vid. *Beling*, Grenzlinien pág. 24; *Battenberg*, Befehl págs. 2 ss.; *H. Mayer*, Frank-Festgabe Tomo I pág. 605.

la existencia de órdenes antijurídicas que, sin embargo, son obligatorias, reside en que en supuestos de escasa importancia el legislador valora el deber de obediencia del subordinado frente a su superior como principio básico de ordenación de toda actividad estatal, *por encima* del deber de obediencia frente al Ordenamiento jurídico (**conflicto de deberes justificante**, vid. *supra* § 33 V 1a) [17]. Ciertamente, el superior siempre permanece sometido al principio de la legalidad del poder ejecutivo (art. 20 III GG), pero si aquél ya cuenta con una infracción de escasa relevancia adecuada a los fines del servicio o desconoce el carácter antijurídico de tal orden, entonces en el ámbito castrense y policial el mandato consistente en una contravención administrativa o en el empleo de la coacción inmediata no puede verse frustrado por la circunstancia de que el subordinado tenga que comprobar ante todo si la acción transgresora está justificada por cualesquiera motivos como, por ejemplo, por lo señalado en el § 35 StVO. Frente a la ejecución de una orden antijurídica pero obligatoria *no cabe oponer legítima defensa* por actuar el subordinado con arreglo a Derecho, aunque sí un estado de necesidad marcadamente restringido [18].

4. En todo caso, la ejecución de una **orden ajustada a Derecho** se encuentra justificada. Esto rige sobre todo para aquellos supuestos en los que, aunque el superior ha examinado y aprobado concienzudamente los presupuestos objetivos del empleo de la coacción estatal, sin embargo en realidad aquéllos no concurren (vid. *supra* § 35 I 3). El subordinado se encuentra, pues, obligado a la ejecución de la orden a no ser que conozca la realidad de los hechos de los que se deriva el error del superior o que éste sea manifiesto (BGH 15, 214 [217]; 19, 231) [19].

Ejemplo: Es conforme a Derecho el mandato dictado por el jefe de policía destinado al empleo de tanquetas de agua o de gas lacrimógeno frente a una muchedumbre violenta tras haber examinado y aprobado conforme a deber la proporcionalidad de la medida, (§§ 3, 5 II de la Ley de Policía de Baden-Württemberg) incluso aunque posteriormente resulte que podrían haber bastado medios menos lesivos. La policía que desempeña tareas ejecutivas tiene que cumplir tal mandato y por ello actúa legalmente. Los manifestantes que atacan a los funcionarios son castigados por resistencia al poder del Estado (§ 113).

5. Por el contrario, si la orden no es *obligatoria*, el subordinado que la ejecuta actúa siempre de modo *antijurídico* con independencia de que hubiera conocido o no la inexigibilidad de aquélla. No obstante, su comportamiento puede ser disculpable (§ 35 StGB, § 75 IV 3 LBG Baden-Württemberg) (vid. *infra* § 46 II).

III. El derecho de corrección

En el derecho de corrección hay que diferenciar entre el que corresponde al funcionario, al profesor (que actualmente ya ha desaparecido) y el que tiene lugar dentro del marco familiar que, en los últimos tiempos, ha sido considerablemente restringido [19 bis].

1. El castigo corporal del alumno por parte del **maestro** realiza el *tipo de lesiones* (§§ 223,

---

[17] Vid. *Stratenwerth*, Verantwortung und Gehorsam pág. 166.

[18] Vid. *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núms. 11, 88a, antes del § 32.

[19] Esto rige también en el ámbito castrense; vid. SchlHOLG en *Kohlhaas/Schwenck*, § 5 WStG núm. 2 *in fine*; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 176 antes del § 32; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 29 núm. 11; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 88 antes del § 32; de otra opinión *Arndt*, NZWehrr 1960, pág. 148. Una definición de la acción bélica justificada puede encontrarse en *Schwenck*, Lange-Festschrift pág. 115.

[19 bis] Téngase en cuenta la nueva redacción sufrida por el párrafo segundo del § 1631 BGB a través de la Ley para la Erradicación de la Violencia de 2-11-2000 (BGBl I 2000 pág. 1479), destinada a la supresión definitiva del ejercicio de este derecho frente a los niños (N del T).

240)[20]. El derecho de corrección del maestro en la escuela básica o primaria (o incluso en escuelas superiores frente a los grupos de edades correspondientes) fue reconocido anteriormente por la jurisprudencia (BGH 11, 341 [347]; 14, 52; BGH GA 1963, pág. 82; BayObLG NJW 1979, pág. 1371, OLG Schleswig NJW 1956, pág. 1002; OLG Hamm NJW 1956, pág. 1690; OLG Zweibrücken NJW 1974, pág. 1772) como un derecho consuetudinario, siempre que existiera un motivo suficiente para ello, una finalidad educadora y un ejercicio moderado del mismo. Por el contrario, fue ya la BGH 6, 263 (269) la que, en un claro el rechazo de un derecho de corrección basado en motivos pedagógicos, admitía que "un castigo corporal moderado por parte del maestro sólo puede tener lugar en casos excepcionales". Finalmente, la BGH NJW 1976, 1949 dejó la cuestión abierta apreciando tan sólo en el acusado la presencia de un error de prohibición vencible. En los institutos de formación profesional el derecho de corrección del profesor no fue reconocido (BGH 12, 62 [64]). En la actualidad **ya no existe** un **derecho de corrección del profesor** frente a sus alumnos[21]. A favor de ello ya habla el hecho de que la mayoría de los *Länder* federales se encuentra prohibido por ley el castigo corporal de los alumnos[22]. Asimismo, en la doctrina se niega de plano el derecho de corrección del profesor[23]. **Constitucionalmente** tampoco posee fundamento alguno[24]; es más, el castigo corporal del alumno por parte del maestro atenta contra el derecho fundamental a la integridad corporal (art. 2 II 1 GG). Tan sólo está cubierto por la reserva legal del art. 2 II 3 GG el castigo corporal en las hipótesis de legítima defensa (§ 32), del estado de necesidad justificante (§ 34) y del auxilio necesario. En caso necesario, el profesor tiene, por tanto, el derecho a defenderse del ataque de sus alumnos frente a su persona, frente a otros alumnos o frente a la propiedad pública, incluso a través de contacto corporal en el sentido de "defensa necesaria" (BGH 14, 52). Por el contrario, un derecho de corrección con *fines educativos tampoco se sostiene por razones formales*, pues el derecho consuetudinario no constituye una ley en el sentido del art. 2 II 3 GG (vid. análogamente en torno a la cuestión de la restricción de derechos fundamentales de los presos BVerfGE 33, 1). Pero

---

[20] En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 338; *Blei*, Bes. Teil págs. 52 ss.; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 87; *Bruns*, JZ 1957, pág. 410; *Dreher/Tröndle*, § 223 núm. 13; *Friebe*, Verantwortlichkeit des Lehrers págs. 137 ss.; *Kohlrausch/Lange*, § 223 comentario II; *LK* (10.ª) *(Hirsch)* § 223 núm. 28; *Karstendiek*, DRiZ 1975, pág. 333; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 28 núms. 26 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 223 núm. 16; *Welzel*, Lehrbuch pág. 291; *Wessels*, Allg. Teil núm. 388. En contra de la visión que estima que el ejericio moderado del derecho de corrección ni siquiera es típica en el sentido de la las lesiones (así, por ejemplo, *Kienapfel*, Körperliche Züchtigung págs. 101 ss.), convincente *Hirsch*, ZStW 74 (1962) págs. 111 ss.

[21] En este sentido se pronuncia también la doctrina mayoritaria; vid. *Dreher/Tröndle*, § 223 núm. 13; *Jakobs*, Allg. Teil 16/35; *Lackner*, § 223 núm. 11; *Maunz/Dürig*, art. 2 II GG núm. 47; *Roxin*, Allg. Teil I § 17 núms. 38 ss.; *LK* (10.ª) *(Hirsch)* § 223 núm. 24; *Rüping/Hüsch*, GA 1979, pág. 9; *Schönke/Schröder/Eser*, § 223 núm. 20; *SK (Horn)* § 223 núm. 12; *Vormbaum*, JR 1977, pág. 497; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 28 núm. 27; *Jung* Züchtigungsrecht págs. 40 ss. Manteniendolo como causa de exclusión del injusto penal, *Günther*, Strafrechtswidrigkeit pág. 358.

[22] Así en Baden-Württemberg a través de la Ley escolar de 1.8.1983 § 90 III núm. 3 apartado 2.º (GBl. pág. 397); las leyes correspondientes del resto de los *Länder* pueden encontrarse apuntadas en *Dreher/Tröndle*, § 223 núm. 13a. Lo mismo sucede en Austria; vid. *WK (Nowakowski)* nota final núm. 32 en relación con el § 3.

[23] Vid. las referencias contenidas en la nota a pie núm. 21.

[24] Así, *Maunz/Dürig*, art. 2 II GG núms. 47 ss.; *LK* (10.ª) *(Hirsch)* § 223 núm. 24; *v. Kopp*, JZ 1955, pág. 319; *SK (Horn)* § 223 núm. 12; *Vormbaum*, JR 1977, págs. 496 ss.

tampoco *materialmente* se justifica un derecho de corrección del maestro que traspase los límites de la legítima defensa, pues al presentarse la violencia humillante ante los ojos de la clase como una pena corporal no puede responder bajo ninguna circunstancia a fines pedagógicos (vid. también la EuGMR NJW 1979, pág. 1089). Por todo ello se encuentra abolido hoy en día el derecho de los profesores a pegar a los alumnos con fines educativos, al igual que han sido suprimidos poco a poco los derechos de corrección anteriormente existentes frente a los aprendices, criados, tripulación marinera, presos y soldados. De ahí que también constituya una lesión corporal punible el castigo de un joven delincuente por el fiscal de menores que a continuación archiva el procedimiento de acuerdo con el § 45 II núm. 1 ó 2 JGG (BGH 32, 357).

2. Aunque con un alcance limitado, todavía subsiste hoy un **derecho de corrección** por parte de **los padres y otras personas autorizadas**[24 bis], cuyo ejercicio frente a los niños pequeños puede ser defendible siempre que se haga de forma moderada y pedagógica[25]. Para impedir abusos el § 1631 II BGB, cuya redacción fue modificada a través de la Ley sobre la nueva regulación de la patria potestad de 18.7.1979 (BGBl. I pág. 1061), prohibe la adopción de "medidas educativas degradantes". Atinadamente, un proyecto de dictamen del Ministerio Federal de Justicia pretende extender la prohibición a "maltratos corporales y psíquicos" (ZRP 1993, pág. 360). En el ámbito familiar el derecho de corrección puede ser cedido (BGH 12, 62 [67 ss.]) a la niñera o a los abuelos[26], pero en este supuesto el correctivo corporal llevado a cabo por personas cercanas conserva su limitación a casos excepcionales.

IV. La actuación "pro magistratu"

1. Básicamente, el Estado de Derecho prohibe el empleo de la violencia privada para la imposición de pretensiones de naturaleza jurídico-civil y remite al acreedor al recurso a la Justicia. Cuando, sin embargo, no puede conseguirse a tiempo la ayuda oficial o ésta ha sido denegada injustamente y existe el peligro de que sin una intervención inmediata se frustre la realización de la pretensión o ésta se dificulte gravemente, entonces está permitida la **autotutela** dentro de unos márgenes limitados (§§ 229-231 BGB)[27]. Como medios para alcanzar ésta están permitidos la sustracción, daño o destrucción de cosas pertenecientes al deudor, la detención de la persona obligada si se sospecha de su huida y la neutralización de la resistencia de aquél a llevar a cabo una acción que está obligado a realizar. Pero también aquí rige el mandato entre la proporcionalidad de la intervención, el peligro y la pretensión a imponer (RG 69, 308 [312]). El derecho a la autotutela no concurre, sin embargo, cuando está dirigido al aseguramiento de pruebas (BGH 17, 328 [331]) o a la satisfacción definitiva del acreedor (BGH 17, 87 [89]). A diferencia de la legítima defensa, la autotutela no presupone ningún ataque actual.

[24 bis] Vid. *supra* nota a pie núm. 19 bis (N del T).

[25] La base jurídica para ello son los §§ 1626, 1631, 1705, 1757, 1800 BGB. En cambio, van demasiado lejos las BGH NJW 1953, pág. 1440 y BGH StV 1988, pág. 62 con comentario crítico de *Rolinski*. A favor también de la desaparición del derecho de corrección de los padres *Petri*, ZRP 1976, pág. 64. Más detalladamente en torno al derecho de corrección según el Derecho de familia, *LK* (10.ª) (*Hirsch*) § 223 núms. 29 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 28 núm. 28; *Roxin*, Allg. Teil I § 17 núm. 33; *SK (Horn)* § 223 núms. 13 ss.

[26] Con mayor detenimiento *LK* (10.ª) (*Hirsch*) § 223 núm. 23; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 223 núm. 26.

[27] Detenidamente acerca de los requisitos necesarios para la admisibilidad del autoauxilio *W.B. Schünemann*, Selbsthilfe págs. 55 ss.; *Kühl*, Allg. Teil § 9 núms. 2 ss.

Ejemplos: El prestamista que se encuentra con su deudor en medio de la muchedumbre de la calle, desconociendo el nombre y dirección de éste, puede tomar su dinero con violencia aunque sólo para su aseguramiento provisional (§ 230 II BGB) (BGH 17, 87 [89]). Quien se encuentra con su deudor a punto de subir a un avión intentando con ello desaparecer en el extranjero de forma permanente, puede proceder a su detención; no obstante, una puesta en peligro de su vida no resulta justificada (RG 69, 308 [312]). Un cliente que, poniendo reparos a la comida, pretende abandonar el local sin pagar, puede ser retenido con violencia por la camarera con la finalidad de comprobar sus datos personales para la aclaración de la situación jurídica (BayObLG JZ 1991, pág. 681 con comentario crítico de *Laubenthal*, JR 1991, pág. 519; lo mismo sucede en relación con el conductor de un taxi, OLG Düsseldorf NJW 1991, pág. 2716 [2717]).

Supuestos especialmente regulados de la autotutela son la recuperación de la posesión (§ 859 II-IV BGB), la autotutela del arrendador (§ 561) y los derechos de autotutela de acuerdo con los §§ 581 II, 704, 859 II, III (OLG Schleswig NStZ 1987, pág. 75), 860, 910, 962, 1029 BGB. En estas hipótesis no se presupone la imposibilidad de tutela oficial.

2. **Toda persona** (y no sólo el ofendido) tiene además el derecho a **detener preventivamente** o a perseguir al autor de un hecho flagrante, cuando se sospeche que va a emprender la huida o si su identidad no puede ser comprobada de forma inmediata (§ 127 I StPO). La finalidad del derecho a la detención es posibilitar su persecución penal [28]. De este modo, el Estado transfiere al ciudadano una función pública (RG 17, 127 [128]). El hecho en cuya virtud tiene lugar la detención debe ser delito o, como mínimo, un hecho antijurídico en el sentido del § 11 I núm. 5, pues frente al autor inculpable también cabe el internamiento (§ 71 StGB, § 413 StPO) [29]. El sospechoso debe serlo de un hecho flagrante en el que la ejecución actual o recién finalizada de la acción se presenta para el espectador como un hecho punible (RG 34, 444 [445]; 65, 392 [394]). La persecución de un hecho flagrante existe cuando inmediatamente tras la percepción del hecho se ha dado comienzo a las medidas de persecución, de tal forma que no puede existir ninguna duda acerca de la identidad de la persona. La detención justifica la privación de la libertad personal (§§ 239, 240) con lo que queda cubierto tanto un apresamiento firme destinado a evitar la escapada del afectado como una lesión inintencionada (OLG Stuttgart NJW 1984, pág. 1694). De acuerdo con el principio de la intervención menos lesiva son también admisibles, en su caso, otras medidas menos drásticas que la detención como pueden ser la sustracción de la llave de contacto del vehículo (OLG Saarbrücken NJW 1959, pág. 1911), de la documentación personal o el impedir la puesta en marcha de un automóvil. En cambio, la jurisprudencia siempre ha negado la lesión intencionada del cuerpo o la vida del detenido (RG 69, 308 [312]; 71, 49 [52]; 72, 305 [306]; al contrario para el supuesto de la lesión especialmente grave de un bien jurídico, BGH *Holtz*, MDR 1979, 985 [986]).

Mientras que para la legalidad de la detención preventiva practicada por *funcionarios* es suficiente, de acuerdo con el § 127 II StPO (concurrencia de los requisitos de una orden de detención), que quien va a proceder a practicarla haya examinado y aprobado conforme a deber sus presupuestos (vid. *supra* § 35 I 3), los *particulares* actúan ya de modo antijurídico cuando objetivamente no concurren los elementos de la detención según el § 127 I StPO, especialmente cuando no lo hace el hecho cometido (así, OLG Hamm NJW 1972, pág. 1826; NJW 1977, pág. 590; KG VRS 45, pág. 35; probablemente también RG 12, 194

---

[28] En este sentido camina la doctrina mayoritaria; vid. *Löwe/Rosenberg (Wendisch)* § 127 StPO núm. 2; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 155 antes del § 32; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, § 127 StPO núm. 8; *Roxin*, Strafverfahrensrecht § 31 núm. 4; *Meincke*, Betreffen oder Verfolgen auf frischer Tat pág. 13.

[29] Vid. *Löwe/Rosenberg (Wendisch)* § 127 StPO núm. 8 (con restricciones); *Wiedenbrüg*, JuS 1973, págs. 420 ss. El derecho de detención está excluido en el procedimiento administrativo-sancionador de carácter pecuniario (§ 46 III 1 OWiG). Acerca de los §§ 163 b, c StPO *Achenbach*, JA 1981, pág. 663.

[195]; 19, 101 [103]; deja la cuestión abierta BGH GA 1974, pág. 177; con otra postura BGH(Z) NJW 1981, pág. 745; BayObLG MDR 1986, pág. 956; JR 1987, pág. 344; OLG Zweibrücken NJW 1981, pág. 2016) [30]. De no ser así el detenido erróneamente debería tolerar su privación de libertad sin derecho a la legítima defensa. Por tanto, y al contrario de lo que sucede con un funcionario en la misma situación, quien detiene equivocadamente actúa de modo antijurídico; no obstante, éste no puede ser castigado por detenciones ilegales (§ 239) ante la ausencia de dolo [31].

3. También el **poder que tienen a bordo el capitán del barco** (§ 106 SeemannsG) y **del avión** descansan sobre la transferencia de la potestad pública [32].

4. Asimismo el ejercicio del **derecho de resistencia** supone una actuación "pro magistratu" a la vista de su naturaleza subsidiaria. Procedente de un principio superior (jurídicamente poco claro) del Derecho extrapositivo que históricamente se remonta bastante atrás [33], el Parlamento Federal ha convertido al derecho de resistencia en una parte integrante del Derecho constitucional vigente. Para ello no han sido decisivas necesidades de peso de nuestro Estado sino motivos tácticos que conectan con la legislación de emergencia del año 1968 [34]. Como medio extraordinario para la defensa del Ordenamiento fundamental liberal y democrático en el sentido del art. 20 I-III GG (vid. BT/Drucksache V/2873 pág. 9), el art. 20 IV GG concede a todo ciudadano alemán el derecho a la resistencia frente a cualquier persona que proyecte eliminar tal orden normativo, siempre que no sea posible otra solución (vid. ya con anterioridad los arts. 147 I de la Constitución de Hesse, 19 de la de Bremen y 23 III de la de Berlín). El derecho de resistencia se dirige tanto frente al "golpe de Estado procedente de arriba" (por ejemplo, la introducción de una dictadura militar) como también frente a un "golpe de Estado proviniente de abajo" (vgr., la eliminación revolucionaria de la democracia parlamentaria) [35]. Dado que tiene que existir tal "empresa" el derecho de resistencia surge ya cuando se ha alcanzado el estadio de la "tentativa" por parte de los enemigos de la Constitución; en

---

[30] Asimismo, *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 156 antes del § 32; *Jakobs,* Allg. Teil 16/16; *Schlüchter,* Strafverfahren núm. 255; *la misma* JR 1987, pág. 309; *Kleinknecht/Meyer-Goßner,* § 127 StPO núm. 4; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 29 núm. 13; *Eb. Schmidt,* § 127 StPO núm. 8; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 325; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 82 antes del § 32; *Welzel,* Lehrbuch pág. 94; *Wiedenbrüg,* JuS 1973, págs. 418 ss. Con una visión opuesta, consideran que también para los particulares es suficiente con una sospecha fundada del hecho y un examen cuidadoso, *Arzt,* Kleinknecht-Festschrift págs. 5 ss.; *Borchert,* JA 1982, págs. 338 ss.; *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núm. 7 antes del § 32; *Löwe/Rosenberg (Wendisch)* § 127 StPO núm. 9; *Roxin,* Strafverfahrensrecht § 31 núm. 4; *el mismo,* Allg. Teil I § 17 núm. 23; *Henkel,* Strafverfahrensrecht pág. 286 (sospecha fundada del hecho); *Fincke,* GA 1971, págs. 41 ss. y JuS 1973, págs. 87 ss. (convencimiento acerca de la existencia de los elementos).

[31] En realidad, tal y como observa correctamente *Fincke,* GA 1971, pág. 41 nota a pie núm. 7, entra en juego el § 230 pues una lesión corporal del § 170 I StPO no queda cubierta ni siquiera en caso de una detención justificada; vid. también *Fincke,* JuS 1973, pág. 88 nota a pie núm. 5.

[32] Vid. sobre la cuestión *Westerburg,* Polizeigewalt des Luftfahrzeugkommandanten págs. 50 ss.; vid., además, el el *Convenio de Tokio* acerca de los delitos y otras acciones cometidas a bordo de las aeronaves de 14.9.1963, arts. 5-10 (BGBl. 1969 II pág. 121).

[33] Acerca de la historia del derecho de resistencia *Weinkauff,* Widerstandsrecht, 1956 así como diversas aportaciones en: *Arthur Kaufmann* (Ed.), Widerstandsrecht, 1972; además, *Bertram,* Das Widerstandsrecht págs. 13 ss. así como *Middendorff,* Jescheck-Festschrift Tomo II págs. 1175 ss. Acerca de los casos de resistencia en los tiempos del nacionalsocialismo y su tratamiento por la jurisprudencia vid. *Scheidle,* Das Widerstandsrecht págs. 38 ss.

[34] Acerca de su historia legislativa vid. *Böckenförde,* JZ 1970, págs. 168 ss.

[35] En la interpretación del art. 20 IV GG el texto sigue a *Hesse,* Grundzüge núms. 757 ss.; *H. Schneider,* Widerstand págs. 13 ss.; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núms. 83 ss. antes del § 32; *Maunz/Dürig,* art. 20 IV GG núms. 11 ss. En torno a su inserción en el sistema de las causas de justificación *Blant,* Widerstandsrecht págs. 35 ss.

cambio, las meras acciones preparatorias (por ejemplo, § 83) deben ser toleradas incluso cuando el poder público no toma medidas por debilidad o complicidad. El derecho a la resistencia no concurre frente a manifestaciones de opinión destinadas al aniquilamiento de los principios básicos de la Constitución (OLG Köln NJW 1970, pág. 1322 [1324]). Tiene asimismo un carácter subsidiario por lo que sólo interviene cuando no cabe otro recurso. En caso de un intento de golpe de Estado, el derecho a la resistencia intervendría a partir del momento en el que al propio poder público ya no le bastaran sus potestades de emergencia para proteger el núcleo duro de la Constitución [36]. Asimismo, se acepta con acierto que, en el caso concreto, el derecho a la resistencia debería tener en consideración la incertidumbre de sus presupuestos y, por tanto, sólo puede ser ejercitado cuando sea *evidente* la empresa destinada a la eliminación del Orden democrático y liberal (en este sentido ya, BVerfGE 5, 85 [377]) [37]. Desde una perspectiva subjetiva, la acción de resistencia debe dirigirse al mantenimiento del Ordenamiento fundamental democrático y liberal (BVerfGE 5, 85 [379]).

A pesar de que en la doctrina constitucionalista existe unidad en torno a que habría sido mejor que no hubiera tenido lugar la plasmación positiva del derecho de resistencia [38], el *Derecho penal* tiene que dirigirse hacia la situación legal actual y, de acuerdo con ello, debe contestar a cómo debe ser tratado tanto el mencionado derecho como el error sobre el mismo. El art. 20 IV GG tiene por objeto un fragmento del derecho al estado de necesidad estatal (vid. *supra* § 32 II 1b) [39]. Con ello, al igual que el estado de necesidad estatal, el derecho de resistencia se presenta como una *causa de justificación* que también permite el empleo de la coacción (como la huelga general en contra del golpe de Estado encabezado por "Kapp" en 1920, o la resistencia armada) con la observación de los principios de necesidad y proporcionalidad. Por regla general el *error* versará acerca de los límites del derecho de resistencia (vid. los casos resueltos por las OLG Köln NJW 1970, pág. 1322; BGH NJW 1966, pág. 310), de modo que intervienen las reglas del error de prohibición que conducen a la aplicación de los tipos dolosos (vid. *infra* § 41 III 1) [40]. La apreciación equivocada de la situación justificante es un error de tipo permisivo (vid. *infra* § 41 IV 1).

§ 36 El riesgo permitido

Brammsen, Anmerkung zu BayObLG vom 16.11.1990 und zu OLG Frankfurt vom 11.3.1991, JR 1992, pág. 82; *Erdsiek*, Wahrnehmung berechtigter Interessen ein Rechtfertigungsgrund? JZ 1969, pág. 311; *Eser*, Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund, 1969; *Frisch*, Vorsatz und

---

[36] Vid. sobre ello *Heuer*, Die Zulässigkeit des Einsatzes staatlicher Gewalt in Ausnahmesituationen págs. 47 ss.

[37] Así, *Maunz/Dürig*, art. 20 IV GG núm. 27; *Hesse*, Grundzüge núm. 758; *Isensee* Widerstandsrecht págs. 23 ss.; *H. Schneider*, Widerstand im Rechtsstaat págs. 17 ss.; *LK* (11.ª)*(Hirsch)* nota preliminar núm. 88 antes del § 32. En contra, *Roxin*, Allg. Teil I.§ 16 núm. 115; *Jakobs*, Allg. Teil 15/2.

[38] Vid., por ejemplo, *Isensse*, Widerstandsrecht pág. 99: "una autorización constitucional en la zona limítrofe al status naturalis tiene tan poco sentido como una garantía de la libertad bajo circunstancias anárquicas, pues el poder público se retira como autoridad protectora: o ya no es legal o ha dejado de ser efectivo". Vid. también *Hesse*, Grundzüge núm. 760.

[39] Vid. *Doehring*, Der Staat 8 (1969) pág. 437. De otra opinión *Maurach/Zipf*, Allg. Teil § 26 núm. 55 quienes sostienen que se trata de un subcaso de auxilio a la legítima defensa estatal.

[40] Así, *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 65 antes del § 32; *Jakobs*, Allg. Teil 15/5. Por el contrario, *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 91 antes del § 32 recomienda la aplicación de la teoría estricta de la culpabilidad (vid. *infra* § 41 IV 1 b), mientras que *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 10 antes del § 32 pretenden excluir la cláusula de subsidiariedad del art. 20 IV GG de la relación de culpabilidad como una "condición objetiva de la justificación".

Risiko, 1983; *Fuhrmann,* Die Wahrnehmung berechtigter Interessen durch die Presse, JuS, 1970, pág. 70; *Gallas,* Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 155; *Geppert,* Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB), Jura 1985, pág. 25; *Günther,* Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *Heinitz,* Die Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 266; *Herdegen,* "Soldaten sind Mörder", NJW 1994, pág. 2933; *Herzberg,* Vorsatz und erlaubtes Risiko usw., JR 1986, pág. 6; *Hillenkamp,* Risikogeschäft und Untreue, NStZ 1981, pág. 161; *Hirsch,* Ehre und Beleidigung, 1967; *el mismo,* Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962) pág. 78; *Kienapfel,* Das erlaubte Risiko im Strafrecht, 1966; *Klug,* Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 249; *Lenckner,* Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 165; *el mismo,* Die Wahrnehmung berechtigter Interessen, ein "übergesetzlicher" Rechtfertigungsgrund? Gedächtnisschrift für P. Noll, 1984, pág. 243; *Maiwald,* Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs "erlaubtes Risiko" für die Strafrechtssystematik, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 405; *Noll,* Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht, ZStW 68 (1956) pág. 181; *Preuß,* Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, 1974; *Rehberg,* Zur Lehre vom "Erlaubten Risiko", 1962; *Rebbinder,* Die öffentliche Aufgabe und rechtliche Verantwortung der Presse, 1962; *Roeder,* Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechensaufbau, 1969; *Eike Schmidt,* Wahrnehmung berechtigter Interessen als Rechtfertigungsgrund? JZ 1970, pág. 8; *Suppert,* Studien zur Notwehr und "notwehrähnlichen" Lage, 1973; *Tenckhoff,* Grundfälle zum Beleidigungsrecht, JuS 1989, pág. 198.

I. El riesgo permitido como principio estructural

1. El riesgo permitido *no constituye una causa de justificación autónoma* (a diferencia de la opinión manifestada en la 3.ª ed. de esta obra págs. 323 ss.) porque por medio de este concepto únicamente se quiere decir que, bajo presupuestos determinados, son admisibles acciones arriesgadas llevadas a cabo incluso con dolo eventual de lesionar un bien jurídico; no obstante, tales presupuestos no pueden ser delimitados de un modo general [1]. En el riesgo permitido estamos, más bien, ante un *principio estructural común* de distintas causas de justificación cuyos elementos materiales están regulados especialmente [2]. El armazón común de estas causas de justificación consiste en que posibilitan el desarrollo de acciones que en esencia son socialmente deseables, pero que a pesar de ello muestran propensión hacia la creación de un riesgo. Por su utilidad social estas acciones también pueden ser llevadas a efecto aún cuando el riesgo en ellas contenido se realice y malogre la utilidad perseguida [3] (acerca del riesgo permitido como criterio delimita-

---

[1] *Maiwald,* Jescheck-Festschrift Tomo I pág. 420; *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 321; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 33 antes del § 32; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núms. 11, 19, 107b antes del § 32; *Preuß,* Untersuchungen pág. 225; *Wessels,* Allg. Teil núm. 283. También en contra de la teoría del riesgo permitido *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 106; *Kienapfel,* Erlaubtes Risiko págs. 26 ss.; *SK (Samson)* nota preliminar núms. 27 ss. antes del § 32. El "riesgo normativamente relevante" como punto de refencia del dolo en *Frisch,* Vorsatz und Risiko pág. 28 se refiere por el contrario a la cuestión absolutamente diversa de si el comportamiento típico debe restringirse en todos los tipos penales a un riesgo socialmente desabrobado, planteamiento que el autor citado sostiene. Al respecto, también, *Herzberg,* JR 1986, págs. 8 ss.

[2] *Maiwald,* Jescheck-Festschrift Tomo I pág. 425; *Preuß,* Untersuchungen pág. 225; *Lenckner,* H. Mayer-Festschrift págs. 177 ss. En contra de un planteamiento dogmático singular de estas causas de justificación *Roxin,* Allg. Teil I § 18 núm. 2.

[3] *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 11 antes del § 32.

dor del deber de cuidado en los delitos imprudentes vid. *infra* § 55 I 2b). En estos casos el autor tan sólo recibe una *autorización de acción* para obrar arriesgadamente, pero no una *facultad de intervención* sobre el bien jurídico protegido pues éste es tan digno de protección como el interés que el autor preserva[4]. A pesar de todo, el comportamiento del autor permanece justificado en su conjunto incluso aunque acaezca el resultado. Sin embargo y a causa de la inseguridad de la situación de partida, constituye siempre un requisito para la justificación el *examen cuidadoso* por parte del autor de las condiciones fácticas de la acción[5].

2. Aún cuando falten los presupuestos que se dan por ciertos del lado del autor, el bien jurídico sobre el que interviene la acción peligrosa no puede ser defendido a través de la *legítima defensa* (§ 32) al no existir una agresión antijurídica. El posible surgimiento de un estado de *necesidad justificante* frente a la intervención en un caso de este tipo, es una cuestión que especialmente sólo puede ser resuelta en el marco de las causas de justificación afectadas[6].

II. Causas de justificación que poseen la estructura del riesgo permitido

Existen diversas causas de justificación que están conformadas de acuerdo con la estructura del riesgo permitido:

1. Un caso especialmente característico es la **preservación de intereses legítimos** en la difamación (§ 193)[7]. Una afirmación lesiva del derecho al honor puede realizarse aún a riesgo de su falta de veracidad o de la imposibilidad de probar ésta, si mediante la manifestación del reproche correspondiente puede ser salvaguardado un interés legítimo público o privado.

No obstante, es discutida la cuestión relativa al emplazamiento del § 193 y su relación de conjunto con el Derecho penal. La jurisprudencia anterior y una parte de la doctrina veían en él un supuesto específico del estado de necesidad justificante[8], algo que sin embargo no puede satisfacer precisamente por no exigirse una preponderancia esencial del interés protegido frente a la tutela del honor (vid. *supra* § 33 IV 3c), en atención a la incertidumbre de la situación típica en toda acción arriesgada. Otros aceptan un caso indeterminado de la ponderación de bienes e intereses[9], aunque precisamente por los motivos expuestos consistiría en una ponderación diversa a la que opera en el estado de necesidad.

---

[4] *Maiwald,* Jescheck-Fesrschrift Tomo I pág. 425; *Gallas,* Bockelmann-Festschrift pág. 167 nota a pie núm. 32; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 11 antes del § 32. *Günther,* Strafrechtswidrigkeit pág. 270 alcanza las causas de exclusión del injusto penal a partir de la "mera facultad de acción".

[5] *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 19 antes del § 32; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 33 antes del § 32 (en contra); *Preisendanz,* nota preliminar núm. 116 antes del § 32; *Lackner,* nota preliminar núm. 29 antes del § 32.

[6] *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 11 antes del § 32.

[7] Así, *Dreher/Tröndle,* § 193 núm. 1; *Gallas,* Beiträge pág. 37; *Hirsch,* Ehre und Beleidigung págs. 200 ss.; *Lenckner,* H. Mayer-Festschrift págs. 179 ss.; *el mismo,* Noll-Gedächrnisschrift pág. 249; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 193 núm. 8; *Heinitz,* Eb. Schmidt-Festschrift pág. 282; *Roxin,* Allg. Teil I § 18 núm. 31; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 321; *Welzel,* Lehrbuch pág. 320. *Günther,* Strafrechtswidrigkeit pág. 314 acepta una causa de exclusión del injusto penal.

[8] Así, RG 62, 83 (93); 65, 333 (335); BGHZ 3, 270 (281); *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 352; *Kohlrausch/Lange,* § 193 comentario I; *Mezger,* Lehrbuch págs. 206 ss.

[9] En este sentido *Lackner,* § 193 núm. 1; *SK (Rudolphi)* § 193 núm. 1; *Blei,* Bes. Teil pág. 97; *Noll,* ZStW 68 (1956) págs. 192 ss.; *Fuhrmann,* JuS 1970, pág. 71. En esta línea también BGH 18, 182 (184).

La primacía que, de acuerdo con el § 193 y bajo ciertos presupuestos, se concede a las expresiones lesivas del honor, se explica ante todo por el mayor rango de la libertad de expresión y de información (art. 5 I GG) [10]. El Ordenamieno jurídico **permite** también manifestaciones que comportan el riesgo de una lesión al honor, con la finalidad de mantener el pluralismo ideológico o de opinión en una democracia como bien irrenunciable y evitar así que tales libertades se atrofien por miedo a consecuencias penales derivadas de los §§ 185 ss [11].

2. La **afirmación de unos hechos** que se muestre como una calumnia (§ 186) o injuria (§ 185) está justificada si, de acuerdo con el § 193, concurren los **requisitos** para la salvaguarda de intereses legítimos [12]. Entre estos se encuentra, en primer lugar, que la declaración sea el *único* medio para alcanzar el fin legítimo y que el autor haya actuado con la intención de preservar tal interés (elemento subjetivo de justificación). Como intereses legítimos en el sentido del § 193 no sólo cuentan los propios del autor u otros de carácter privado que le afectan de cerca, sino asimismo intereses de la colectividad. En especial, la *prensa* también puede valerse del § 193 cuando se vea obligada a difundir hechos perjudiciales para el honor de las personas para cumplir su función frente a la opinión pública [13]. La declaración debe evidenciarse, además, como un medio *adecuado* para la salvaguardia del fin legítimo. Esto implica, por un lado, que por su rango e importancia el interés que pretende preservar el autor posea una relación aceptable con la protección del honor que el afectado puede esperar por parte del Derecho penal. En este punto existe también en el § 193 una ponderación de intereses que, no obstante, se diferencia de la que tiene lugar en el estado de necesidad justificante. Asimismo, el autor no debe estar convencido de la falsedad de la declaración (según el § 187 ninguna difamación está cubierta a través del § 193) y debe haber cumplido su *deber de información* antes de comunicarla o difundirla (BGH 3, 73 [75]; 14, 48 [51]). Por tanto, debe haber examinado con todos los medios de que dispone si la afirmación de los hechos lesiva para el honor que realiza se corresponde con la verdad y si puede probarse [14]. Finalmente, es también necesario que la declaración se efectúe de una forma *adecuada* (§ 193 *in fine*). Simultáneamente, del § 193 se deriva que juicios de valor injuriosos que son independientes de las afirmaciones relativas a hechos no pueden quedar cubiertos, pues para la salvaguardia del interés legítimo basta con que sean manifestados los hechos atentatorios

---

[10] Así, BVerfGE 42, 143 (152); BGH 12, 287 (293); BGH MDR 1971, pág. 999. Crítico con la proyección del art. 5 I GG al derecho al honor personal por parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal *LK* (11.ª) *(Herdegen)* § 193 núms. 4 ss.; de modo similar *Roxin*, Allg. Teil I § 18 núms. 31 ss., quien con acierto diferencia entre afirmaciones valorativas y fácticas. Vid. también *Eser*, Wahrnehmung berechtigter Interessen págs. 40 ss.; *Lenckner*, Noll-Gedächtnisschrift págs. 247 ss.; *Suppert*, Studien págs. 223 ss.

[11] Por ello el § 193 no es una mera causa de exculpación, tal y como todavía fue aceptado por la RG 64, 23 (asimismo, *Erdsiek*, JZ 1969, págs. 315 ss.; *Eike Schmidt*, JZ 1970, págs. 11 ss.). No obstante, bajo requisitos rigurosos pueden ser admitidas acciones practicadas en estado de necesidad; así, *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 12 antes del § 32; *Roxin*, Allg. Teil I § 18 núm. 33.

[12] Puede encontrarse un resumen en *Geppert*, Jura 1985, págs. 25 ss.; *Tenckhoff*, JuS 1989, pág. 198.

[13] La postura anteriormente contraria de la jurisprudencia (RG 25, 68; 56, 383; 64, 13; 65, 360) asumió la opinión dominante expresada en el texto principal, al ser la única que se corresponde con la función pública de los medios de comunicación reconocida por las leyes de prensa de los *Länder;* vid. BVerfGE 12, 113 (125 ss.); 24, 278 (282 ss.); BGHZ 31, 308; BGH 18, 182 (187); *Fuhrmann*, JuS 1970 págs. 70 ss.; *Rehbinder*, Die öffentliche Aufgabe der Presse págs. 120 ss.

[14] *Dreher/Tröndle*, § 193 núm. 8; *Lackner*, § 193 núm. 10; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 193 núm. 11. En contra de un deber especial de información *Roxin*, Allg. Teil I § 188 núm. 45.

al honor (acerca del tratamiento de los juicios de valor de carácter injurioso vid. *infra* 2 *in fine*). Además, el injuriado es protegido en el proceso exigiendo que tan sólo pueda entrarse en la cuestión de la preservación del interés legítimo tras haber sido examinadas las posibilidades de prueba del hecho afirmado (BGH 11, 273).

Ejemplos: El apoderado de una empresa puede formular la acusación de apropiación indebida en contra del contable si de un examen de los libros y la caja se han derivado importantes motivos de sospecha. Quien, por el contrario, sobre la base exclusiva de una comunicación oral no contrastada, afirma a través de la prensa en contra de un político sus sospechas en torno a su actividad comunista, no puede acogerse al § 193 porque no ha satisfecho suficientemente el deber de información que le era preceptivo (BGH 14, 48 [51]). En una contienda electoral un político debe tolerar, como consecuencia de su comportamiento anterior, la acusación de poseer un "carácter contradictorio" y de cambiar de bando conforme a sus intereses personales (BGH 12, 287 [293 ss.]). Por el contrario, las informaciones relativas a la vida privada de un político que sólo pretenden causar escándalo y sensacionalismo, se encuentran fuera de la finalidad pública a la que la prensa puede recurrir para defender los intereses legítimos en juego (BGH 18, 182 [187]).

Los **juicios de valor** de carácter **injurioso** no están justificados a través del § 193, pues aquí no se trata de riesgo alguno de la falsedad. Más bien estamos ante una ponderación entre la libertad de expresión garantizada constitucionalmente por parte de quien injuria y del derecho a la personalidad del injuriado. Esa ponderación tiene que realizarse caso por caso de acuerdo con la importancia de los bienes e intereses implicados (BVerfGE 30, 173 [195 ss.]; 67, 213 [224 ss.]; 75, 369 [376 ss.] acerca de la libertad de expresión artística según el art. 5 III GG frente a la dignidad de la persona de acuerdo con el art. 1 I GG; BVerfGE 12, 113 [127 ss.]; 61, 1 [7 ss.]; 69, 257 [269 ss.] respecto de la libertad de expresión conforme al art. 5 I GG frente a la pretensión de respeto del afectado según el § 185 StGB).

Ejemplo: La declaración pública de que "los soldados son asesinos en potencia" realiza el tipo de las injurias (§ 185) en relación con todos los soldados en activo del ejército federal (acerca de la injuria frente a colectivos BGH 36, 83). El hecho no está justificado por el ejercicio de la libertad de expresión (art. 5 I GG), pues la declaración evidencia un insulto a los miembros de aquel cuerpo y no se muestra como un medio adecuado y necesario para expresar la posesión de un profundo convencimiento pacifista (BayObLG JR 1992, pág. 76 y OLG Frankfurt JR 1992, pág. 79 con comentario aprobatorio de *Brammsen* pág. 82; con otra opinión al respecto BVerfG NJW 1992, pág. 2073 [2074], así como BVerfG NJW 1994, pág. 2943 [15]).

3. Otras causas de justificación basadas en la idea del riesgo permitido y que requieren un examen conforme a deber en torno a la incertidumbre de sus presupuestos son el **consentimiento presunto**, cuando la voluntad supuesta del ofendido no coincide con la real (vid. *supra* § 34 VII 2) [16], así como los supuestos de **actuaciones oficiales** cuando en la realidad se encuentran ausentes los presupuestos materiales de la intervención del funcionario, a pesar de haberlos examinado y aprobado conforme a deber (vid. *supra* § 35 I 3).

Sección 2.ª: La culpabilidad

La teoría de la antijuricidad tiene por objeto responder a la cuestión de qué requisitos son necesarios para que una acción contradiga al Ordenamiento jurídico. Los criterios de acuerdo con los cuales se enjuicia un comportamiento humano como antijurídico no prestan atención

---

[15] Véase al respecto la convincente crítica de *Herdegen*, NJW 1994, pág. 2933.

[16] Las transacciones arriesgadas de un administrador de bienes no son típicas de acuerdo con el § 266 cuando existe el acuerdo de su titular. Faltando éste, su comportamiento aún puede quedar justificado sobre la base del consentimiento presunto (de otra opinión en la 3.ª ed. de esta obra pág. 326); vid. sobre ello *Hillenkamp*, NStZ 1981, págs. 165 ss.

alguna a las cualidades individuales del autor; la prohibición de robar rige tanto para los pobres como para los ricos, las normas del Derecho penal sexual se dirigen tanto a las personas instintivamente violentas como a los ciudadanos normales mentalmente equilibrados, los deberes de cuidado de la circulación viaria afectan tanto a los novatos como a los conductores experimentados. En este sentido, pues, el Derecho penal juzga "*sin consideración a la persona*". No obstante, el objeto del enjuiciamiento varía tan pronto como entramos en la culpabilidad. Aquí se trata la cuestión de bajo qué requisitos el autor, como persona de carne y hueso que es, puede ser hecho responsable por su acción antijurídica. Para poder valorar esto se examina de qué forma se ha desarrollado la voluntad de acción antijurídica. Según ello, la culpabilidad significa que *son objeto de valoración negativa las máximas por las que se ha dejado llevar el autor en la formación de la voluntad y que, por ello, le puede ser reprochado personalmente el hecho*. Con mayor concisión: la **culpabilidad** es **reprochabilidad por la formación de la voluntad**. De acuerdo con el contexto en el que es utilizado, el concepto de culpabilidad se subdivide en el *principio de culpabilidad*, la *culpabilidad como fundamento de la pena* y la *culpabilidad como medida de la pena* [1]. El primero afirma que la pena criminal sólo puede ser fundamentada si al autor le puede ser reprochado el hecho y que la pena sólo es admisible dentro de los límites de la culpabilidad (vid. *supra* § 4 I). La culpabilidad como fundamento de la pena es la encarnación de los requisitos que pueden excluir o fundamentar la reprochabilidad del hecho en atención a la existencia de la amenaza penal (vid. *infra* § 39 IV). Finalmente, la culpabilidad como medida de la pena es el conjunto de las circunstancias que responsabilizan al autor y que son tenidas en cuenta en la determinación de la pena (vid. § 46 I 1).

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

§ 37 Fundamentos antropológicos del concepto de culpabilidad

Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974; *P-A. Albrecht*, Unsicherheitszonen des Schuldstrafrechts, GA 1983, pág. 193; *Ancel*, La défense sociale nouvelle, 3.ª ed. 1981; *v. Baeyer*, Die Freiheitsfrage in der forensischen Psychiatrie usw., Der Nervenarzt 28 (1957) pág. 337; *el mismo*, Neurose, Psychotherapie und Gesetzgebung, Handbuch der Neurosenlehre und Psychotherapie, Tomo I, 1959, pág. 627; *Baratta*, Strafrechtsdogmatik und Kriminologie, ZStW 92 (1980) pág. 107; *Bauer*, Das Verbrechen und die Gesellschaft, 1957; *el mismo*, Das Strafrecht und das heutige Bild vom Menschen, en: *Reinisch* (Ed.), Die deutsche Strafrechtsreform, 1967, pág. 11; *el mismo*, Vom kommenden Strafrecht, 1969; *Baumann*, Soziale Verantwortung ohne soziale Freiheit? JZ 1969, pág. 181; *Baurmann*, Zweckrationalität und Strafrecht 1987; *Bacigalupo*, Bemerkungen zur Schuldlehre im Strafrecht, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 477; *Bockelmann*, Vom Sinn der Strafe, Heidelberger Jahrbücher, Tomo V, 1961, pág. 25; *el mismo*, Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit, ZStW 75 (1963) S. 372; *el mismo*, Schuld, Schicksal und Verantwortung des Menschen, en: *Wickler* y otros (Edrs.) Freiheit und Determination, 1966, pág. 91; *el mismo*, Zur Problematik der Sonderbehandlung von Überzeugungsverbrechern, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 543; *el mismo*, Zur Kritik der Strafrechtskritik, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 1; *Bodenheimer*, Philosophy of Responsibility, 1980; *Bopp*, Der Gewissenstäter usw., 1974; *Burkhardt*, Charaktermängel und Charakterschuld, en: *Lüderssen/Sack* (Ed.), Vom Nutzen und Nachteil der

[1] Así, *Achenbach*, Schuldlehre págs. 3 ss.; *Lackner*, nota preliminar núm. 22 antes del § 13; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 30 núm. 2; *Roxin*, Bockelmann-Festschrift pág. 279; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 107 antes del § 13; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 1 antes del 19; *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 49 antes del § 3.

Sozialwissenschaften für das Strafrecht, Tomo I, 1980, pág. 87; *el mismo*, Der Wille als konstruktives Prinzip der Strafrechtsdogmatik, en: *Heckhausen* y otros, (ed.), Jenseits des Rubikon: Der Wille in den Humanwissenschaften, 1987, pág. 319; *v. Burski*, Die Zeugen Jehovas usw., Diss. Freiburg 1970; *Danner*, Gibt es einen freien Willen? 4.ª ed. 1977; *el mismo*, Gedanken zur "psychologischen Wahlfreiheit" des Menschen, MSchrKrim 1971, pág. 48; *Graf zu Dohna*, Willensfreiheit und Verantwortlichkeit, 1907; *el mismo*, Ein unausrottbares Mißverständnis, ZStW 66 (1954) pág. 505; *Dreher*, Der psychologische Determinismus Manfred Danners, ZStW 95 (1983) pág. 340; *el mismo*, Die Willensfreiheit, 1987; *el mismo*, Unser indeterministisches Strafrecht, Festschrift für G. Spendel, 1992, pág. 13; *Dürig*, Art. 103 III GG und die "Zeugen Jehovas", JZ 1967, pág. 426; *Dux*, Der Täter hinter dem Tun, 1988; *Ebbinghaus*, Kant und das 20. Jahrhundert, Studium Generale 1954, pág. 513; *Ebert*, Der Überzeugungstäter usw., 1975; *Ellscheid/Hassemer*, Strafe ohne Vorwurf, Civitas, Jahrbuch für Sozialwissenschaften 9 (1970) pág. 27; *Engisch*, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 2.ª ed. 1965; *el mismo*, Über die Charakterschuld, MSchrKrim 1967, pág. 108; *el mismo*, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971; *Figueiredo Dias*, Schuld und Persönlichkeit, ZStW 95 (1983) pág. 220; *Fischer*, Der Schuldbegriff im Kontext heutiger theologischer Anthropologie, en: *Hertz* (ed.), Handbuch der christlichen Ethik, Tomo 3, 1982, pág. 160; *Frey*, Schuld, Verantwortung, Strafe als kriminalpolitisches Problem, en: *Frey* (ed.), Schuld, Verantwortung, Strafe, 1964, pág. 297; *Frister*, Schuldprinzip usw., 1988; *el mismo*, Die Struktur des "voluntativen Schuldelements", 1993; *Gehlen*, Der Mensch, 6.ª ed. 1958; *Gimbernat Ordeig*, Strafrechtssystematik auf der Grundlage der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit, Festschrift für H. Henkel, 1974, pág. 151; *Gramatica*, Principi di difesa sociale, 1961; *Grasnick*, Über Schuld, Strafe und Sprache, 1987; *Griffel*, Der Mensch, Wesen ohne Verantwortung? 1975; *Haddenbrock*, Die Unbestimmtheitsrelation von Freiheit und Unfreiheit usw., Der Nervenarzt 32 (1961) pág. 145; *el mismo*, Personale oder soziale Schuldfähigkeit usw., MSchrKrim 1968, pág. 145; *el mismo*, Freiheit und Unfreiheit der Menschen im Aspekt der forensischen Psychiatrie, JZ 1969, pág. 121; *el mismo*, Strafrechtliche Handlungsfähigkeit und "Schuldfähigkeit" usw., Handbuch der forensischen Psychiatrie, Tomo II, 1972, pág. 863; *Hafi*, Der Schulddialog, 1978; *Nicolai Hartmann*, Ethik, 3.ª ed. 1949; *el mismo*, Einführung in die Philosophie, 3.ª ed. 1954; *Hassemer*, Alternativen zum Schuldprinzip? en: *Baumgartner/Eser* (eds.), Schuld und Verantwortung, 1983, pág. 89; *Heinitz*, Strafzumessung und Persönlichkeit, ZStW 63 (1951) pág. 57; *el mismo*, Der Überzeugungstäter im Strafrecht, ZStW 78 (1966) pág. 615; *Heisenberg*, Das Naturbild der modernen Physik, 1955; *Heiß*, Allgemeine Tiefenpsychologie, 1956; *Henkel*, Der Mensch im Recht, Studium Generale 1960, pág. 229; *el mismo*, Die Selbsrbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem, Festschrift für K. Larenz, 1973, pág. 3; *Hirsch*, Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, ZStW 106 (1994) pág. 746; *H. F. Hoffmann*, Die Schichttheorie, 1935; *Holzhauer*, Willensfreiheit und Strafe, 1970; *Hupperschwiller*, Gewissen und Gewissensbildung in jugendkriminologischer Sicht, 1970; *Jakobs*, Das Schuldprinzip, 1993; *Jareborg*, Zur Reform des schwedischen Strafzumessungsrechts, ZStW 106 (1994) pág. 140; *Jescheck*, Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform, 1957; *el mismo*, Das Gewissen und die strafrechtliche Verantwortlichkeit, Revista Jurídica de Buenos Aires 1959, pág. 24; *Jung*, Sanktionensysteme und Menschenrechte, 1992; *Kant*, Kritik der reinen Vernunft [1781], Ausgabe der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft, Tomo II, 1956; *Kargl*, Kritik des Schuldprinzips, 1982; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik im AE, ZStW 80 (1968) pág. 34; *el mismo*, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982; *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 2.ª ed. 1976; *el mismo*, Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens, JZ 1967, pág. 553; *el mismo*, Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 27; *el mismo*, Schuld und Prävention, Festsschrift für R. Wassermann, 1985, pág. 889; *el mismo*, Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz, Jura 1986, pág. 225; *Hilde Kaufmann*, Was läßt die Kriminologie vom Strafrecht übrig? JZ 1962, pág. 193; *W. Keller*, Das Problem der Willensfreiheit, Handbuch der Neurosenlehre und Psychotherapie, Tomo V, 1960, pág. 541; *Klug*, Die zentrale Bedeutung des Schutzgedankens für den Zweck der Strafe, 1938; *Kohlrausch*, Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung, Festgabe für K. Güterbock, 1910, pág. 3; *Kraushaar*, Das Gewissen im Strafrecht usw., GA 1959, pág. 325; *Krümpelmann*, Motivation und Handlung im Affekt, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 327; *el mismo*, Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit usw., ZStW 88 (1976) pág. 6; *el mismo*,

Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs, GA 1983, pág. 337; *Kunz*, Prävention und gerechte Zurechnung, ZStW 98 (1986) pág. 823; *Lackner*, Prävention und Schuldunfähigkeit, Festschrift für Th. Kleinknecht, 1985,pág. 245; *Lange*, Die moderne Anthrophologie und das Strafrecht, en: *Frey* (ed.), Schuld, Verantwortung, Strafe, 1964, pág. 277; *el mismo*, Ist Schuld möglich? Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 261; *Lenckner*, Strafe, Schuld und Schuldunfähigkeit en: *Göppinger/Witter*, Handbuch der forensischen Psychiatrie, Tomo I, 1972, pág. 3; *Lersch*, Aufbau der Person, 11.ª ed. 1970; *v. Liszt*, Aufsätze und Vorträge, Tomo II, 1905, pág. 25; *Maiwald*, Gedanken zu einem sozialen Schuldbegriff, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 149; *Mangakis*, Über das Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit, ZStW 75 (1963) pág. 499; *H. Mayer*, Kant, Hegel und das Strafrecht, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 54; *Mergen*, Kriminologie und Strafrecht, 1966; *Mezger*, Über Willensfreiheit, Sitzungsberichte der Bayer. Akademie der Wissenschaften, 1944/46, Heft 9; *Müller-Dietz*, Gewissensfreiheit und Strafrecht, Festschrift für K. Peters, 1974, pág. 91; *Nagler*, Der Überzeugungsverbrecher, GS 94 (1927) pág. 48; *Nass*, Wandlungen des Schuldbegriffs im Laufe des Rechtsdenkens, 1963; *Neufelder*, Schuldbegriff und Verfassung, GA 1974, pág. 289; *Noll*, Der Überzeugungstäter im Strafrecht, ZStW 78 (1966) pág. 638; *Nowakowski*, Freiheit, Schuld, Vergeltung, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 55; *el mismo*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, pág. 19; *Otto*, Über den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde, GA 1981, pág. 481; *Peters*, Überzeugungstäter und Gewissenstäter, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 257; *el mismo*, Bemerkungen zur Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zur Wehrersatzdienstverweigerung aus Gewissensgründen, JZ 1966, pág. 457; *el mismo*, Abschließende Bemerkungen zu den Zeugen-Jehovas-Prozessen, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 468; *Plack*, Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts, 1974; *Portmann*, Biologische Fragmente zu einer Lehre vom Menschen, 3.ª ed. 1969; *Radbruch*, Der Überzeugungstäter, ZStW 44 (1924) pág. 34; *el mismo*, Verhandlungen des 34. DJT, Tomo II, 1927, pág. 354; *Ranft*, Hilfspflicht und Glaubensfreiheit usw., Festschrift für E. Schwinge, 1973, pág. 111; *Ricoeur*, Philosophie de la volonté, Tomo I, 1949; *Rothacker*, Die Schichten der Persönlichkeit, 5.ª ed. 1952; *Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, pág. 377; *el mismo*, Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, MSchrKrim 1973, pág. 316; *el mismo*, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtlichen Systemkategorien, Festschrift für H. Henkel, 1974, pág. 171; *el mismo*, Zur jüngsten Diskussion der Schuld usw., Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 279; *el mismo*, Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW 96 (1984) pág. 641; *el mismo*, Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig? SchwZStr 104 (1987) pág. 356; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969; *Scheffler*, Grundlegung eines kriminologisch orientierten Strafrechtssystems, 1987; *Schreiber*, Was heißt heute strafrechtliche Schuld usw., Der Nervenarzt 48 (1977) pág. 242; *Schüller*, Gewissen und Schuld, en: *Fuchs* (ed.), Das Gewissen, 1979, pág. 34; *Schünemann*, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, en: *Schünemann* (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pág. 153; *el mismo*, Entwicklung der Schuldlehre in Deutschland, en: *Hirsch/Weigend* (Edrs.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989,pág. 148; *el mismo*, Die Kriminalpolitik und das Strafrechtssystem, en: *Lahti/Nuotio* (eds.), Strafrechtstheorie im Umbruch, 1992 pág. 157; *Seelmann*, Neue Entwicklungen usw., Jura 1980, pág. 505; *Sproß*, Die Unrechts-und Strafbegründung bei dem Überzeugungs-und Gewissenstäter, 1990; *Stratenwerth*, Tatschuld und Strafzumessung, 1972; *el mismo*, Literaturbericht, ZStW 85 (1973) pág. 469; *el mismo*, Willensfreiheit-eine staatsnotwendige Fiktion? SchwZStr 101 (1984) pág. 225; *Streng*, Schuld, Vergeltung, Generalprävention, ZStW 92 (1980) pág. 637; *Thiemeyer*, Grundlagenprobleme des normativen Schuldbegriffs, GA 1986, pág. 203; *Thomae*, Bewußtsein, Persönlichkeit und Schuld, MSchrKrim 1961, pág. 114; *Thomae/Schmidt*, Psychologische Aspekte der Schuldfähigkeit, Handbuch der Psychologie, Tomo II, 1967, pág. 326; *Tiedemann*, Zur legislatorischen Behandlung des Verbotsirrtums usw., ZStW 81 (1969) pág. 869; *Tiemeyer*, Zur Möglichkeit eines erfahrungswissenschaftlich gesicherten Schuldbegriffs, ZStW 100 (1988) pág. 527; *el mismo*, Der "relative Indeterminismus" und seine Bedeutung für das Strafrecht, ZStW 105 (1993) pág. 483; *Welzel*, Vom irrenden Gewissen, 1949; *el mismo*, Gesetz und Gewissen, DJT-Festschrift, 1960, pág. 383; *el mismo*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4.ª ed. 1962; *el mismo*, Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft, Erinnerungsgabe für M. Grünhut, 1965, pág. 173; *el mismo*, Die Frage nach der Rechtsgeltung, 1966; *el mismo*, Gedanken zur "Willensfreiheit", Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 91; *A. Wenzl*, Philosophie der Freiheit, 1947; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2.ª ed. 1967; *Witter*, Die

Grundlagen für die Beurteilung der Schuldfähigkeit im Strafrecht, en: *Witter* (ed.), Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht, 1987, pág. 37; *E. Wolf*, Verbrechen aus Überzeugung, 1927; *Würtenberger*, Jurisprudenz und philosophische Anthropologie, Freiburger Dies Universitatis, Tomo 7, 1958/59, pág. 85; *el mismo*, Vom rechtschaffenen Gewissen, Festschrift für E. Wolf, 1962, pág. 337; *Zipf*, Der strafrechtliche Schuldbegriff, JBl 1980, 186.

I. Principio de culpabilidad y libre albedrío

1. El **principio de culpabilidad** es considerado en Alemania como el presupuesto subjetivo decisivo de la responsabilidad penal (vid. *supra* § 4 I 2)[2]: la pena criminal *sólo* puede ser fundamentada sobre la comprobación de que al autor se le puede reprochar la formación de la voluntad que le condujo a la resolución delictiva y, además, aquélla nunca puede ser más grave que lo que el autor se merece según su culpabilidad[3]. **El principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión de la persona**, pues sólo cuando esencialmente existe la capacidad de determinación conforme a las normas jurídicas puede ser hecho responsable el autor por haber cometido el hecho antijurídico en lugar de dominar sus instintos criminales. Si todo hacer u omitir estuviera determinado decisivamente a través de la eficacia causal pro-

---

[2] Según *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip pág. 115 el principio de culpabilidad "en su naturaleza absoluta es la verdadera y más profunda justificación del Derecho penal"; de acuerdo con el BVerfGE 20, 323 (331) el principio nulla poena sine culpa posee "el rango de un principio constitucional". Vid., además, BVerfGE 9, 167 (169); 23, 127 (132 ss.); 50, 125 (133); 50, 205 (214); BGH 2, 194 (200). El rango constitucional del principio de culpabilidad descansa sobre la dignidad de la persona (art. 1 GG) y el principio del Estado de Derecho (art. 28 II GG). Acerca de la relación entre el principio de culpabilidad y la dignidad de la persona *Otto*, GA 1981, págs. 486 ss.; con carácter general respecto al principio de culpabilidad y los derechos fundamentales *Frister*, Schuldprinzip págs. 37 ss. Son contrarios al principio de culpabilidad *Baurman*, Zweckrationalität págs. 253 ss. ("culpabilidad como criterio para la proporcionalidad"); *Neufelder*, *GA* 1974, pág. 307 (culpabilidad como "imputación subjetiva"); *Kargl*, Kritik pág. 246 (culpabilidad como ficción en perjuicio del acusado); *Scheffler*, Grundlegung pág. 138 (en lugar de la culpabilidad, existencia objetiva de la responsabilidad unida al principio de culpabilidad); *Dux*, Der Täter pág. 57 (la culpabilidad "pertenece a tiempos pasados"). *Jakobs*, Allg. Teil 17/22 ss. el concepto de culpabilidad queda absorbido por la prevención general positiva; en contra, con razón, *Roxin*, SchwZStr 104 (1987) págs. 364 ss. La definición de *Jakobs*, Schuldgrundsatz pág. 35 de que "la culpabilidad material consiste en la infidelidad a las normas legítimas", desatiende completamente el carácter individual de la reprochabilidad del hecho. *Roxin*, Allg. Teil I § 19 núms. 3 ss. vincula la culpabilidad y la necesidad preventiva de pena a la nueva categoría delictual de la "responsabilidad". En contra, *LK* (11.ª) *(Jescheck)* nota preliminar núm. 72 antes del § 13 con referencias; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 182 antes del § 32.

[3] El principio de culpabilidad es una proposición jurídica constitucional no sólo en su función limitadora de la pena sino también en su aspecto fundamentador de la misma; de otra opinión *Roxin*, JuS 1966, pág. 384; *el mismo*, MSchrKrim 1973, págs. 319 ss.; *el mismo*, Bockelmann-Festschrift pág. 297; *el mismo*, SchwZStr 104 (1987) pág. 372; *Schünemann*, Die Funktion des Schuldprinzips pág. 189; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 1 antes del § 19; §§ 2 II, 59 AE. La doctrina mayoritaria se pronuncia en el sentido del texto principal vid., especialmente, *Arthur Kaufmann*, JZ 1966, pág. 555; *el mismo*, Jura 1986, pág. 230; *el mismo*, Wassermann-Festschrift pág. 890; *Lenckner*, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit pág. 18; *Hirsch*, ZStW 106 (1994) págs. 755, 764 ss.; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 182 antes del § 32; *Kühl*, Allg. Teil § 10 núms. 2 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I 30 núm. 49; *LK* (11.ª) *(Jähnke)* § 20 núm. 10; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 109 antes del § 13; *Stratenwerth*, ZStW 85 (1973) pág. 490; *Wessels*, Allg. Teil núm. 398.

pia de los procesos naturales y privado de la influencia de las fuerzas de la voluntad, tendría tan poco sentido reprocharle a la persona sus hechos como hacerlo responsable por sus enfermedades. Pero, incluso, si todas las acciones humanas estuvieran inevitablemente prescritas, si bien no naturalmente pero sí psicológicamente por la peculiaridad del carácter, el predominio de los motivos existentes en ese momento y de los estímulos del mundo exterior, harían que la pena no pudiera ser entendida como un juicio de desvalor *ético*-social sino que debería recibir un sentido neutral.

Por ello, los *adversarios del libre albedrío que son consecuentes*, conectando con *Franz v. Liszt* y su teoría, según la cual, el determinismo lógico debe conducir "necesariamente al completo e ilimitado reproche de la pena retributiva, al reconocimiento exclusivo e incondicional de la pena como finalidad" [4], han sostenido un Derecho penal fundamentado en la renuncia al principio de culpabilidad en sentido ético-social y en el entendimiento meramente formal de la culpabilidad como la suma de los elementos subjetivos de imputación del hecho [5].

2. Por el contrario, un Derecho penal orientado al principio de culpabilidad debe enfrentarse con la **problemática del libre albedrío** [6]. Respecto a esta última, aquí sólo puede ser abordada en la medida en que con ella se cuestiona la fundamentación de la culpabilidad penal [7].

a) Fueron pocos los que todavía últimamente defendían el *dogma clásico del indeterminismo carente de presupuestos*, según el cual, la persona puede seguir en todo momento tanto la voz de

---

[4] *v. Liszt*, Aufsätze Tomo II pág. 52.

[5] Vid., por ejemplo, *Bauer*, Das Verbrechen págs. 17 ss.; *el mismo*, Das heutige Bild págs. 16 ss.; *el mismo*, Vom kommenden Strafrecht págs. 59 ss.; *Baratta*, ZStW 92 (1980) págs. 140 ss.; *Danner*, Gibt es einen freien Willen? págs. 190 ss.; *el mismo*, MSchrKrim 1971, págs. 53 ss. (con una comparación clara de las consecuencias); *Gramatica*, Principi págs. 41 ss. (en adhesión al "Progetto preliminare" de *Ferri* del año 1921); *Kargl*, Kritik des Schuldprinzips págs. 252 ss.; *Ellscheid/Hassemer*, Civitas 9 (1970) pág. 27; *Plack*, Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts, 1974; *Streng*, ZStW 92 (1980) págs. 656 ss.; *Klug*, Die zentrale Bedeutung des Schutzgedankens págs. 108 ss.; *Mergen*, Kriminologie und Strafrecht pág. 17. De otra opinión la actual "Defensa Social"; vid. *Marc Ancel*, Défense sociale nouvelle pág. 187: "Par là qu,on le veuille ou non, c,est l,idée ou plutôt le sentiment de la faute qui se trouve réintroduit dans le droit pénal". Vid. también al respecto, *Hilde Kaufmann*, JZ 1962, págs. 195 ss.; *Lange*, Die moderne Anthropologie págs. 281 ss.; *el mismo*, Bockelmann-Festschrift pág. 270; *Bockelmann*, Lange-Festschrift págs. 1 ss. También en los países escandinavos pierde terreno la fundamentación puramente utilitarista de la pena; vid. *Agge/Thornstedt*, Das schwedische Strafrecht pág. 260; *Jareborg*, ZStW 106 (1994) págs. 148 ss. (en contra de la crítica de *Jung*, Sanktionssysteme págs. 211 ss.). En contra de *Danner* detalladamente *Dreher*, ZStW 95 (1983) págs. 340 ss.

[6] También *Mezger* dejó de defender la tesis expuesta en su Manual (Lehrbuch pág. 251) de acuerdo con la cual la culpabilidad penal como "culpabilidad jurídica" es independiente de la discusión sobre el libre albedrío. Por el contrario, *H. Mayer*, Grundriß pág. 105 sitúa su teoría de la imputación subjetiva, independientemente de la cuestión del libre albedrío, sobre el hecho del "dominio de la voluntad". Para *Roxin*, ZStW 96 (1984) pág. 653 lo único importante es si "el autor era básicamente motivable de acuerdo con la norma en el momento de la comisión del hecho"; en Allg. Teil I § 19 núm. 35 alude a que el autor "posea la capacidad de comportarse de acuerdo con la norma" y "que psíquicamente le fuera accesible una alternativa de comportamiento adecuado a Derecho" (núm. 3). *Gimbernat Ordeig*, Henkel-Festschrift pág. 166 se conforma con la comprobación de que la pena "carezca de una función metafísica retributiva o purificadora". En contra de *Gimbernat*, *Bacigalupo*, Welzel-Festschrift págs. 481 ss. *Haddenbrock*, MSchrKrim 1968, págs. 151 y JZ 1969, págs. 121 ss. no fundamenta su concepto de culpabilidad sobre el libre albedrío sino sobre la capacidad de responsabilidad de la persona. Como en el texto principal *Schultz*, Einführung I págs. 178 ss.; *Armin Kaufmann* Strafrechtsdogmatik págs. 271 ss.; *LK* (11.ª)*(Jähnke)* § 20 núms. 10 ss.

[7] Una exposición acerca de la cambiante historia de este problema a lo largo del siglo XIX la proporciona *Holzhauer*, Willensfreiheit und Strafe, 1970.

su conciencia como la de la tentación y, conforme a ello, determinar su mérito y culpabilidad en correspondencia con su decisión libre [8]. Cercano a esta concepción estuvo también el BGH cuando señaló lo siguiente: "con el juicio de desvalor de la culpabilidad al autor se le reprocha el haberse decidido por el injusto, a pesar de que habría podido decidirse por actuar conforme a Derecho" (BGH 2, 194 [200]). De forma similar se expresa la fundamentación del E 1962: "La reprochabilidad exige que en el momento del hecho el autor fuera capaz de evitar la concreta formación de la voluntad destinada a la realización del hecho" (pág. 137). Frente a la objeción de que la aceptación de la libertad supone una ruptura del principio causal científicamente insostenible, le es opuesta la tesis consistente en que incluso para las Ciencias de la naturaleza no rige completamente la ley de la causalidad sino que hay que admitir un "margen de libertad" [9]. Por ello, en la antropología filosófica se defiende parcialmente el punto de vista de que en el ámbito de la responsabilidad ética y jurídica rige una forma especial de determinación, esto es, la conformada por la ley moral, en la que aunque ciertamente la persona está determinada, también conserva sin embargo su libertad [10]. En este sentido, junto a la forma de pensamiento causal referido a la naturaleza se acepta otra de carácter "espontáneo" referida a la psique mediante la que se expresa la creatividad, autonomía y espiritualidad de la personalidad humana [11]. Por el contrario, la doctrina dominante ha considerado que es imposible probar la fundamentación del reproche culpabilístico a través de la libertad del hombre como persona *individual* [12]. En lugar de ésta se acepta que sólo es posible un juicio de culpabilidad de comparación social en el que se pregunta si "el hombre medio", alguien con una "*personalidad adecuada*", de haberse encontrado en el lugar del autor, habría estado en condiciones de actuar de otro modo [13]. Un tercer sector de opi-

---

[8] Así, *Wegner*, Strafrecht pág. 79.

[9] Vid. *A. Wenzl*, Philosophie der Freiheit pág. 30. Sobre ello *Heisenberg*, Naturbild págs. 26 ss., quien de esta forma interpreta las simples regularidades estadísticas indicando "que sólo se conoce el sistema físico de un modo incompleto".

[10] *Nicolai Hartmann*, Ethik págs. 594, 628 y 635; *el mismo*, Einführung in die Philosophie págs. 179 ss.; *H. Mayer*, Lehrbuch págs. 230 ss.; *Würtenberger*, Freiburger Dies Universitatis 1958/59 pág. 94; *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip págs. 280 ss.; *Griffel*, Der Mensch págs. 192 ss. Acerca del punto de vista de la ética cristiana *Fischer*, Schuldbegriff pág. 166: "La libertad y la responsabilidad constituyen el ser de la persona". Esta teoría ha experimentado una profundización a través de *Dreher*, Willensfreiheit págs. 379 ss. que se sitúa en la conciencia de libertad como la única realidad accesible de la persona. En contra de este planteamiento, *Tiemeyer*, ZStW 100 (1988) pág. 546; vid. también la réplica de *Dreher*, Spendel-Festschrift págs. 13 ss. y la contrarréplica de *Tiemeyer*, ZStW 105 (1993) págs. 500 ss.

[11] Vid. *Mezger*, Willensfreiheit pág. 13; *Welzel*, Lehrbuch págs. 142 ss.; *Mangakis*, ZStW 75 (1963) pág. 523; *W Keller*, Willensfreiheit pág. 576; *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip págs. 118, 130. Básicamente también *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 366; *Baumann*, JZ 1969, pág. 182; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 36 núm. 12; *Wessels*, Allg. Teil núm. 401; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein págs. 12 ss. Acerca de la comprobación empírica del "poder actuar de otro modo" *v. Baeyer*, Der Nervenarzt 28 (1957) pág. 337.

[12] Vid. *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 109; *Blei*, Allg. Teil págs. 178 ss.; *Hassemer*, Einführung págs. 228 ss.; *Henkel*, Larenz-Festschrift pág. 24; *Haddenbrock*, JZ 1969, págs. 121 ss.; *el mismo*, Strafrechtliche Handlungsfähigkeit und "Schuldfähigkeit" págs. 893 ss.; *LK* (11.ª) *(Jähnke)* § 20 núm. 8; *Lenckner*, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit pág. 98; *Roxin*, Henkel-Festschrift pág. 175; *el mismo*, ZStW 96 (1984) pág. 643; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 513; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 154. Vid. también *Welzel*, Engisch-Festschrift pág. 101.

[13] Así, *Nowakowski*, Rittler-Festschrift pág. 71; *Graf zu Dohna*, Willensfreiheit pág. 17; *el mismo*, ZStW 66 (1954) pág. 508; *Blei*, Allg. Teil págs. 178 ss.; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 110 ss.; *LK* (10.ª) *(Lange)* § 21 núm. 6; *Haft*, Allg. Teil págs. 119 ss.; *Stratenwerth*, SchwZStr 101 (1984) pág. 234; *Schönke/*

nión no fundamenta la culpabilidad sobre la formación de la voluntad que conduce al hecho concreto, sino sobre las predisposiciones pertenecientes al carácter del autor. A éste se le reprocha no haber adquirido durante el transcurso de su vida la fuerza volitiva y la razón moral correspondiente que habrían sido necesarias para resistir a los estímulos conducentes al hecho antijurídico [14].

b) A la vista de la imposibilidad de aclarar estas cuestiones, en relación con la fundamentación de la culpabilidad penal sólo puede afirmarse con suficiente seguridad lo siguiente [15]: los procesos mentales que sirven de base a la formación de la voluntad no siguen sencillamente las reglas de la naturaleza tal y como lo hacen la presión arterial, la respiración o la digestión, sino que se rigen por sus propias leyes de funcionamiento. **La posibilidad de determinar el comportamiento descansa sobre la capacidad de la persona para controlar sus inclinaciones y de dirigir su decisión hacia la razón, los valores y las normas.** Frente a los demás seres vivos la persona se caracteriza porque su comportamiento puede obedecer al sentido dado por él mismo, mientras que los animales siempre permanecen encerrados en el mecanismo de su mundo instintivo. De ahí que sin duda alguna rija para el género humano la afirmación de *Tomás de Aquino*: "Differt autern in agendo natura rationalis praedita libero arbitrio ob omni alia natura" (De Veritate, quaestio 24, art. 7, corpus articuli). No obstante, hay todavía *dos aspectos desconocidos* (y posiblemente seguirán siempre siéndolo para la investigación) dado que la libertad, como parte del mundo trascendente, se sustrae a la posibilidad de comprobación empírica [16]. *Por un lado*, se desconoce si la conclusión relativa a la libertad del género humano puede ser referida a la libertad del individuo en la situación concreta en la que tiene lugar su hecho, pues las condiciones en las que adopta la resolución (incluso aunque pudieran ser analizadas en su totalidad) no pueden ser completamente reproducidas posteriormente a título experimental como consecuencia de los cambios permanentes que se suceden en el alma humana. *Por otro*, no sabemos de qué modo la persona lleva a cabo la resistencia a las penetrantes inclinaciones criminales obedeciendo a las

---

Schröder/Lenckner, nota preliminar núm. 110 antes del § 13; *Schreiber*, Der Nervenarzt 1977, pág. 245; *Arthur Kaufmann*, JZ 1967, pág. 560; *el mismo*, Schuldprinzip pág. 282; *Krümpelmann*, ZStW 88 (1976) pág. 12; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 1 antes del § 19; § 20 núm. 25. Vid. también BGH GA 1962, pág. 116.

[14] Así, *Engisch*, Willensfreiheit pág. 65; *el mismo*, MSchrKrim 1967, págs. 110 ss.; *Heinitz*, ZStW 63 (1951) pág. 76. De forma similar *Figueiredo Dias*, ZStW 95 (1983) pág. 242: "deber de responsabilizarse por la personalidad". En profundidad acerca de la culpabilidad por el carácter *Burkhardt*, Charaktermängel págs. 103 ss.

[15] Vid. *Jescheck*, Das Menschenbild págs. 20 ss. Esencialmente de acuerdo con el texto *Nowakowski*, JBl 1972, pág. 29; *Arthur Kaufmann*, Jura 1986, págs. 225 ss.; *Burkhardt*, Der Wille pág. 337; *Krümpelmann*, GA 1983, págs. 337 ss.; *Otto*, GA 1981, págs. 486 ss.; *Lackner*, Kleinknecht-Festschrift pág. 265; *Roxin*, Allg. Teil I § 19 núms. 34 ss. (capacidad de comportamiento adecuado a la norma como "diagnósitico científico experimental"); *AK (Schild)* nota preliminar núms. 53 ss. antes del § 13; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 110 antes del § 13; *Wessels*, Allg. Teil núm. 397; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 513; *Maiwald*, Lackner-Festschrift pág. 164; *Tiemeyer*, GA 1986, págs. 226 ss.; *Zipf*, JBl 1980, pág. 194. Acerca de la nueva fundamentación de la teoría de la libertad vid. *v. Baeyer*, Neurose, Psychotherapie págs. 633 ss.; *W. Keller*, Willensfreiheit págs. 541 ss.; *Portmann*, Biologische Fragmente págs. 81 ss.; *Ricoeur*, Philosophie de la volonté págs. 64 ss.; *Dreher*, Willensfreiheit págs. 379 ss.

[16] En relación con la imposibilidad de comprobar la libertad individual vid. los autores citados *supra* en la nota a pie núm. 12, así como *Nowakowski*, Rittler-Festschrift pág. 58; *Haddenbrock*, Der Nervenarzt 32 (1961) págs. 148, 227 ss.; *Engisch*, Willensfreiheit págs. 23 ss.

normas del Ordenamiento jurídico. Con otras palabras: no está probada inequívocamente ni la existencia ni el tipo de efectos derivados de una "espontaneidad" específicamente humana en un concreto acto de decisión. De acuerdo con todas las circunstancias, en la mayoría de los casos de actuación premeditada resulta evidente la libertad resolutiva del hecho. Sin embargo, hay también supuestos en los que puede suceder que la concreta infracción penal sea tan sólo el resultado de la relación de fuerzas existente en ese momento entre los diferentes impulsos anímicos, y que sencillamente ante una situación única e irrepetible le hayan faltado al autor las fuerzas para determinarse conforme a las normas del Ordenamiento jurídico. Esto puede ocurrir especialmente en los supuestos de arrebato en los que precisamente el ímpetu de los motivos puede ocasionar una alteración de la conciencia en el sentido del § 20, tal y como en multitud de ocasiones ha evidenciado la psiquiatría forense. De ahí que el reproche de culpabilidad contra el individuo sólo quepa ser formulado de la manera siguiente: en la situación en la que se encontraba, el autor habría podido actuar de otra forma en el sentido de que, según nuestra experiencia en casos similares, **cualquier otro en su lugar** se habría comportado de modo diverso ante la tensión de la fuerza de voluntad que posiblemente le falló al autor [17]. No obstante, la cuestión de si el autor habría podido emplear la fuerza de voluntad necesaria y de qué modo ésta se habría impuesto en la correlación de fuerzas de haber sido utilizada, debe permanecer sin contestar [18]. El desplazamiento del problema a la expectativa de acción en relación con "el otro" significa dos cosas: de una parte, en las personas adultas sólo puede excluir el reproche de culpabilidad la presencia de *circunstancias extraordinarias* en la persona del autor o en la situación de hecho [19], y de otra, que todo el mundo puede *adquirir* la fuerza de voluntad necesaria ante la existencia de la tentación de cometer el hecho. Ambos presupuestos no descansan sobre sondeos empíricos de la formación de la voluntad del autor, sino que muestran las exigencias normativas del Ordenamiento jurídico frente al autor, pues éste es tratado como un destinatario responsable de la norma y no como un menor de edad o un enfermo. El autor es tratado "como alguien libre" [20] si su capacidad de control está intacta. El Derecho penal se fundamenta sobre la decisión del legislador según la cual *esta clase de imputación subjetiva* es tan *necesaria* como *justificada* en un Ordenamiento jurídico construido sobre la libertad.

---

[17] *Engisch*, Willensfreiheit pág. 26; *Graf zu Dohna*, ZStW 66 (1954) pág. 508; *Mangakis*, ZStW 75 (1963) pág. 517; *Lenckner*, Strafe, Schuld und Schuldunfähigkeit pág. 19, así como los autores citados más arriba en la nota a pie núm. 13. En este mismo sentido plantea *Witter*, Beurteilung der Schuldfähigkeit im Strafrecht pág. 51, si, y hasta qué punto, —según la "comparación tipificadora"— "puede serle *exigible* al autor una actuación distinta".

[18] A pesar de ello, esta visión no obliga de ninguna manera al legislador y al juez a asumir las consecuencias del determinismo en un sentido "in dubio pro reo", pues éstas no pueden ser más ventajosas para el autor "sino tanto o, como en muchos casos, más graves" para él como *Haddenbrock*, JZ 1969, pág. 124 ha evidenciado de acuerdo con la experiencia psiquiátrica. En el reproche de la culpabilidad no puede ser exigido más allá de la *capacidad* de un comportamiento adecuado a la norma en el sentido de *Roxin*, Allg. Teil I § 19 núm. 35, y de la ausencia de circunstancias que, de acuerdo con la experiencia, impiden al autor hacer uso de esa capacidad en el caso concreto.

[19] Tal y como *Krümpelmann*, GA 1983, pág. 384 afirma con acierto, el concepto de culpabilidad "elude" todas "las dificultades y cuestiones oscuras del espacio de juego de la motivación" en el autor concreto. No obstante, dentro de la culpabilidad como medida de la pena se intenta comprender dicha motivación y valorar su importancia de acuerdo con los conocimientos de la psiquiatría y la psicología.

[20] Así, con acierto, *Roxin*, Allg. Teil I § 19 núm. 35. También sería equivocado desde una perspectiva criminal pedagógica querer hacer creer al autor que estaba determinado al delito.

3. *La comprensión del reproche culpabilístico de naturaleza jurídico-penal no requiere una mayor profundización*[21]. La convivencia de las personas depende de que la existencia en el mundo esté referida a un sentido trascendente, con independencia de cómo sea fundamentado éste en particular; en todo caso, un orden que sea digno de la persona no puede basarse en el simple hecho de la existencia de los seres vivos[22]. Por ello, el Derecho debe demandar de los miembros de la sociedad que se dejen determinar por las normas de comportamiento que lleva consigo su existencia social. Pero la exigencia puramente ética de la obediencia al Derecho no bastaría para la salvaguardia del orden común. Antes bien, cada uno debe poder ser hecho responsable por su actuación a través de sanciones que conecten con la experiencia general de la posibilidad de autodeterminación. **La idea de responsabilidad** del autor adulto que mentalmente está medianamente sano constituye una **realidad incontestable de nuestra conciencia social y moral**[23]. Cualquiera parte de la certeza de la libertad como presupuesto de la propia conducta y también espera de cualquier otra persona que se comporte libremente. Asimismo, también la responsabilidad de una persona frente a la comunidad es algo evidente para cualquier otra. Estaríamos ante una Política criminal nociva si el Derecho penal no contara con este hecho social-psicológico fundamental y, en lugar del mismo, quisiera basarse sobre el esquema humano del determinismo consecuente cuyos presupuestos pueden probarse tan inexactamente como los de la libertad[24].

4. Sin embargo, la conducta humana, cuya libertad presupone el principio de culpabilidad, tampoco está determinada —ni siquiera en el caso ideal— sólo por las exigencias de la norma correspondiente. El **margen de posibilidades** de que dispone la persona con vistas a la decisión se encuentra *más bien* ***coartado por numerosos y verdaderos factores causales*** que van

---

[21] Acertadamente en este sentido *Bockelmann*, ZStW 75 (1963) pág. 388; *el mismo*, Vom Sinn der Strafe págs. 37 ss.; *Ebbinghaus*, Studium Generale 1954, pág. 520. También de acuerdo con *Dreher*, Willensfreiheit pág. 383 el libre albedrío no necesita ser probado porque con la vivencia de nuestra libertad la representación de su existencia nos es inherente.

[22] Vid. *Welzel*, Grünhut-Erinnerungsgabe págs. 183 ss.; *Henkel*, Rechtsphilosophie págs. 257 ss.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte págs. 603 ss.; *Frey*, Schuld, Verantwortung, Strafe pág. 320; *Bodenheimer*, Responsibility pág. 49.

[23] No se trata sólo, tal y como *Kohlrausch*, Gürerbock-Festgabe pág. 26 supuso, de una "ficción estatalmente necesaria". Vid. también *Haddenbrock*, MSchrKrim 1968, págs. 151 ss. y JZ 1969, págs. 126 ss.; *Lersch*, Aufbau der Person pág. 493; *Kaiser*, Kriminologie § 20 núms. 18 ss.; *LK* (11.ª) *(Jähnke)* § 20 núm. 12; *Frister*, Struktur pág. 87 (responsabilidad tan sólo cuando el hecho es "moralmente imputable"); *Lenckner*, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit págs. 20, 97; *Roxin*, ZStW 96 (1984) pág. 651; *Naucke*, Einführung § 239 ("poder ser hecho culpable" como principio de organización evidente para un comportamiento interpersonal"); *Grasnick*, Über Schuld pág. 55 (la culpabilidad es una "realidad social"); *Hirsch*, ZStW 106 (1994) pág. 763 (la culpabilidad como "base comúnmente aceptada de la autoconciencia humana"). En atención a la realidad social del libre albedrío hay quien apoya el reproche de culpabilidad de forma inmediata sobre la capacidad que se presupone para actuar de otro modo en la situación de hecho, vid. *Schünemann*, Funktion des Schuldprinzips págs. 163 ss.; *el mismo*, Kriminalpolitik und das Strafrechtssystem págs. 170 ss.; *el mismo*, Die Entwicklung der Schuldlehre págs. 149 ss.; no obstante, este autor pretende hacer valer tan sólo a la prevención como fin y legitimación de la pena.

[24] El principio de culpabilidad como categoría material tampoco puede ser propuesto como lo hacen *Ellscheid/Hassemer*, Civitas 9 (1970) págs. 27 ss. así como *Hassemer*, Alternativen págs. 104 ss., esto es, sustituyéndolo por el principio puramente formal de "proporcionalidad" que rige para las medidas de seguridad (§ 62); en contra, *Arthur Kaufmann*, Lange-Festschrift págs. 27 ss. Vid. también *Seelmann*, Jura 1980, págs. 509 ss.

desde la edad, sexo, origen, experiencias, enfermedades, temperamento, humor, fatiga, excitación y el afecto, hasta la mentalidad popular y la influencia del paisaje y del tiempo. Resulta inimaginable una sentencia judicial que pudiera tener en cuenta hasta el último de los momentos que han influido sobre la formación de la voluntad del autor [25]. Sin embargo, la imposibilidad de una justicia absoluta tampoco habla en contra de la posibilidad y del valor de una justicia relativa, para cuya realización el principio de culpabilidad es con mucho el más idóneo al ser un criterio comprendido y aplicado por todas las personas. En la práctica, sólo el principio de culpabilidad puede constituir la base de la Política criminal pues las penas que no son sentidas como algo merecido no pueden desarrollar un efecto positivo ni sobre el condenado ni sobre la comunidad. Además, únicamente el principio de culpabilidad permite llevar a cabo en la praxis el principio de la determinación de la pena, puesto que la sentencia judicial se limita básicamente al hecho cometido sin llevar a cabo un examen de toda la trayectoria vital del acusado [26]. Por ello la prevención general no puede sustituir al principio de culpabilidad pues carece de un principio de graduación (vid. acerca de las teorías de *Achenbach* y *Jakobs supra* § 22 IV 4). Finalmente, sólo cabe esperar una resocialización del condenado durante la ejecución de la pena si ha aprendido a entender lo que significa la culpabilidad criminal como un cargo de conciencia del que es responsable y se propone seriamente evitarlo en un futuro [27].

II. La conciencia como fuente de conocimiento del Derecho y del injusto

1. El principio de culpabilidad no sólo presupone que la persona pueda decidirse *libremente* sino también que lo puede hacer *correctamente*. Junto a la libertad del querer debe encontrarse la capacidad de valorar. Esto último es incluso lo verdaderamente esencial pues de otro modo las decisiones de la persona no podrían estar determinadas por las normas de deber. La **conciencia** es el medio a través del cual son asumidos los conceptos valorativos y son enjuiciadas por anticipado las propias acciones [28]. Racionalmente es tan poco explicable como la libertad misma [29] pero, al igual que ésta, es presupuesta por cualquiera como algo evidente. La conciencia es una fuerza que se encuentra a priori en la persona, que se va desarrollando ya desde la más corta infancia en diferentes etapas [30] y que en la personalidad madura conduce a un conocimiento jurídico natural que, por regla general, capacita a la persona a evitar el injusto sin necesidad de

---

[25] *Kant*, Kritik der reinen Vernunft pág. 501 nota a pie: "La verdadera moralidad de las acciones (mérito y culpabilidad) permanece siempre oculta, incluso la de nuestro propio comportamiento. Nuestras imputaciones sólo pueden ir referidas al carácter empírico. Pero nadie puede indagar la parte que resulta atribuible al puro efecto de la libertad, a la simple naturaleza, a defectos inculpables del temperamento o a su afortunada condición (merito fortunae), de ahí que tampoco pueda juzgarse con una absoluta justicia".

[26] Atinadamente en esta dirección *Stratenwerth*, Tatschuld pág. 31.

[27] Acerca de la posibilidad de un "diálogo de culpabilidad" que sobre todo sería de gran ayuda durante la ejecución de la pena, *Haft*, Schulddialog págs. 24 ss., 95 y *Kunz*, ZStW 98 (1986) pág. 833.

[28] Vid. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte págs. 610 ss.; *Henkel*, Rechtsphilosophie pág. 331; *Welzel*, Naturrecht pág. 238; *el mismo*, Die Frage nach der Rechtsgeltung págs. 29 ss.; *Hupperschwiller*, Gewissen págs. 41 ss. Desde la perspectiva de la Teología moral *Schüller*, Gewissen und Schuld pág. 49: "Determinación conforme a lo que es correcto y equivocado".

[29] Y así, *Nicolai Hartmann*, Ethik pág. 135 describe la conciencia como "la influencia de un poder «superior», como una voz de otro mundo".

[30] En relación con el proceso de formación de la conciencia *Hupperschwiller*, Gewissen págs. 47 ss.

una reflexión profunda (vid. *infra* § 37 III 2) [31]. Las decisiones de la conciencia son como las de un juez incorruptible, esto es, la mayoría de ellas inequívocas e incondicionales, y son reconocidas por la persona misma sin contradicción alguna, incluso cuando busca exculparse frente al prójimo.

2. En el ámbito del Ordenamiento jurídico es la **conciencia del Derecho** la que capacita para distinguir entre lo que es conforme o contrario al mismo [32]. Ciertamente que la validez de la norma jurídica no está condicionada por su reconocimiento por parte de la conciencia del ciudadano [33], pero dado que la conciencia jurídica es el órgano natural a través del cual el individuo hace suyos los mandatos y prohibiciones normativas, también el intelecto puede intervenir complementariamente a través del conocimiento puramente racional de los mandatos jurídicos, de forma que el veredicto de la conciencia tenga que ser completado mediante las informaciones que deban obtenerse. El Derecho penal exige de cualquiera el "esfuerzo por parte de la conciencia" de eliminar cualquier duda acerca de lo que es injusto y adecuado al Derecho (BGH 2, 194 [201]). Sin embargo, como forma de sentimiento y reconocimiento humano, sobre la conciencia jurídica también pesa la posibilidad de una **decisión equivocada** que puede tener su origen en la pereza, el error o la ceguera de la conciencia ("conciencia errónea") [34]. Si falta en el autor la conciencia de la antijuricidad entonces se encuentra en un error de prohibición (vid. *infra* § 41 II, III). La cuestión de la vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición depende, entre otras cosas, de si el autor pudo o no alcanzar el conocimiento de la antijuricidad de su hacer mediante el correspondiente esfuerzo de conciencia que le es exigible (BGH 2, 194 [201 ss.]). Así pues, el reproche culpabilístico de naturaleza penal está basado esencialmente en que el autor durante la formación de su voluntad *no* se ha dejado llevar por su conciencia jurídica o, en su caso, en que no ha corregido su conciencia errónea.

3. El error de conciencia debe diferenciarse de la existencia de una *convicción contraria al Derecho* por parte del autor [35]. En realidad, la vigencia de las normas jurídicas no depende de la aprobación del individuo sino que se fundamenta en un acto de afirmación de la comunidad. Pero, de la mano de su conciencia y a pesar del *carácter vinculante* del *Ordenamiento jurídico*, el individuo puede sentirse forzado a realizar un comportamiento contradictorio con aquél. En estos supuestos nos encontramos ante un **delincuente por convicción** [36].

Ejemplos: La negativa de los miembros de la secta "Testigos de Jehová" a realizar la prestación social sustitutoria prevista en el art. 12a II GG, se fundamenta en que para ellos cualquier alternativa al servicio militar también significa una apostasía a sus creencias, motivo por el cual el Estado no debería obligarles a llevarla a cabo. El Tribunal Constitucional (BVerfGE 19, 135 y 23, 127 [132]), sin embargo, no ha otorgado validez al argumento de conciencia frente al deber constitucionalmente establecido de llevar a cabo la prestación. No obstante, de acuerdo con el art. 103 III GG, la condena reiterada de la negativa al servicio por des-

---

[31] Acerca del concepto de "personalidad socio-cultural" *Thomae*, MSchrKrim 1961, pág. 116.

[32] Vid. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte pág. 611; *Würtenberger*, E. Wolf-Festschrift págs. 349 ss.; *Kraushaar*, GA 1959, págs. 327 ss.; *Jescheck*, Revista Jurídica de Buenos Aires 1959, pág. 26.

[33] *Engisch*, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit págs. 72 ss.; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein pág. 39.

[34] Vid. *Welzel*, Vom irrenden Gewissen págs. 13 ss.

[35] Vid. *Welzel*, DJT-Festschrift págs. 393 ss.

[36] En relación con el estado de opinión al respecto en los años veinte: *Radbruch*, ZStW 44 (1924), págs. 34 ss.; *el mismo*, Verhandlungen des 34. DJT Tomo II págs. 354 ss.; *Nagler*, GS 94 (1927) págs. 48 ss.; *E. Wolff*, Verbrechen aus Überzeugung, 1927; vid. además en la Gran Comisión de Reforma del Derecho penal: Niederschriften Tomo I págs. 94 ss.

obediencia de una nueva orden de incorporación contradice una decisión seria y duradera dictada por la conciencia (BVerfGE 23, 191 [203]; acerca de la "negativa total", además, OLG Celle NJW 1985, pág. 2428 y OLG Düsseldorf NJW 1985, pág. 2429) [37]. Un miembro de una secta religiosa que no intenta convencer a su mujer (quien también pertenece a aquélla) para que acceda a una transfusión sanguínea que resulta necesaria para ella tras un parto, pero que resulta inadmisible para sus creencias, no puede ser castigado por los §§ 222 o 323c (BVerfGE 32, 98 [106 ss.]; vid. también OLG Hamm NJW 1968, pág. 212) [38].

El Ordenamiento jurídico no puede hacer depender la validez de sus normas de la aprobación del individuo en concreto, pues de lo contrario quedaría reducido a una recomendación no vinculante y perdería su fiabilidad. De ahí que, según la opinión dominante, el delincuente por convicción ni puede quedar justificado ni, por lo general, tampoco disculpado (BGH 2, 194 [208]) [39]. Tampoco existe un error de prohibición pues el autor por convicción sólo rechaza la obediencia a un mandato legal por él conocido [40]. No obstante, una decisión tomada en conciencia y contraria a Derecho puede ser tenida en cuenta en la determinación de la pena según el valor ético del motivo imperante (BGH 8, 162 [163]) [41] e, incluso, constituir una causa de exculpación para el supuesto de una vinculación profundamente arraigada a un deber de conciencia de naturaleza absoluta (vid. *infra* § 47 III). Por otra parte, no se han impuesto los esfuerzos dirigidos a introducir una figura delictiva especial para el autor por convicción en la que no se comprendiera el juicio de desvalor sobre su persona (vid. la 2.ª ed. de esta obra pág. 309) [42].

III. El modelo de la estructura estratificada de la persona

Con la finalidad de ilustrar la interacción existente entre las fuerzas corporales y mentales del sentir, pensar, valorar, querer y actuar de la persona, la **psicología** ha desarrollado la teoría de la **estructura estratificada de la personalidad**. En realidad, tan sólo se trata de una imagen pero sirve para mostrar al Derecho penal cómo es la persona como "ser natural" y como "ser espiritual" [43].

---

[37] Acerca de la cuestión en su conjunto *Peters*, JZ 1966, pág. 457; *Dürig*, JZ 1967, pág. 426; *v. Burski*, Die Zeugen Jehovas págs. 135, 143; mostrándose concluyente *Peters*, Engisch-Festschrift págs. 468 ss.

[38] Por la especialidad de los hechos (la propia mujer rechazó cualquier transfusión) el BVerfG consideró que la pena criminal "bajo ningún aspecto...era una sanción adecuada" (pág. 109); de acuerdo *Ranft*, Schwinge-Festschrift págs. 123 ss.; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 7 antes del § 19; *Roxin*, Allg. Teil I § 22 núm. 124.

[39] Vid. *Gallas*, Beiträge págs. 65 ss.; *Heinitz*, ZStW 78 (1966) pág. 631; *Noll*, ZStW 78 (1966) págs. 638 ss.; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núms. 221 ss. antes del § 32; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 35 núm. 7; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 46 núm. 15; *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip págs. 137 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 425 ss.; *Welzel*, Lehrbuch págs. 176 ss. Favorable por el contrario a una justificación de los delincuentes por convicción *Peters*, H. Mayer-Festschrift pág. 276. A favor de su exculpación *Bopp*, Gewissenstäter pág. 251; *Ebert*, Überzeugungstäter pág. 84 (a favor de un "autor por necesidades de conciencia"); *Müller-Dietz*, Peters-Festschrift pág. 108; *Roxin*, Allg. Teil I § 22 núm. 103; *Sproß*, Überzeugungs und Gewissenstäter pág. 395; *Wessels*, Allg. Teil núm. 404.

[40] A favor de un error de prohibición, sin embargo, *Armin Kaufmann*, ZStW 80 (1968) págs. 40 ss.; *Tiedemann*, ZStW 81 (1969) pág. 873 nota a pie núm. 11.

[41] Vid. *Bruns*, Strafzumessungsrecht págs. 557 ss.; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 224 antes del § 32 con referencias adicionales.

[42] Vid. *Bockelmann*, Welzel-Festschrift págs. 549 ss.

[43] Vid. *Henkel*, Studium Generale 1960, págs. 232 ss. Advierte con razón de la visión acrítica de la teoría de la estratificación *Nass*, Wandlungen des Schuldbegriffs págs. 123 ss. Significativa es también la

1. El pensamiento básico de todas las teorías de la estratificación [44] reside en la diferenciación entre un *estrato profundo inconsciente* y otro *estrato consciente de la personalidad* [45]. Dentro del primero se distingue entre un nivel vital y un nivel anímico profundo. El **primero** es el responsable de las funciones biológico-fisiológicas del cuerpo sin las cuales no sería posible la vida (respiración, circulación sanguínea, metabolismo, movimiento, percepciones sensoriales, reflejos). Suministra continuamente la energía necesaria a los niveles superiores y almacena la potencia necesaria para el desarrollo de las diversas actividades psíquicas y espirituales (*"mens sana in corpore sano"*). Por otra parte, el nivel vital también recibe permanentemente influjos procedentes de niveles superiores (por ejemplo, palpitaciones cardíacas, oscilaciones en la presión sanguínea y alteraciones respiratorias como consecuencia de fuertes impresiones psíquicas). El **nivel anímico profundo** abarca los impulsos ligados a los instintos (el de supervivencia, el de alimentación, el sexual o el productivo), las actitudes básicas (temperamento) heredadas y adquiridas, los talentos (vgr., musicalidad, poliglotismo), la escala de los sentimientos que alcanza hasta las más altas aspiraciones, inclinaciones e intereses (por ejemplo, amor a los animales, misericordia, honradez o religiosidad). Este nivel anímico profundo es el centro de los impulsos que se apoderan de la persona, que le instan a actuar en una dirección concreta, a dirigirse a determinados objetivos y el que le abastece de ideas y estímulos. La singularidad y plenitud de la personalidad es determinada esencialmente por el estrato profundo sin el cual no existirían otras capacidades espirituales superiores. "La persona no puede perseverar largo tiempo en la consciencia o en una situación consciente. Debe evadirse continuamente al inconsciente que es donde posee sus raíces" *(Goethe)*.

2. El *estrato de la personalidad* está determinado por el centro del "yo" en el que ocupan su lugar las funciones anímicas de naturaleza consciente. Sin embargo, por delante del centro del "yo" existe otro estrato que, a pesar de que pertenece al estrato de la personalidad, muestra la transferencia de las funciones psíquicas inconscientes a las conscientes: el **estrato personal** [46]. Éste posee un gran significado para el comportamiento de la persona ya que a través de la continua adopción de decisiones a lo largo de la vida va forjando poco a poco el carácter de aquélla [47]. En el estrato personal se acumula el sólido conjunto de reglas vitales de las que con posterioridad se desprenderán nuevas decisiones de conducta que, aunque poseedoras de una naturaleza espontánea e indeliberada y tomadas sin esfuerzo, reflejan inconfundiblemente una nota personal. La cúspide plenamente consciente de la vida psíquica y espiritual es el **centro del "yo"**. Aquí reside la instancia de control para los impulsos procedentes del nivel profundo y es el lugar donde son examinados según su significado y valor en rango (conciencia consciente), si es que no han sido ya trasladados automáticamente al estrato personal o han sufrido el correspondiente rechazo. El verdadero rendimiento psíquico-espiritual tiene su origen en el centro del "yo".

3. El **juicio de culpabilidad** está relacionado con el conjunto de acontecimientos que intervienen en la formación de la voluntad. Se valoran *todos* los esfuerzos, aspiraciones y máximas que toman parte en aquélla. El reproche de culpabilidad se dirige primordialmente frente al fra-

---

advertencia de *Thomae*, Schuldfähigkeit pág. 333, de que no pueden concebirse "estáticamente" las relaciones de dominio entre los distintos estratos. Sobre todo ello vid. también *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 148 ss., 372 ss.

[44] El texto sigue esencialmente la exposición contenida en *Rothacker*, Die Schichten der Persönlichkeit, 1952. Aunque no completamente divergentes, también han desarrollado otros modelos *Lersch*, Aufbau der Person págs. 99 ss., 495 ss., 530 ss. y *H. F. Hoffmann*, Die Schichttheorie, 1935.

[45] Vid., más detalladamente, *Heiß*, Tiefenpsychologie págs. 13 ss.

[46] Más detenidamente al respecto, *Lersch*, Aufbau der Person págs. 496 ss.; *Welzel*, Lehrbuch págs. 149 ss.

[47] Más minuciosamente sobre la cuestión *Gehlen*, Der Mensch págs. 400 ss.

caso de la instancia de control, pues ahí reside la decisión última sobre todo hacer u omitir [48]. Pero también el modo de funcionamiento del estrato personal forma parte del objeto del juicio de culpabilidad porque desde aquél se dirige el comportamiento inconsciente. De este modo, el origen de un error de prohibición invencible descansa a menudo sobre la ausencia de una advertencia por parte del estrato personal. En especial, el contenido de culpabilidad de la imprudencia inconsciente se fundamenta con frecuencia sobre el fracaso de los mecanismos de cuidado que actúan de modo automático y que tienen su base en el respeto a la vida y bienes ajenos (neminem laede). También en los hechos cometidos por arrebato, que tienen lugar evitando el centro del "yo" por medio de una descarga inmediata en la que se produce una disminución de la consciencia, el reproche de culpabilidad se refiere a la pérdida del control de los impulsos psíquicos profundos por parte de las fuerzas del estrato personal en la etapa previa de la tensión afectiva [49]. Los impulsos del estrato profundo pertenecen a la propia naturaleza de la persona; son ciertamente controlables pero en su origen no están sometidos a la voluntad. Por tanto, nadie puede reprochar al delincuente sexual que su impulso libidinoso fuera incontenible y que se viera impulsado a su descarga. El juicio de culpabilidad se refiere tan sólo al funcionamiento de las instancias de control. Con menos razón puede fundamentarse todavía el juicio de culpabilidad sobre acontecimientos que suceden en un segmento biológico-fisiológico del estrato profundo. Por este motivo los actos reflejos y los ataques o accesos en los que sobrevienen situaciones de inconsciencia no son considerados ni siquiera acciones en sentido jurídico (vid. *supra* § 23 VI 2a).

§ 38 Los fundamentos dogmáticos del concepto de culpabilidad

Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974; *el mismo,* Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, en: *Schünemann* (Ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pág. 135; *Bacigalupo,* Bemerkungen zur Schuldlehre, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 477; *Baumann,* Schuld und Verantwortung, JZ 1962, pág. 41; *Beling,* Unschuld, Schuld und Schuldstufen usw., 1910; *Bockelmann,* Studien zum Täterstrafrecht, 1.ª Parte, 1939, 2.ª Parte, 1940; *el mismo,* Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie, Gedächtnisschrift für G. Radbruch, 1968, pág. 252; *Brauneck,* Zum Schuldstrafrecht des neuesten Entwurfs eines StGB, MSchrKrim 1958, pág. 129; *la misma,* Der strafrechtliche Schuldbegriff, GA 1959, pág. 261; *Busch,* Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, 1949; *Graf zu Dohna,* Zum neuesten Stande der Schuldlehre, ZStW 32 (1911) pág. 323; *Dünnebier,* Über die Vereinheitlichung von Strafe und Sicherungsverwahrung Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Tomo I, 1967, pág. 86; *Engelmann,* Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung, 1895; *Engisch,* Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *el mismo,* Zur Idee der Täterschuld, ZStW 61 (1942) pág. 166; *el mismo,* Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen? ZStW 66 (1954) pág. 339; *el mismo,* Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971; *Frank,* Über den Aufbau des Schuldbegriffs, Gießener Festschrift, 1907, pág. 3; *Freudenthal,* Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922; *Geilen,* Zur Problematik des schuldausschließenden Affekts, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 173; *Goldschmidt,* Der Notstand, ein Schuldproblem, Österr. Zeitschrift für Strafrecht 1913, pág. 129; *el mismo,* Normativer Schuldbegriff, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 428; *Grünhut,* Gefährlichkeit als Schuldmoment, Festgabe für G. Aschaffenburg (MSchrKrim 1926, Suplemento 1) pág. 87; *Hall,* Sicherungsverwahrung und Sicherungsstrafe,

---

[48] Véase sobre esto la observación de *Rothacker,* Die Schichten der Persönlichkeit pág. 92: "La pretensión jurídica y moral del «ser» responsable descansa sobre ese inmenso poder del Yo que siempre está en guardia".

[49] Vid. *Krümpelmann,* Welzel-Festschrift págs. 338 ss.

ZStW 70 (1958) pág. 41; *Hardwig*, Die Zurechnung, 1957; *Hegler*, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915) págs. 184 ss.; *Heinitz*, Strafzumessung und Persönlichkeit, ZStW 63 (1951) pág. 57; *Herren*, Die Gesinnung im Rahmen der vorsätzlichen Tötungsdelikte, 1966; *Hohenleitner*, Schuld als Werturteil, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 185; *Hold v. Ferneck*, Die Schuld im Rechte und in der Moral, ZStW 32 (1911) pág. 249; *Jakobs*, Das Schuldprinzip, 1993; *Jescheck*, Vom Stil der gegenwärtigen deutschen Strafrechtspflege, SchwStr 75 (1959) pág. 56; *el mismo*, Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff, Festschrift für E. Wolf, 1962, pág. 473; *el mismo*, Die kriminalpolitische Konzeption des AE, ZStW 80 (1968) pág. 54; *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 2.ª ed. 1976; *F. Kaufmann*, Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld, 1929; *Kleinschrod*, Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, 1.ª Parte, 2.ª ed. 1799; *Kohlrausch*, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903; *el mismo*, Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung, Festschrift für K. Güterbock, 1910, pág. 1; *Krümpelmann*, Motivation und Handlung im Affekt, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 327; *el mismo*, Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs, GA 1983, pág. 337; *el mismo*, Schuldzurechnung unter Affekt und alkoholisch bedingter Schuldunfähigkeit, ZStW 99 (1987) pág. 191; *Löffler*, Die Schuldformen des Strafrechts, 1895; *Mangakis*, Über die Erfolgs und Schuldhaftung als Kategorien geschichtlicher Betrachtung, ZStW 83 (1971) pág. 283; *Maurach*, Schuld und Verantwortung im Strafrecht, 1948; *M. E. Mayer*, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht, 1901; *Mezger*, Die Straftat als Ganzes, ZStW 57 (1938) pág. 675; *Mitička*, Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung, 1903; *Müller-Dietz*, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967; *Muñoz Conde*, Über den materiellen Schuldbegriff, GA 1978, pág. 65; *Nowakowski*, Das Ausmaß der Schuld, SchwZStr 65 (1950) pág. 301; *el mismo*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, pág. 19; *Oehler*, Die Achtung vor dem Leben und die Notstandshandlung, JR 1951, pág. 489; *Otto*, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 (1975) pág. 539; *el mismo*, Über den Zusammenhang von Schuld und Strafe, GA 1981, pág. 481; *Peters*, Zur Lehre von den persönlichen Strafausschließungsgründen, JR 1949, pág. 496; *el mismo*, Die Tötung von Menschen in Notsituationen, JR 1950, pág. 742; *Pufendorf*, De jure naturae et gentium, Editio nova 1694; *Radbruch*, Über den Schuldbegriff, ZStW 24 (1904) pág. 333; *el mismo*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, pág. 105; *Rosenfeld*, Schuld und Vorsatz im v. Lisztschen Lehrbuch, ZStW 32 (1911) pág. 466; *Roxin*, Literaturbericht, ZStW 82 (1970) pág. 675; *el mismo*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª ed. 1973; *el mismo*, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Festschrift für H. Henkel, 1974, pág. 171; *el mismo*, Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW 96 (1984) pág. 641; *Rudolphi*, Affekt und Schuld, Festschrift für H. Henkel, 1974, pág. 199; *Schmidhäuser*, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958; *el mismo*, Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 81; *el mismo*, Über den axiologischen Schuldbegriff usw., Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 485; *Seelig*, Schuld, Lüge, Sexualität, 1955; *v. Weber*, Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935; *Welzel*, Persönlichkeit und Schuld, ZStW 60 (1941) pág. 428; *el mismo*, Zum Notstandsproblem, ZStW 63 (1951) pág. 47; *el mismo*, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, 1958; *el mismo*, Recht und Sittlichkeit, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág. 45; *E. Wolf*, Strafrechtliche Schuldlehre, 1928; *el mismo*, Große Rechtsdenker, 4.ª ed. 1963; *Zipf*, Der strafrechtliche Schuldbegriff, JBl 1980, pág. 186.

Vid., además, la información bibliográfica antes del § 37

I. Culpabilidad jurídica y moral

1. La culpabilidad penal es una **culpabilidad jurídica y no moral**[1]. La culpabilidad se refiere a normas jurídicas y el objeto de reproche viene determinado por la *ausencia de actitud*

[1] En este sentido camina la doctrina dominante; vid. *Binding*, Normen Tomo II pág. 274; *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 364 ss.; *Hold v. Ferneck*, ZStW 32 (1911) págs. 258 ss.; *Gallas*, Beiträge pág. 75; *F. Kaufmann*, Die philosophischen Grundprobleme pág. 75; *v. Hippel*, Tomo II pág. 78; *Mezger*, Lehrbuch pág. 251; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 35 núm. 5; *Welzel*, ZStW 63 (1951) pág. 53; *Wessels*, Allg. Teil núm. 403.

jurídica interna ("Rechtsgesinnung"). Es cierto que los mandatos y prohibiciones impuestos por el Derecho penal coinciden ampliamente con las normas de la Moral [2], pero ambos constituyen órdenes que son recíprocamente independientes [3]; asimismo, las normas jurídicas también son vinculantes a no ser que sean percibidas por el individuo como deberes morales (vid. *supra* § 37 II 3). Para la obligatoriedad del sometimiento al Derecho es suficiente con que quienes están sujetos al mismo reconozcan que la disposición penal ha sido aprobada por los órganos constitucionales llamados a ello a través del procedimiento prescrito, y que tal Derecho deba servir a un orden justo de la vida en comunidad. Tan sólo el "injusto moldeado con forma de Ley" no alcanza su poder de vigencia y, por ello, no debe ser obedecido [4]. La culpabilidad penal es, a la vista de lo afirmado, una culpabilidad jurídica al ser medida conforme a *parámetros jurídicos.* Éstos deben estar necesariamente apoyados sobre la base de la experiencia con otros y no pueden ponderar la culpabilidad individual con el refinamiento que le es exigido al enjuiciamiento moral de una acción (vid. en torno a la capacidad de culpabilidad *infra* § 40 I 3; acerca de la inexigibilidad *infra* § 47 II 5) [5]. Finalmente, la culpabilidad penal es también culpabilidad jurídica porque debe ser comprobada públicamente ante el *foro de los Tribunales estatales* por medio de un procedimiento reglamentado jurídicamente; en cambio, la culpabilidad moral sólo conoce el foro de la propia conciencia. No obstante, del mismo modo que el Derecho está referido a la Moral, también la culpabilidad jurídica está relacionada con la culpabilidad moral. La renuncia a la relación con la Ética social seccionaría las raíces que el concepto de culpabilidad tiene arraigadas en la conciencia jurídica de la colectividad [6].

2. Esta teoría es *atacada* en múltiples ocasiones con el argumento de que un deber vinculante en su pleno sentido y, con ello, también el deber jurídico, únicamente puede ser fundamentado de modo que el individuo lo perciba como un deber moral y lo convierta espontáneamente en una regla elegida por él que rige su propio comportamiento; únicamente tales deberes "generan un deber interno y no un simple deber impuesto" [7]. También el E 1962 pretendió admitir la pena sólo en la medida en que "al autor le pueda ser reprochable moralmente su actuación" [8]. Asimismo, también la jurisprudencia mostró anteriormente la inclinación de interpretar inmediatamente los deberes morales como deberes jurídicos y, de acuerdo con ello, referir la conciencia de la antijuricidad a las "normas de la ley moral" (OGH 1, 321 [337]; 2, 117 [122]; BGH 6, 46 [52 ss., 59]; 6, 147 [153]) [9]. No obstante, la confusión ya superada del Derecho y la

---

[2] Sin la vinculación del Derecho a la Moral se empobrecería el primero sustancialmente, así *Engisch,* Gerechtigkeit pág. 106; vid. también *Bockelmann,* Radbruch-Gedächtnisschrift pág. 259; *el mismo,* Einführung pág. 28; *Zipf,* JBl 1980, págs. 186 ss.

[3] Acerca del "apoyo mutuo" entre el Derecho y la Moral *Henkel,* Rechtsphilosophie págs. 78 ss. En relación con el Derecho como "presupuesto de la posibilidad del comportamiento moral" *Welzel,* Schaffstein-Festschrift pág. 50.

[4] *Radbruch,* SJZ 1946, pág. 107; *Jakobs,* Schuldprinzip pág. 35.

[5] Vid. *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 513.

[6] Vid. *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 371 ss. con referencias adicionales; *Engisch,* Gerechtigkeit págs. 82 ss.; *Henkel,* Rechtsphilosophie págs. 128 ss.; *Arthur Kaufmann,* Schuldprinzip págs. 127 ss.; *Bacigalupo,* Welzel-Festschrift pág. 481. Por el contrario, de acuerdo con *Roxin,* Allg. Teil I § 19 núm. 39 la culpabilidad penal "no es adecuada para legitimar reproches morales dirigidos al autor"; de acuerdo también *Hassemer,* Einführung págs. 238 ss. espcialmente en pág. 242 (el Derecho penal *no* necesita "la profundización moral de la imputación subjetiva para conseguir sus objetivos").

[7] Así, *Arthur Kaufmann,* Schuldprinzip pág. 128; vid., además, *Graf zu Dohna,* ZStW 32 (1911) pág. 326; *Oehler,* JR 1951, pág. 489; *Peters,* JR 1949, pág. 496; *el mismo,* JR 1950, pág. 742.

[8] E 1962, Fundamentación pág. 96.

[9] Vid. al respecto *Jescheck,* SchwZStr 75(1959) págs. 66 ss.

Moral llevada a cabo por *Samuel Pufendorf* y *Christian Thomasius* resulta rechazable, pues se subestima el valor propio del Derecho y la Justicia y se desconocen las posibilidades limitadas de juicio que tiene el juez. Por último, de este modo también pueden pesar las emociones sobre la comprobación de la culpabilidad, algo que resulta perjudicial para la objetividad de la sentencia judicial.

II. Las distintas etapas en el desarrollo de la teoría de la culpabilidad

1. Las raíces de la teoría de la culpabilidad residen en la Ciencia penal italiana de finales de la Edad Media y de la jurisprudencia común de los siglos XVI y XVII que se construyó sobre aquélla [10]. En la evolución posterior influyó sobre todo la *concepción de la culpabilidad del Derecho natural*. En este punto fue *Samuel Pufendorf* (1634-1694) quien creó el primer enfoque susceptible de ser desarrollado por medio del concepto de imputación (*imputatio*) [11]. Capacidad de imputación significa que una acción *libre* pertenece a su autor (*"ad ipsum proprie pertinens"*) y, por este motivo, es considerada como base (*"causa moralis"*) de su responsabilidad. Cien años más tarde, la acción "llevada a cabo con libertad" es también para *Kleinschrod* [12] la "base de toda imputación". Con los hegelianos, quienes consideraban al delito como una desviación de la voluntad común personificada en la Ley que ha sido libremente elegida por la voluntad del individuo, el conjunto del sistema penal descansó sobre la imputación subjetiva [13]. Fue *Binding* quien introdujo a esta última en la Dogmática actual como presupuesto de la teoría vinculada al libre albedrío [14].

2. Con la caída de la teoría del libre albedrío en la segunda mitad del s. XIX se hizo insostenible el concepto de culpabilidad del Derecho natural que se construyó sobre el abuso de aquélla. En su lugar entró el **concepto psicológico de culpabilidad** en el que lo característico fue la adopción de la posición esencial del positivismo orientada hacia lo fáctico (vid. *supra* § 22 II 1 *in fine*) [15]. Se partió de la distinción entre el aspecto externo del delito y sus elementos anímicos, conformándose con caracterizar a la culpabilidad como el conjunto de relaciones psíquicas del autor con el suceso externo y renunciando así a la comprensión del contenido esencial de la culpabilidad. De este modo, la "culpabilidad es aquella relación subjetiva entre el autor y el resultado antijurídico acaecido al que está anudada la responsabilidad jurídica" [16].

Sin embargo, en poco tiempo el concepto psicológico fue considerado insatisfactorio porque no suministraba ninguna información acerca de *qué* relaciones psíquicas tienen que ser consideradas penalmente relevantes y *por qué* fundamentan o, en su caso, excluyen la culpabilidad [17]. Y así, no podía explicarse cómo

---

[10] Con más detalle sobre ello vid. *Engelmann*, Die Schuldlehre der Postglossatoren, 1895; *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren págs. 94 ss.

[11] *Pufendorf*, De jure naturae et gentium Tomo I Cap.V p 3. Vid. al respecto *Welzel*, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs págs. 84 ss.; *Hardwig*, Die Zurechnung págs. 35 ss.; *E. Wolf*, Große Rechtsdenker pág. 345.

[12] *Kleinschrod*, Grundbegriffe pág. 109.

[13] Vid. *Köstlin*, System pág. 128: "La voluntad maliciosa tiene su origen en la arbitrariedad. De ahí que el Derecho penal únicamente tenga que referirse a ella". Vid. más detalladamente *Hardwig*, Die Zurechnung págs. 53 ss.

[14] *Binding*, Normen Tomo II págs. 270 ss. Sobre la cuestión vid. *Achenbach*, Schuldlehre págs. 27 ss.

[15] Con mayor detenimiento *Achenbach*, Schuldlehre págs. 62 ss.

[16] Así, *v. Liszt*, Lehrbuch 8.ª ed. pág. 154; igualmente *Löffler*, Schuldformen pág. 5; *Mířička*, Formen der Strafschuld pág. 102; *Kohlrausch*, Irrtum pág. 1 así como *el mismo*, Güterbock-Festschrift pág. 3; *Radbruch*, ZStW 24 (1904) págs. 333 ss. Sin embargo, desde la 18.ª ed. de su Lehrbuch pág. 163, *v. Liszt* concibió materialmente la culpabilidad como "la actitud interna antisocial del autor", abandonando así su concepto psicológico.

[17] Vid. sobre ello *Binding*, Normen Tomo II pág. 277 nota a pie núm. 22.

era posible que el autor, incluso cuando actúa dolosamente, esto es, cuando ha desarrollado completamente una relación psíquica con el resultado, debía ser considerado inculpable bien por ser un enfermo mental (§ 20) o bien por actuar en estado de necesidad exculpante (§ 35). Tampoco podía fundamentarse el contenido de la culpabilidad en la imprudencia inconsciente, precisamente por faltar en ella una relación psíquica con el resultado [18].

3. El **concepto normativo de culpabilidad** hoy dominante (vid. *supra* § 22 III 2d) sitúa en un primer plano la *evaluación* de la relación interna del autor con su hecho. Es a través de una decisión valorativa y no por medio de criterios psicológicos, la forma en la que el legislador establece qué factores pertenecen a la culpabilidad y cómo tiene que enjuiciarse la ausencia de determinados requisitos de la misma [19]. El primer paso en esta dirección lo dio *Frank*. Para este autor, la culpabilidad es un *juicio de valor* que tiene por objeto una situación psíquica y que encuentra su apoyo en un deber normativo. "La culpabilidad es reprochabilidad" [20]. Posteriormente, la culpabilidad se concibió no tanto como un juicio relativo a la composición subjetiva del hecho [21] sino, más bien, como *la (errónea) composición subjetiva* misma *de la voluntad de acción* [22]. Los elementos de la culpabilidad pueden ordenarse así de un modo convincente [23]: La *capacidad de culpabilidad*, como condición previa a la formación de una voluntad de acción que se corresponda con el Derecho, viene a ser un presupuesto de la culpabilidad. La propia voluntad de acción culpable aparece en la configuración de las formas de culpabilidad: el *dolo* (conocimiento y voluntad del hecho) y la *imprudencia* (desconocimiento con posibilidad de conocer). Las *causas de exclusión de la culpabilidad* (por ejemplo, estado de necesidad o el exceso en la defensa) se explican por la anomalía de las circunstancias concurrentes. Como consecuencia de la teoría normativa de la culpabilidad fue asumida en el dolo la conciencia de la antijuricidad, puesto que la voluntad de acción no se muestra digna de reprobación en el caso de un error de prohibición [24]. La última consecuencia del concepto normativo de la culpabilidad la extrajo *Freudenthal* con el reconocimiento de la *inexigibilidad* de un comportamiento adecuado a la norma como causa general de exclusión de la culpabilidad (vid., al respecto, *infra* § 47 II 1).

4. El concepto normativo de culpabilidad sufrió una profundización adicional a través de la *teoría de la acción finalista* puesto que, a partir de entonces, con el dolo fue alejado del conte-

---

[18] Vid. *Radbruch*, ZStW 24 (1904) págs. 338 ss., 346.

[19] Vid. al respecto *Hohenleitner*, Rittler-Festschrift pág. 190; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 183 antes del § 32; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 509.

[20] *Frank*, Aufbau des Schuldbegriffs pág. 11; *el mismo*, nota preliminar núm. 11 antes del § 51. Vid. también *Beling*, Unschuld, Schuld und Schuldstufen págs. 7 ss.; además, *M. E. Mayer*, Schuldhafte Handlung pág. 106; *Hegler*, ZStW 36 (1915) págs. 184 ss. Sobre ello *Achenbach*, Schuldlehre págs. 97 ss. Mostrándose crítico con el concepto normativo de culpabilidad *Roxin*, Allg. Teil I § 19 núm. 13 con vistas a su teoría de la "responsabilidad" (§ 19 núm. 3).

[21] Vid. la conocida crítica de *Rosenfeld*, ZStW 32 (1911) pág. 469 cuando afirmaba que con ello "la culpabilidad de una persona se encuentra sencillamente en la cabeza de otros". Claramente en la dirección de "una relación valorativa llevada a cabo con posterioridad por el juez" *Maurach*, Schuld und Verantwortung pág. 117.

[22] Vid. *Goldschmidt*, Österr. Zeitschrift für Strafrecht 1913, pág. 161; *el mismo*, Frank-Festgabe Tomo I pág. 432; *Engish*, Untersuchungen pág. 22; *Graf zu Dohna*, Verbrechenslehre págs. 31 ss.

[23] Vid. el sistema de v. *Hippel*, Tomo II págs. 289 ss.; *Mezger*, Lehrbuch págs. 267 ss.; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 374; *Nowakowski*, SchwZStr 65 (1950) págs. 302 ss.; *el mismo*, Das österreichische Strafrecht págs. 446 ss. (cambiando de postura en JBl 1972, págs. 19 ss.).

[24] Vid., por ejemplo, *v. Hippel*, Tomo II pág. 276; *Mezger*, Lehrbuch págs. 330 ss.

nido de la culpabilidad el último componente puramente psicológico del hecho (**concepto de culpabilidad puramente normativo**) (vid. *supra* § 22 V 3a) [25]. Sobre la base de la teoría de la culpabilidad de *Erik Wolf* [26], fue ya *Graf zu Dohna* quien distinguió claramente entre la voluntad de acción como "objeto de valoración", que fue remitida al tipo subjetivo, y la "valoración del objeto" que consiste en el enjuiciamiento de la motivación del autor [27]. No obstante, fue *Welzel* quien por primera vez suministra una fundamentación por sí misma concluyente de la concepción normativa de la culpabilidad, pues se valió del dolo como parte integrante de la acción y, con ello, simultáneamente, como componente del tipo de injusto, haciendo así comprensible el resultado que alcanzó *Graf zu Dohna* sobre la teoría del injusto. De acuerdo con ello, el injusto está integrado por la totalidad de las propiedades de la *voluntad de acción* que se muestran como no debidas, mientras que la culpabilidad está compuesta por el conjunto de las propiedades que hacen que tal voluntad aparezca como reprochable [28].

5. No obstante, el desarrollo ha dado un paso más allá de esta etapa y parece haber alcanzado un fundamento sólido [29]. Mientras que en *Welzel* el objeto del juicio de antijuricidad y el de culpabilidad es el mismo, esto es, la valoración de la voluntad de acción de un lado como no debida y de otro como reprochable [30], la doctrina reciente ha logrado asegurar al juicio de culpabilidad un *objeto de referencia propio*, a saber, el hecho en atención a la **actitud interna jurídicamente deficiente** del autor (actitud jurídica interna digna de reprobación) a partir de la cual se originó la resolución de cometer aquél (vid. la incorporación de la actitud interna del sujeto al catálogo de las circunstancias que sirven para determinar la pena en el § 46 II 2, segunda posición). Tal actitud interna está integrada por la totalidad de las máximas de comportamiento que sirven de base a la resolución delictiva. La actitud interna no tiene que entenderse, por tanto, como una disposición permanente del autor sino como "*inclinación actual*" ("aktuelles Gesonnensein") en la formación de la resolución delictiva [31]. De acuerdo con lo afirmado, la culpabilidad significa la "reprochabilidad del hecho en atención a la actitud interna desaprobada que activa su comisión" *(Gallas)*. Naturalmente, lo que se reprocha es siempre el hecho y no sólo

---

[25] Vid. *Welzel*, Lehrbuch págs. 140 ss.; *el mismo*, ZStW 60 (1941) pág. 456; *el mismo*, Das neue Bild págs. 41 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 16 núm. 42; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 509. Vid., además, *Achenbach*, Schuldlehre págs. 209 ss. Sin embargo, tal y como en la actualidad se acepta mayoritariamente, el dolo posee una doble posición, esto es, tanto en el injusto como también en la culpabilidad (vid. *infra* § 39 IV 4).

[26] Vid. *E. Wolf*, Strafrechtliche Schuldlehre pág. 126; sobre ello vid. *Jescheck*, E. Wolf-Festschrift págs. 474 ss.

[27] *Graf zu Dohna*, Verbrechenslehre págs. 22 y 40.

[28] Asimismo, *v. Weber*, Grundriß pág. 107; *el mismo*, Aufbau pág. 17 (contraposición entre "deber" y "poder"); *Busch*, Moderne Wandlungen pág. 11; *Brauneck*, GA 1959, pág. 261. Vid. también *H. Mayer*, Lehrbuch págs. 210 ss.

[29] El texto que a continuación se reproduce sigue a *Gallas*, Beiträge págs. 55 ss. De la misma opinión también *Schmidhäuser*, Gesinnungsmerkmale pág. 178; *el mismo*, Allg. Teil págs. 148 ss., 366 ss.; *el mismo*, Gallas-Festschrift págs. 93 ss.; *el mismo*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 400 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 119 antes del § 13; *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 38 antes del § 3; *Wessels*, Allg. Teil núm. 401. Críticos sobre este aspecto *Otto*, ZStW 87 (1975) pág. 581; *el mismo*, GA 1981, pág. 484; *Roxin*, Allg. Teil I § 19 núms. 22 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 17/17.

[30] Vid. *Welzel*, Lehrbuch pág. 138; asimismo, *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 35 núm. 16.

[31] Vid. *Herren*, Die Gesinnung págs. 85 ss. ("actitud interna que resulta relevante para el hecho").

la actitud interna [32]. Con todo, el reproche tan sólo está justificado en la medida en que la actitud interna del autor se manifiesta en contra del Derecho o, más exactamente, en contra de la pretensión de respeto u observación del correspondiente bien jurídico al que se dirige. De ahí que la actitud interna, en su relación con la pretensión de validez del bien jurídico protegido, es el motivo por el que en mayor o menor medida se le reprocha al autor la perpetración del hecho.

III. Concepto formal y material de la culpabilidad

1. El **concepto formal de culpabilidad** comprende aquellos elementos del hecho que en un Ordenamiento jurídico determinado son exigidos positivamente como presupuestos para la imputación de la culpabilidad [33]. Así pues, desde una perspectiva formal la culpabilidad viene determinada por la totalidad de los componentes que son considerados requisitos para la imputación subjetiva en un *concreto sistema penal histórico*.

2. Por el contrario, en el **concepto material de culpabilidad** se trata de determinar bajo qué condiciones aparece justificado apoyar la imputación subjetiva sobre una determinada actitud interna [34]. El concepto material de culpabilidad puede ser estructurado de acuerdo con las exigencias de la Ética [35] o de la seguridad pública [36], conforme a la particularidad del control de los impulsos por la persona [37] o al fin de la pena [38] y, en este último caso, particularmente en relación con la prevención general [39]. El concepto material de culpabilidad permite tomar la decisión de sobre qué elementos del hecho o del autor puede basar el *legislador* el juicio de culpabilidad. De acuerdo con la concepción aquí sostenida, el juicio de culpabilidad descansa materialmente sobre la infracción de la pretensión de observancia del bien jurídico protegido por la norma penal (vid. *supra* § 38 II 5).

IV. Culpabilidad por el hecho individual y culpabilidad por el modo de vida

1. La culpabilidad o se refiere al *hecho individual* o al *modo de vida* (culpabilidad del autor, de la personalidad o del carácter). En la primera, tan sólo son considerados factores jurídicamente reprobables de la actitud interna aquellos que están vinculados con la acción típica. Por el contrario, en la segunda el juicio de culpabilidad se extiende al conjunto de la personalidad del autor y a su desarrollo. El concepto de culpabilidad del Derecho penal alemán está referido esencialmente a la **culpabilidad por el hecho individual**, algo que ya se derivaba de una decisión a favor del Derecho penal del hecho (vid. *supra* § 7 III 2). El injusto al que se dirige el reproche de

---

[32] *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 369 en conexión con la pág. 39; de forma similar, *Jakobs*, Allg. Teil 17/51.

[33] Sobre la cuestión en su conjunto vid. *Engisch*, Untersuchungen págs. 38 ss.

[34] Al respecto vid. *Mangakis*, ZStW 83 (1971) págs. 290 ss.

[35] Así, *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip pág. 129; *Baumann*, JZ 1962, pág. 43.

[36] Así, *v. Liszt/Schmidt*, pág. 231: "disposición interna asocial del autor como síntoma de peligrosidad"; vid. también *Grünhut*, Aschaffenburg-Festgabe pág. 95: "peligrosidad como momento de la culpabilidad".

[37] Así *Welzel*, Lehrbuch pág. 144.

[38] Así, *Roxin*, Kriminalpolitik págs. 33 ss.; *el mismo*, Henkel-Festschrift págs. 181 ss.; *el mismo*, ZStW 96 (1984) págs. 653 ss.; *Muñoz Conde*, GA 1978, págs. 73 ss.

[39] Así, *Jakobs*, Allg. Teil 17/22; *Achenbach*, Individuelle Zurechnung págs. 140 ss.

culpabilidad consiste en la comisión de un hecho concreto o en la omisión de una acción determinada impuesta por el Ordenamiento jurídico y no, por el contrario, en un modo de vida jurídicamente desaprobado. A ello se añade la consideración de carácter práctico consistente en que con los medios del Derecho procesal penal vigente sería imposible esclarecer la trayectoria vital del acusado con sus frecuentes y profundas conexiones anímicas. Además, también existiría el peligro de que la indagación sobre su personalidad condujera tanto a un sacrificio de la esfera íntima del acusado en la Sala que no se correspondiera con la importancia de la causa penal, como a una jurisprudencia doctrinaria y moralizante (en contra, con acierto, OLG Hamm GA 1969, pág. 26) algo que, tanto en uno como en otro caso, ni estaría al servicio de la Justicia ni tampoco al de la reinserción del reo en la comunidad. Finalmente, la culpabilidad individual es la que mejor se corresponde con la idea de una pena retributiva del hecho que, por motivos derivados del Estado de Derecho, se refiere a un aspecto estrechamente delimitado de la vida del autor y no está pensada como un intento de rendición global de cuentas. También el StGB determina la pena sobre la base exclusiva de la culpabilidad individual (§ 46) [40].

2. De ahí, por tanto, que el pensamiento de la **culpabilidad por el modo de vida** [41], que en anteriores discusiones ha desempeñado un importante papel [42], haya pasado actualmente a un segundo plano. De todas formas, sigue subsistiendo la idea de que en la mayoría de las ocasiones la culpabilidad por el hecho no puede ser explicada tan sólo a partir de las circunstancias concurrentes en el momento del hecho, sino que la actual actitud interna del autor se encuentra estrechamente conectada con su trayectoria vital [43]. De ahí que la jurisprudencia en repetidas ocasiones también haya recurrido a los antecedentes del autor en el enjuiciamiento de los factores concretos de su culpabilidad; así sucede, por ejemplo, en relación con la cuestión de si el autor habría podido evitar un error de prohibición (vid. BGH 2, 194 [208 ss.]) [44] o si estaba en situación de dominar el arrebato (vid. BGH NStZ 1984, pág. 311) [45]. También en los principios

---

[40] Vid. *Binding*, Normen Tomo II pág. 283; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 359; *Bruns*, Strafzumessungsrecht págs. 538 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 35 núm. 13; *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 65; *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip págs. 187 ss.; *Müller-Dietz*, Grenzen des Schuldgedankens pág. 62; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 373; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 105 antes del § 13; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 3 antes del § 19; *Wessels*, Allg. Teil núm. 402. Crítico al respecto *Jakobs*, Allg. Teil 17/34 ss.

[41] La denominación procede de *Mezger*, ZStW 57 (1938) pág. 689. *Bockelmann*, Täterstrafrecht 2.ª Parte pág. 153 habla de culpabilidad de la *decisión* de vida para subrayar el contenido de la culpabilidad volitiva.

[42] Vid. *Engisch*, ZStW 61 (1942) págs. 170 ss.; *el mismo*, ZStW 66 (1954) pág. 359; *Heinitz*, ZStW 63 (1951) págs. 74 ss.; *Hall*, ZStW 70 (1958) págs. 46 ss.; *Mezger*, Moderne Wege págs. 35 ss.; *Blei*, Allg. Teil pág. 426; *Dünnebier*, Tagungsberichte Tomo I p.94. En contra, *Roxin*, Allg. Teil I § 6 núm. 20, § 19 núm. 54.

[43] En este sentido, BGH NJW 1976, pág. 2220; además, sobre todo, *Bockelmann*, Untersuchungen págs. 12 ss.; *Bockelmann/Volk* Allg. Teil pág. 238; *Brauneck*, MSchrKrim 1958, págs. 142 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 17/34 ss.; *LK* (11.ª) *(Jescheck)* nota preliminar núm. 75 antes del § 13; *LK* (9.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 158 antes del § 51; *Seelig*, Schuld pág. 25; *Sauer*, Allg. Strafrechtslehre pág. 144; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 106 antes del § 13; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 4 antes del § 19.

[44] Vid. *SK (Rudolphi)* § 17 núms. 44 ss.; mostrándose crítico *LK* (11.ª) *(Schroeder)* § 17 núm. 47.

[45] Sobre ello vid. *LK* (11.ª) *(Jähnke)* § 20 núms. 60 ss.; *Geilen*, Maurach-Festschrift págs. 173 ss.; *Krümpelmann*, Welzel-Festschrift págs. 338 ss.; *el mismo*, GA 1983, págs. 354 ss.; *el mismo*, ZStW 99 (1987) págs. 221 ss.; *Rudolphi*, Henkel-Festschrift págs. 199 ss.

que rigen la determinación de la pena del § 46 II se menciona el "pasado anterior del autor" como una circunstancia significativa [46].

§ 39 Delimitación, contenido y estructura del concepto de culpabilidad

Achenbach, Individuelle Zurechnung usw., en: *Schünemann* (Ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pág. 135; *Cerezo Mir*, Culpabilidad y pena, en: Problemas fundamentales del Derecho Penal, 1982, págs. 179 ss.; *Dreher*, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 207; *Freudenthal*, Schuld und Vorwurf, 1922; *Gallas*, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 155; *Goldschmidt*, Normativer Schuldbegriff, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 428; *Greenawalt*, The Perplexing Borders of Justification and Excuse, en: *Eser/Fletcher* (Ed.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Tomo I, 1987, pág. 263; *Haffke*, Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie, GA 1978 pág. 33; *Hardwig*, Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, ZStW 68 (1956) pág. 14; *el mismo*, Über die unterschliedichen Unrechtsgehalte und die Abgrenzung von Unrecht und Schuld, JZ 1969, pág. 459; *el mismo*, Grundprobleme der Allgemeinen Strafrechtslehre, 1984; *Heinitz*, Besprechung von Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, JR 1957, pág. 78; *Hirsch*, Der Streit um Handlungs-und Unrechtslehre, ZStW 94 (1982) pág. 239; *Husak*, The Social View of Criminal Law Defences, Criminal Law Forum 3 (1992) pág. 369; *Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976; *Jescheck*, Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre, ZStW 73 (1961) pág. 179; *el mismo*, Die weltanschaulichen und politischen Grundlagen des E 1962, ZStW 75 (1963) pág. 1; *el mismo*, Deutsche und österreichische Strafrechtsreform, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 365; *el mismo*, Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, ZStW 98 (1986) pág. 1; *el mismo*, Friedrich Nowakowski als Strafrechtsdogmatiker und Kriminalpolitiker, ZStW 103 (1991) pág. 999; *Kadečka*, Von der Schädlichkeit zur Schuld usw., SchwZStr 50 (1936) pág. 343; *el mismo*, Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff, ZStW 59 (1940) pág. 1; *Kantorowicz*, Tat und Schuld, 1933; *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 2.ª ed. 1976; *Kohlrausch*, Sollen und Können, Festgabe für K. Güterbock, 1910, pág. 1; *el mismo*, Der Allgemeine Teil des E 1925, en: *Aschrott/Kohlrausch* (Eds.), Reform des Strafrechts, 1926, pág. 1; *Krümpelmann*, Vorsatz und Motivation, ZStW 87 (1975) pág. 888; *el mismo*, Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit usw., ZStW 88 (1976) pág. 6; *Lackner*, Prävention und Schuldunfähigkeit, Festschrift für Th. Kleinknecht, 1985, pág. 245; *Lampe*, Das personale Unrecht, 1967; *Lange*, Literaturbericht, ZStW 63 (1951) pág. 456; *el mismo*, Grundfragen der deutschen Strafrechtsreform, SchwZStr 70 (1955) pág. 373; *Lang-Hinrichsen*, Betrachtungen zur Strafrechtsreform, en: Grundfragen der Strafrechtsreform, 1959, pág. 53; *Mangakis*, Über das Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit, ZStW 75 (1963) pág. 499; *Nowakowski*, Freiheit, Schuld, Vergeltung, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 55; *Robinson*, Criminal Law Defenses, Tomo I, II, 1984; *Roeder*, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, 1969; *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª ed. 1973; *el mismo*, Zur jüngsten Diskussion über Schuld usw., Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 279; *Schaffstein*, Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht, 1934; *el mismo*, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, 1935; *el mismo*, Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems, ZStW 57 (1938) pág. 295; *Schmoller*, Zur Argumentation mit Maßstabfiguren, JBl 1990, págs. 631, 706; *Schreiber*, Rechtliche Verantwortlichkeit und Schuld, en: *Thomas* (Ed.), Schuld: Zusammenhänge und Hintergründe, 1990, pág. 61; *Schünemann*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft usw., GA 1985, pág. 341; *Welzel*, Das Gesinnungsmoment im Recht, Festschrift für J. v. Gierke, 1950, pág. 290; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung usw., 1981; *Ziegert*, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987.

Vid., además, la bibliografía anterior a los §§ 37, 38

---

[46] Como circunstancia agravante de la pena entra en consideración la "vida pasada" del autor, especialmente en lo que se refiere a la criminalidad anterior del sujeto, aunque esto último sólo en la medida en que esté relacionado con el hecho objeto de enjuiciamiento; así, BGH StV 1988, pág. 148; *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núms. 30 ss. con referencias adicionales. Vid. también *Stratenwerth*, Tatschuld págs. 28 ss.

I. Antijuricidad y culpabilidad

1. La **separación entre antijuricidad y culpabilidad** se remonta a la distinción que se hacía en la Ciencia penal del Derecho común entre imputación objetiva y subjetiva (imputatio physica o facti e imputatio moralis o juris) [1]. A pesar de todos los cambios que se han sucedido en la historia de la Dogmática, dicha separación ha perdurado esencialmente desde entonces y debe ser caracterizada como **la piedra angular de la teoría del delito.** También se acepta hoy generalizadamente que el examen de la antijuricidad ha de *pre*ceder al de la culpabilidad [2]. El análisis de la antijuricidad significa que es indagada la *corrección objetiva* de un hecho (su coincidencia con las normas de deber del Ordenamiento jurídico) desde el punto de vista de la acción y del resultado. El injusto significa, pues, que el hecho, tanto en sus elementos objetivos como subjetivos, contradice al Derecho. El examen de la culpabilidad consiste en preguntarse si un hecho puede ser *personalmente reprochable* al autor [3]. Según ello, el autor actúa culpablemente cuando la formación de su voluntad, que le ha conducido a la comisión del hecho antijurídico, descansa sobre una actitud interna deficiente (vid. *supra* § 38 II 5).

2. Son poco frecuentes las tesis que se desvían de la separación entre el injusto y la culpabilidad. En su momento, la posibilidad de diferenciar entre la antijuricidad y la culpabilidad fue puesta en duda por *Schaffstein* [4] y, posteriormente también, por *Hardwig* [5]. *H. Mayer* [6] tampoco admitía la separación entre antijuricidad y culpabilidad en la medida en que, para él, un hecho en el que el autor actuaba sin culpabilidad no podía ser considerado como una objetivación de la voluntad y, por ende, como un injusto. *Kantorowicz* no consideró a la culpabilidad como un elemento del delito sino como una condición de la punibilidad [7]. Con anterioridad, la concepción subjetiva del delito en *Austria* aceptó la existencia de un delito culpable sin antijuricidad (por ejemplo, en la tentativa) [8]. Actualmente, al igual que en Alemania, la antijuricidad y la culpabilidad se entienden como presupuestos necesarios de la punibilidad y son internamente diferenciados [9]. Además, *Austria* ha plasmado en el § 4 StGB el principio de que "no hay pena sin culpabilidad". También en el StGB *suizo* rigen el principio de culpabilidad y la separación entre injusto y culpabilidad

---

[1] Ciertamente que la "imputatio physica" no significaba la antijuricidad (puesto que esta última tan sólo fue reconocida como un elemento autónomo del delito mucho tiempo después, vid. *supra* § 22 I), sino la imputación del hecho como obra de la voluntad del autor. Pero éste es precisamente el núcleo de lo que en la actualidad se denomina imputación objetiva dentro del marco de la teoría del injusto; acerca de los dos conceptos de "imputatio" *Schaffstein*, Die allgemeine Lehren pág. 37.

[2] Vid. *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 2 antes del § 19; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 20 antes del § 13.

[3] A ello se añade incorrectamente el "poder evitarlo"; así, *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núms. 193, 118 antes del § 13; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 182 antes del § 32; *Arthur Kaufmann,* Schuldprinzip págs. 115 ss.; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 507; *Welzel,* Lehrbuch pág. 120.

[4] *Schaffstein,* Problematik pág. 31; *el mismo,* Verbrechen als Pflichtverletzung pág. 137; *el mismo,* ZStW 57 (1938) págs. 326 ss.

[5] *Hardwig,* Zurechnung pág. 132. Con otra opinión, sin embargo, y de modo similar a la tesis aquí expuesta *el mismo,* JZ 1969, págs. 461 ss., así como en Grundprobleme págs. 6 ss.

[6] *H. Mayer,* Lehrbuch pág. 105; *el mismo,* Grundriß pág. 64.

[7] *Kantorowicz,* Tat und Schuld págs. 219 ss.

[8] En este sentido vid. *Kadečka,* ZStW 59 (1940) págs. 17 ss.; *Nowakowski,* Grundriß pág. 42 (renunciando a tal planteamiento en JBl 1972, pág. 22). Sobre ello *Jescheck,* ZStW 73 (1961) pág. 207.

[9] Vid. *Triffterer,* Allg. Teil págs. 247 ss.; *Kienapfel,* Grundriß Z 14 núm. 17; *Leukauf/Steininger,* § 4 núm. 2; *WK (Nowakowski)* nota preliminar núms. 13, 36 antes del § 3.

como fundamentos del sistema [10]. Por el contrario, en la doctrina penal *francesa* y *anglo-americana* está ausente un desarrollo de la teoría del injusto similar al llevado a cabo por la Dogmática alemana más moderna [11]. Por otra parte, en la doctrina *italiana* [12] y *española* [13] es inconfundible la influencia de la doctrina alemana. En los *Países Bajos* la distinción entre antijuricidad y culpabilidad llevada a cabo por *Pompe* [14] se sigue conectando con el aspecto objetivo y subjetivo del hecho, mientras que *van Bemmelen/van Veen* [15] y *Remmelink* [16] proceden a una exposición de la teoría del delito similar a la concepción alemana.

II. El objeto del juicio de culpabilidad

1. El **objeto del juicio de culpabilidad es el hecho antijurídico en atención a la actualización que en éste opera de una actitud interna jurídicamente desaprobada** [17]. La *actitud interna respetuosa con el Derecho* constituye una cualidad indispensable del ciudadano para la conservación efectiva del orden social [18]. No es equivalente a la disposición moral interna en la medida en que en aquélla no se trata de una vinculación ética derivada de las normas jurídicas, sino de la comprensión de lo que supone su vigencia. La culpabilidad es una deficiencia de la actitud interna frente al Derecho digna de reprobación expresada a través de una acción típica y antijurídica. Tal deficiencia puede concurrir en mayor o menor medida, por lo que el criterio para determinar un valor superior o inferior de los motivos viene suministrado por la formación de la voluntad. De ahí que la culpabilidad, al igual que el injusto, sea un concepto susceptible de graduación. En la deficiencia desaprobada de la actitud interna reside el punto de referencia al que se dirigen los distintos elementos del concepto de culpabilidad y a partir del cual tienen que ser comprendidos estos últimos.

Ejemplos: Ciertamente, en el delincuente enfermo mental está ausente la actitud interna respetuosa con el Derecho pero, sin embargo, esta deficiencia no merece reprobación puesto que descansa sobre una anomalía psíquica. En el error de prohibición ello depende de si la falta de conciencia del injusto se refiere a proposiciones fundamentales del Derecho natural que cualquiera debe conocer o a normas de significado más bien técnico (delicta mere prohibita), también depende de si el autor obvió intencionadamente o de modo negligente la información necesaria y, finalmente, de si el error era invencible. En la obediencia debi-

---

[10] Vid. *Stratenwerth*, Schweiz. Strafrecht, Allg. Teil I pág. 234; *Schultz*, Einführung I pág. 180; *Noll/Trechsel*, Allg. Teil I págs. 103, 129.

[11] Digna de mención es, sin embargo, la distinción general de las causas de "justification" y de "excuse" que lleva a cabo *Robinson*, Criminal Law Defenses Tomo I págs. 83 y 91. El tradicional posicionamiento escéptico sobre la cuestión lo manifiesta *Greenawalt*, The Perplexing Borders págs. 263 ss.; *Husak*, Criminal Law Forum 3 (1992) pág. 369. Por el contrario, en Derecho belga tiene lugar una clara diferenciación entre el injusto y la culpabilidad como presupuestos de la punibilidad; vid. *Dupont/Verstraeten*, Handboek núm. 396; *Hennau/Verhaegen*, Droit pénal général núm. 327.

[12] Vid. *Bettiol/Pettoello Mantovani*, Diritto penale págs. 239 ss.; distinguen también como dos juicios de valor entre la "antigiuridicità" y "colpevolezza" *Nuvolone*, Sistema págs. 108, 265 y *Mantovani*, Diritto penale págs. 140, 295 ss.

[13] Vid. *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 404 ss., 429 ss.; *Mir Puig*, Adiciones Tomo I pág. 593; *Cobo del Rosal/Vives Antón*, Derecho Penal págs. 231 ss., 411 ss.; *Cerezo Mir*, Culpabilidad y pena págs. 179 ss.

[14] Vid. *Pompe*, Handboek pág. 99. El propio *Pompe*, Das niederländische Strafrecht págs. 62 ss., 74 ss. ya ha abandonado esa concepción.

[15] *van Bemmelen/van Veen*, Ons strafrecht págs. 99, 133.

[16] *Hazewinkel-Suringa/Remmelink*, Inleiding págs. 191 ss.

[17] Vid. *supra* § 38 II 5 nota a pie núm. 29.

[18] Vid. *Henkel*, Rechtsphilosophie pág. 82; *Welzel*, v. Gierke-Festschrift págs. 296 ss.

da el soldado es disculpable cuando la antijuricidad penal del hecho no es manifiesta, porque entonces no ha tenido ningún motivo para oponer objeciones.

2. Básicamente, la concepción de que el objeto del juicio de culpabilidad consiste en la ausencia de una actitud jurídica interna no se diferencia de otras teorías, según las cuales, la culpabilidad hay que buscarla en la "motivación" [19], en el "poder ("Können") de la formación de la voluntad" [20] o en la "expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del autor" [21], puesto que todas estas deficiencias sólo son imaginables sobre la base de una disposición frente al Derecho de carácter reprobable. En un sentido amplio, la totalidad de las formulaciones llevadas a cabo en la nueva literatura científica que describen un concepto material de culpabilidad [22] son compatibles con la concepción aquí defendida. Una excepción viene a ser la "teoría político-criminal" de *Roxin* [23]. Ésta se cuestiona "si bajo puntos de vista jurídico-penales es necesaria una sanción frente al autor individual". La culpabilidad sería sólo la barrera del poder punitivo estatal y materialmente nada más que una "actuación injusta a pesar de una capacidad de reacción normativa" [24]. Sin embargo, lo que resulta decisivo es si la pena resulta *merecida*; de acuerdo con ello la culpabilidad es un presupuesto y no sólo un límite de la pena [25]. Un paso más allá da *Jakobs* [26] que considera a la "culpabilidad como un derivado de la prevención general", así como *Achenbach* [27] quien pretende "renunciar al concepto de culpabilidad como fundamento de la pena". Asimismo, ha pasado a un segundo plano la teoría de la "exigibilidad" como base material del reproche de culpabilidad [28].

III. La medida del juicio de culpabilidad

1. Como criterio para la valoración de la ausencia en el hecho de una actitud interna favorable a la norma, se tiene en cuenta tanto una escala individual como también otra de naturaleza social-comparativa. En repetidas ocasiones se admite que el reproche culpabilístico se funda sobre el **"poder evitarlo" individual** del autor [29]. Con ello se pregunta si la persona en concreto

---

[19] Así, *Engisch*, Untersuchungen pág. 476; *Krümpelmann*, ZStW 87 (1975) pág. 890; *Jakobs*, Allg. Teil 17/1.

[20] Así, *Welzel*, Lehrbuch págs. 140 ss.

[21] Así, *Blei*, Allg. Teil pág. 173.

[22] Para *Mezger*, Lehrbuch pág. 275 la culpabilidad es la "expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del autor"; para *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 35 núm. 16 la "apostasía del autor del mandato normativo"; para *Lange* SchwZStr 70 (1955) pág. 394 es el "reproche de un esfuerzo ético-social deficiente"; para *Armin Kaufmann* Schuldprinzip pág. 129 es "una decisión autoresponsable de la voluntad frente a un deber reconocido"; para *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 148 es "un comportamiento espiritual lesivo del bien jurídico"; para *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 511 es "la posibilidad de reconocer la exigencia jurídica del deber y de adaptarse a ella".

[23] Vid. *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem págs. 33 ss.; *el mismo*, Henkel-Festschrift págs. 181 ss.; *el mismo*, Bockelmann-Festschrift pág. 284: culpabilidad "como condición necesaria pero no suficiente para una imputación".

[24] Vid. *Roxin*, MschrKrim 1973, págs. 319 ss.; *el mismo*, Allg. Teil I § 19 núm. 34.

[25] Así, *Arthur Kaufmann*, JZ 1967, pág. 555; *Lenckner*, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit pág. 18.

[26] *Jakobs*, Schuld und Prävention pág. 32; *el mismo*, Allg. Teil 17/22: el concepto de culpabilidad se configura "de acuerdo con las exigencias de la finalidad de la pena para una sociedad con una Constitución determinada".

[27] *Achenbach*, Individuelle Zurechnung pág. 151.

[28] Así, *Freudenthal*, Schuld und Vorwurf 1922; *Goldschmidt*, Frank-Festgabe Tomo I pág. 442.

[29] Así, por ejemplo, *Freudenthal*, Schuld und Vorwurf pág. 7; *Lang-Hinrichsen*, Grundfragen págs. 116 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 36 núm. 12; *v. Weber*, Grundriß pág. 108; *Wegner*, Strafrecht pág. 145; *Welzel*, Lehrbuch págs. 140 ss.

que se encuentra como acusado ante el tribunal habría estado en situación de hacer algo distinto, esto es, actuar conforme a las exigencias del Ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta pregunta no puede ser contestada pues ello supondría que para un individuo determinado y un hecho concreto podría ser probada la existencia del libre albedrío (vid. *supra* § 37 I 2b). Más bien, la cuestión sólo puede ser planteada razonablemente en el sentido de preguntarse si, de acuerdo con la experiencia acumulada de las disciplinas implicadas en el hecho, **"otra persona"** en la situación del autor habría podido resistirse a la tentación delictiva (escala social-comparativa) [30].

Si quisiéramos tomar al propio autor individual como escala de su culpabilidad el resultado tampoco sería político-criminalmente defendible. Esto traería como consecuencia, por ejemplo, que cuanto menos carácter tuviera alguien más pequeña sería la medida de su culpabilidad a evaluar. Esta consideración debería conducir, en fin, a la eliminación del reproche de culpabilidad precisamente frente a los delincuentes más peligrosos, porque la inexistencia absoluta de una vinculación con la comunidad forzaría la negación, también absoluta, del reproche en cuestión; de ello resulta que el Ordenamiento jurídico no puede evitar en modo alguno exigir un límite mínimo en el esfuerzo volitivo si, en definitiva, aquél deber ser sostenido por medio de las normas (en lugar del empleo de la coacción inmediata). La comunidad no puede conformarse con que el autor, en la realización del hecho, sea evaluado según sus propios parámetros. La individualidad del delincuente no impide al Derecho penal exigir también de él lo que otro habría hecho en la misma situación. En ello reside precisamente el aspecto normativo de la imputación subjetiva.

2. De acuerdo con lo afirmado, la **medida para el juicio de culpabilidad** sólo puede venir suministrada por la **capacidad del hombre medio** ("durchschnittliches Können") [31] tal y como presupone el Ordenamiento jurídico puesto que, por ejemplo, mientras la incapacidad de culpabilidad (§ 20) está conectada con excepcionales situaciones psico-patológicas firmemente delimitadas, en todos los otros casos de alteraciones mentales sí se afirma la existencia de tal capacidad. No obstante, este criterio no debe ser entendido en el sentido de un promedio estadístico sino tan sólo en el de una conducta esperada por la comunidad jurídica en condiciones normales. El interrogante del juez debe ir dirigido, por tanto, a si "se" podría haber actuado de otro modo. Pero ello no está referido a la persona sin más ("el género humano, con la única excepción del autor" [32]), sino a "**una persona a medida, vinculada con los valores jurídicamente protegidos**" [33] que por su edad, sexo, profesión, cualidades corporales, capacidades intelectuales

---

[30] Vid. *Jescheck*, ZStW 75 (1963) pág. 10; *LK* (11.ª) *(Jescheck)* nota preliminar núm. 74 antes del § 13; *Lackner*, Kleinknecht-Festschrift pág. 265.

[31] Vid. *Kohlrausch*, Güterbock-Festgabe págs. 24 ss.; *el mismo*, Der Allgemeine Tell des E 1925 pág. 26; *Goldschmidt*, Frank-Festgabe Tomo I pág. 453; *Kadečka*, SchwZStr 50 (1936) pág. 363; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 110 ss.; *Blei*, Allg. Teil págs. 178 ss.; *Krümpelmann*, ZStW 88 (1976) pág. 12; *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip pág. 282; *LK* (10.ª) *(Lange)* §§ 20, 21 núm. 6; *Mangakis*, ZStW 75 (1963) pág. 519; *SK (Rudolphi)* § 20 núm. 25; *Haffke*, GA 1978, pág. 45; *Schreiber*, Rechtliche Verantwortlichkeit und Schuld págs. 61, 65; *Mirčka*, Strafschuld pág. 169; *Nowakowski*, SchwZStr 65 (1950) pág. 308; *el mismo*, Grundriß págs. 67 ss.; *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 46 antes del § 3. También deben mencionarse aquí a *Engisch*, Willensfreiheit pág. 65 y *Rittler*, Tomo I pág. 160, a pesar de que el reproche de culpabilidad que estos autores elaboran se apoya sobre el carácter del autor. En contra de una escala social-comparativa del juicio de culpabilidad *Roxin*, Allg. Teil I § 19 núm. 20.

[32] En este sentido camina, sin embargo, la formulación exagerada de *Graf zu Dohna*, ZStW 66 (1954) pág. 508; en contra, acertadamente, *Engisch*, Willensfreiheit pág. 22.

[33] En esta dirección se pronuncia la fórmula de *Nowakowski*, Grundriß pág. 67 así como *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 47 antes del § 3; vid. también, *el mismo*, Rittler-Festschrift pág. 70 y JBl 1972, pág. 29. La misma ha sido acogida por los §§ 10 I, 32 II österr. StGB y por la österr. OGH SSt 29, 83 (pág. 263). En contra, sin embargo, de las figuras ideales *Schmoller*, JBl 1990, págs. 631 ss. Valoran-

y experiencia vital, sea comparable con el autor. De este modo no se convierte la capacidad general del hombre medio en una escala para la aptitud individual del autor, sino que se decide en el caso concreto acerca de la capacidad de autocontrol de acuerdo con la experiencia obtenida en supuestos similares. La delimitación entre las propiedades que son tenidas en cuenta en la equiparación y las que tienen que separarse de ella tiene que llevarse a cabo del siguiente modo: los defectos corporales y de comprensión, así como las deficiencias en la experiencia vital, no son imputables al autor pues éste no puede hacer nada al respecto; en estos aspectos, pues, resulta equiparable al hombre medio. En cambio, lo que sí integra su culpabilidad y es objeto de reprobación al autor es, precisamente, el mantenerse alejado de la actitud interna favorable al Derecho y de la fuerza de voluntad que se espera por parte de un ciudadano a medida. Las posibilidades que, en virtud de las cualidades morales del "otro", habrían estado a disposición de "éste" (el autor) en la concreta situación de hecho, no pueden ser concebidas como injusto puesto que la responsabilidad de una persona adulta y mentalmente sana constituye una condición previa imprescindible para todo orden social fundamentado sobre la libertad (vid. *supra* § 37 I 3).

IV. Los elementos que integran el concepto de culpabilidad (la culpabilidad como fundamento de la pena)

1. El juicio de desvalor acerca de la actitud jurídica interna del autor no opera globalmente sobre la base del conjunto de la personalidad de aquél, sino que se apoya en el análisis de los **elementos de la culpabilidad** determinados legalmente. Por una parte, ahí reside una garantía para el acusado derivada del Estado de Derecho pues sencillamente no se abandonan a la discrecionalidad del juez las condiciones bajo las cuales puede formular el reproche de culpabilidad; por otra parte, en cambio, también se asienta una relativa severidad del Derecho penal ya que los elementos de la culpabilidad son concebidos *negativamente* (como causas de exclusión de la culpabilidad), y ello conduce a que deba ser afirmado tal reproche si en el caso concreto no concurren puntos de apoyo para su exclusión.

2. El primer elemento que integra el concepto de culpabilidad es la *salud psíquico-espiritual* del autor adulto (capacidad de culpabilidad) (vid. *infra* § 40) [34]. En caso de graves estados carenciales o de importantes alteraciones, la falta de una actitud interna respetuosa con el Derecho no resulta reprobable porque en tales supuestos se encuentra ausente en el autor la capacidad de autodeterminación que normalmente se le presupone. El segundo elemento de la culpabilidad, que es el que verdaderamente caracteriza la carencia de una disposición interna acorde con la norma, viene constituido la *conciencia de la antijuricidad* (vid. *infra* § 41 I). Quien con pleno *conocimiento* de la antijuricidad adopta la resolución delictiva evidencia una postura frente al Derecho digna de una especial desaprobación. Por el contrario, si existe un *error* de prohibición no se puede reprobar al autor si aquél fue invencible. No obstante, el desconocimiento del mandato normativo puede descansar sobre una carencia reprochable de la actitud interna ade-

---

do la situación de la doctrina austríaca en este punto *Jescheck*, Lange-Festschrift pág. 374; *el mismo*, ZStW 103 (1991) pág. 1008.

[34] Vid., asimismo, la ordenación de los elementos de la culpabilidad bajo dos puntos de vista: "la posibilidad de comprensión del injusto" (elemento intelectual de la culpabilidad) y "la posibilidad de comportarse conforme a la comprensión del injusto" (elemento volitivo de la culpabilidad) en *LK* (11.ª) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 187 antes del § 32.

cuada a Derecho, lo que trae por consecuencia que, hasta cierto punto, el error de prohibición vencible sea equiparado a una sublevación consciente frente al Derecho (vid. *infra* § 41 II 2 y III 1). Asimismo, la culpabilidad puede verse incrementada o disminuida *a través de elementos especiales típicamente delictivos de la culpabilidad* que caracterizan más detalladamente la disposición al hecho por parte del autor (vid. *infra* § 42) [35]. Finalmente, el reproche culpabilístico presupone la "*normalidad de la circunstancias que acompañan al hecho*". Si concurren determinadas situaciones excepcionales previstas por la Ley que, de acuerdo con la experiencia, menoscaban considerablemente la capacidad de autodeterminación conforme a la norma, entonces el autor queda exculpado debido a que la especial situación de constreñimiento durante la comisión de la acción relativiza la ausencia de una actitud interna ajustada a Derecho (vid. *infra* § 44-47).

3. Prescindiendo de estos elementos autónomos del concepto de culpabilidad, el **contenido de reprochabilidad del hecho también está determinado por la magnitud de su injusto**, pues al autor se le declara culpable por la *formación de su voluntad en relación al hecho cometido.* Como el injusto es un presupuesto de la culpabilidad y ésta siempre debe ir referida a aquél, cualquier modificación en el ámbito del primero repercute mediatamente sobre la gravedad del reproche de culpabilidad [36]. También el *dolo*, como elemento subjetivo general del injusto, integra simultáneamente el objeto del reproche culpabilístico puesto que la circunstancia de que el autor haya actuado dolosa o imprudentemente no es algo que sólo marque una diferencia en el contenido de injusto del hecho, sino también en el de la culpabilidad por el mismo (vid. *supra* § 24 III 5).

4. Pero, más allá de lo afirmado, el **dolo** es también un **elemento autónomo de la culpabilidad** (doble posición del dolo). La resolución delictiva, como resultado del proceso de formación de la voluntad, acumula para sí todos las determinaciones del ámbito psíquico del autor de modo que a tal resolución, como "portadora del desvalor de la disposición interna" para el enjuiciamiento del contenido de culpabilidad del hecho, tiene una importancia propia al lado del dolo como "portador del sentido de la acción" [37]. Con carácter general la comprobación del dolo como portador del injusto personal del hecho resulta también suficiente para la caracterización de la actitud jurídica interna del autor. Excepcionalmente, sin embargo, puede *negarse* que el dolo exprese el desvalor de tal disposición interna a pesar de que sí lo haga en relación con la voluntad de acción (así sucede en la aceptación errónea de una causa de justificación, vid. *infra*

---

[35] Asimismo, *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 53 antes del § 3. En contra de la formación de un "tipo de la culpabilidad" específico comprensivo de aquellos elementos de la misma que se refieran concretamente al delito *LK* (11.ª) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 107 *in fine* antes del § 32; *Jakobs*, Allg. Teil 17/44.

[36] Vid. *Gallas*, Beiträge pág. 44; *Jakobs*, Allg. Teil 17/47; *Welzel*, Lehrbuch pág. 165; *Roxin*, ZStW 82 (1970) pág. 691; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 2 antes del § 19.

[37] La teoría de la doble posición del dolo se ha impuesto ampliamente en adhesión a la postura de *Gallas*, Beiträge págs. 56 ss. nota a pie núm. 89; *el mismo*, Bockelmann-Festschrift pág. 170; *Dreher*, Heinitz-Festschrift págs. 224 ss.; *Hünerfeld*, ZStW 93 (198 1) pág. 1000; *Lackner*, § 15 núm. 34; *Jescheck*, ZStW 98 (1986) págs. 11 ss.; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 184 antes del § 32; *Hirsch*, ZStW 94 (1982) pág. 263; *Haft*, Allg. Teil pág. 145; *Lampe*, Das personale Unrecht pág. 234; *Moos*, ZStW 93 (1981) pág. 1032; *Roxin*, Kriminalpolitik págs. 42 ss.; *el mismo*, Allg. Teil I § 12 núm. 26, § 10 núm. 69; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 120 antes del § 13; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 3; *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 1 antes del § 3; *Schünemann*, GA 1985, págs. 361 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núms. 142, 425; *Wolter*, Zurechnung pág. 152; *Ziegert*, Vorsatz págs. 137 ss.

§ 41 IV 1d; en la actio libera in causa, vid. *infra* § 40 VI 2; en el error de prohibición en el ámbito de las infracciones administrativas, vid. *infra* § 41 II 2c). Sólo en los *hechos imprudentes* es siempre necesario llevar a cabo en el marco de la culpabilidad un análisis especial cuyo objeto es saber tanto si al autor le resulta reprochable la infracción objetiva del deber de cuidado de acuerdo con sus aptitudes personales, como si el resultado producido fue previsible para él (vid. *infra* § 57 II y III). En su calidad de portador del desvalor de la actitud interna, el dolo también interviene como elemento *positivo* en la estructura del dolo eventual (vid. *supra* § 29 III 3a).

En relación con la teoría de la responsabilidad por el hecho vid. la 3.ª ed. de esta obra pág. 348.

Subsección b): Los elementos de la culpabilidad

§ 40 La capacidad de culpabilidad (imputabilidad)

P.-A. Albrecht, Unsicherheitszonen des Schuldstrafrechts, GA 1983, pág. 193; *el mismo,* Jugendstrafrecht, 2.ª ed. 1993; *P.-A. Albrecht/Schüler-Springorum* (Ed.), Jugendstrafe an 14-und 15jährigen, 1983; *Aschaffenburg,* Zur Frage: Verminderte Zurechnungsfähigkeit, RG-Festgabe, 1929, Tomo V, pág. 242; *v. Baeyer,* Die Freiheitsfrage in der forensischen Psychiatrie usw., Der Nervenarzt 28 (1957) pág. 337; *Behrendt,* Affekt und Vorverschulden, 1983; *Berner,* Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre, 1843; *Bertel,* Die Zurechnungsfähigkeit, ÖJZ 1975, pág. 622; *Bertolino,* L'imputabilità ed il vizio di mente nel sistema penale, 1990; *Binder,* Die Geisteskrankheit im Recht, 1952; *Blau,* Anmerkung zu BGH vom 27.5.1986, JR 1987, pág. 206; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 35, 143, JR 1988, pág. 514; *el mismo,* Die Affekttat zwischen Empirie und normativer Bewertung, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 109; *el mismo,* Paraphrasen zur Abartigkeit, Festschrift für W. Rasch, 1993, pág. 113; *Blau/Franke,* Prolegomena zur strafrechtlichin Schuldfähigkeit, Jura 1982, pág. 393; *Bockelmann,* Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit, ZStW 75 (1963) pág. 372; *de Boor,* Bewußtsein und Bewußtseinsstörungen, 1966; *Brandenberger,* Bemerkungen zu der Verübung einer Tat in selbstverschuldeter Trunkenheit, 1970; *Brandstetter,* Grundfragen der Deliktsverwirklichung im Vollrausch, 1992; *Brauneck,* Die Jugendlichenreife nach § 105 JGG, ZStW 77 (1965) pág. 209; *Bresser,* Jugendzurechnungsfähigkeit oder Strafmündigkeit, ZStW 74 (1962) pág. 579; *el mismo,* Noch immer: Die Problematik des § 105 JGG, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág. 323; *el mismo,* Probleme bei der Schuldfähigkeits-und Schuldbeurteilung, NJW 1978, pág. 1188; *Brunner,* Jugendgerichtsgesetz, 8.ª ed. 1985; *Bruns,* Die Strafzumessung bei Vollrauschdelikten, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 439; *Burkhardt,* Tatschuld und Vorverschulden, en: *Eser/Kaiser/Ewa Weigend* (edrs.), Drittes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Krimlnologie, 1988, pág. 147; *Carbonell Mateu* y otros, Enfermedad mental y delito, 1987; *Cramer,* Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt, 1962; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 21, 381, JZ 1968, pág. 273; *Dalliniger/Lackner,* Jugendgerichtsgesetz, 2.ª ed. 1965; *Dencker,* § 323a StGB-Tatbestand oder Schuldform? JZ 1984, pág. 453; *Diesinger,* Der Affekttäter, 1977; *Dix,* Medizinische Sachverständigengutachten über die Zurechnungsfähigkeit in den USA, ZStW 97 (1985) pág. 213; *Dreher,* Verbotsirrtum und § 51 StGB, GA 1957, pág. 97; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 21, 27, JR 1966, pág. 350; *Ehrhardt,* Die Schuldfähigkeit in psychiatrisch-psychologischer Sicht, en: *Frey* (ed.), Schuld, Verantwortung, Strafe, 1964, pág. 277; *Ehrhardt/Villinger,* Forensische und administrativa Psychiatrie, en: Psychiatrie der Gegenwart, Tomo III, 1961, pág. 181; *Eickmeyer,* Die strafrechtliche Behandlung der Heranwachsenden nach § 105 JGG, 1963; *Eisenberg,* Jugendgerichtsgesetz, 5.ª ed. 1993; *Engisch,* Die Lehre von der Willensfreiheit usw., 2.ª ed. 1965; *Feest,* Kinderkriminalität, Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3.ª ed. 1993, pág. 210; *Frehsee,* "Strafverfolgung" von unmündigen Kindern, ZStW 100 (1988) pág. 290; *Frisch,* Grundprobleme der Bestrafung "verschuldeter" Affekttaten, ZStW 101 (1989) pág. 538; *Geilen,* Zur Problematik des schuldausschließenden Affekts, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 173; *Giese/Schorsch,* Zur Psychopathologie der Sexualität, 1973; *Göppinger,* Kriminologische Aspekte zur sogenannten verminderten Schuldfähigkeit, Festschrift für H. Leferenz, 1983, pág. 411; *Goldstein,* The Insanity Defense, 1967; *Hadamik,* Über die Bewußtseinsstörung bei Affektverbrechen, MSchrKrim

1953, pág. 11; *el mismo*, Leidenschaft und Schuld, GA 1957, pág. 101; *Haddenbrock*, Strafrechtliche Handlungsfähigkeit und "Schuldfähigkeit", Handbuch der forensischen Psychiatrie, Tomo II, 1972, pág. 863; *el mismo*, Forensische Psychiatrie und die Zweispurigkeit unseres Strafrechts, NJW 1979, pág. 1235; *el mismo*, Soziale oder forensische Schuldfähigkeit (Zurechnungsfähigkeit), 1992; *Hafter*, Normale Menschen? Zurechnungsfähigkeit, Zurechnungsunfähigkeit, SchwZStr *66* (1951) pág. 1; *Heiß*, Die Bedeutung der nichtkrankhaften Bewußtseinsstörungen usw., en: Gerichtliche Psychologie, 1962, pág. 223; *Heldmann*, Zurechnungsfähigkeit, Zurechnungsunfähigkeit und verminderte Zurechnungsfähigkeit in rechtsvergleichender Darstellung, Diss. Freiburg 1956; *Hentschel/Born*, Trunkenheit im Straßenverkehr, 6.ª ed. 1992; *Herzberg*, Gedanken zur actio libera in causa usw., Festschrift für G. Spendel, 1992, pág. 203; *Hettinger*, Die "actio libera in causa" usw., 1988; *el mismo*, Zur Strafbarkeit der "fahrlässigen actio libera in causa", GA 1989, pág. 1; *Horn*, Actio libera in causa usw., GA 1969, pág. 289; *Hruschka*, Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit, JuS 1968, pág. 554; *el mismo*, Methodenprobleme bei der Tatzurechnung trotz Schuldunfähigkeit des Täters, SchwZStr 90 (1974) pág. 48; *el mismo*, Probleme der actio ribera in causa heute, JZ 1989, pág. 310; *Jescheck*, Die Bedeutung nicht-krankhafter Bewußtseinsstörungen usw., en: Gerichtliche Psychologie, 1962, pág. 208; *Joerden*, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs usw., 1988; *Jubert*, La doctrina de la "actio libera in causa" en derecho penal, 1992; *Kaiser*, Jugendstrafrecht, Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3.ª ed. 1993, pág. 199; *Kallwaß*, Der Psychopath, 1969; *Katzenstein*, Die Straflosigkeit der actio libera in causa, 1901; *Arnim Kaufmann*, Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, S. 319; *Hilde Kaufmann*, Die Regelung der Zurechnungsfähigkeit im E 1962, JZ 1967, pág. 139; *Hilde Kaufmann/Pirsch*, Das Verhältnis von § 3 JGG zu § 51 StGB, JZ 1969, pág. 358; *W. Keller*, Menschliche Existenz, Willensfreiheit und Schuld, en: *Frey* (ed.), Schuld, Verantwortung, Strafe, 1964, pág. 201; *Kleinschrod*, Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, 1.ª Parte, 1794; *Koch*, Die actio libera in causa usw., Diss. Freiburg 1956; *Kotsalis*, Verminderte Schuldfähigkeit und Schuldprinzip, Festschrift für J. Baumann, 1992, pág. 33; *Krause*, Betrachtungen zur actio libera in causa usw., Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 305; *el mismo*, Probleme der actio libera in causa, Jura 1980, pág. 169; *Krüger*, Zur Frage des Vorsatzes bee Trunkenheitsdelikten, DAR 1984, pág. 47; *Krümpelmann*, Motivation und Handlung im Affekt, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 327; *el mismo*, Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit usw., ZStW 88 (1976) pág. 6; *el mismo*, Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs, GA 1983, pág. 337; *el mismo*, Schuldzurechnung unter Affekt und alkoholisch bedingter Schuldunfähigkeit, ZStW 99 (1987) pág. 191; *el mismo*, Affekt und Schuldfähigkeit, 1988; *el mismo*, Die strafrechtliche Schuldfähigkeit bei Affekttaten, Recht und Psychiatrie 1990, pág. 150; *Krug/Grüner/Dalichau*, Kinder-und Jugendhilfe, SGB VIII, Kommentar, 1994; *Küper*, Aspekte der "actio libera in causa", Festschrift für H. Leferenz, 1983, pág. 573; *Lackner*, Neuorientierung der Rechtsprechung im Bereich des Vollrauschtatbestandes? Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 645; *Landgraf*, Die "verschuldete" verminderte Schuldfähigkeit, 1988; *Leferenz*, Die rechtsphilosophischen Grundlagen des § 51 StGB, Der Nervenarzt 19 (1948) pág. 364; *el mismo*, Die Kriminalität der Kinder, 1957; *el mismo*, Der Entwurf des Allg. Teils eines StGB in kriminologischer Sicht, ZStW 70 (1958) pág. 25; *el mismo*, Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit usw., ZStW 88 (1976) pág. 40; *Luhte/Rösler*, Die Beurteilung der Schuldfähigkeit bei akuter alkoholtoxischer Bewußtseinsstörung, ZStW 98 (1986) pág. 314; *Mannheim/Joseph/Sieverts*, Die kriminalrechtliche Behandlung von jungen Rechtsbrechern (über 18 Jahren) in England, Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, 1958; *Maurach*, Fragen der actio libera in causa, JuS 1961, pág. 373; *Merkel*, Die hochgradige Neurose usw., Diss. Mainz 1982; *J. E. Meyer*, Psychiatrische Diagnosen und ihre Bedeutung für die Schuldfähigkeit, ZStW 88 (1976) pág. 46; *Mezger*, Probleme der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit, Sitzungsberichte der Bayer. Akademie der Wissenschaften, 1949, fascículo 2.º; *el mismo*, Das Verstehen als Grundlage der Zurechnung, Sitzungsberichte der Bayer. Akademie der Wissenschaften, 1951, fascículo 1.º; *Neumann*, Zurechnung und "Vorverschulden", 1985; *el mismo*, Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit, ZStW 99 (1987) pág. 567; *el mismo*, Konstruktion und Argument in der neueren Diskussion zur actio libera in causa, Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pág. 581; *Oehler*, Anmerkung zu BGH vom 9.10.1969, JZ 1970, pág. 380; *Ostendorf*, Die Prüfung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit

nach § 3 JGG usw., JZ 1986, pág. 664; *Paeffgen*, Actio libera in causa und § 323a StGB, ZStW 97 (1985) pág. 513; *Peters*, Literaturbericht, ZStW 66 (1954) pág. 423; *el mismo*, Die Beurteilung der Verantwortungsreife, Handbuch der Psychologie, Tomo II, 1967, pág. 260; *Pfeiffer*, Die kriminologische Bedeutung der Chromosomenanomalien, Kriminologische Gegenwartstragen, Fascículo 9.º, 1970, pág. 119; *Platzgummer*, Die "Allgemeinen Bestimmungen" des Strafgesetzentwurfs im Licht der neueren Strafrechtsdogmatik, JBl 1971, pág. 236; *Pongratz* y otros, Kinderdelinquenz, 1975; *Ponsold* (ed.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 1964; *Puppe*, Grundzüge der actio libera in causa, JuS 1980, pág. 346; *Rasch*, Schuldfähigkeit, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3.ª ed. 1967, pág. 55; *el mismo*, Tötung des Intimpartners, 1964; *el mismo*, Angst vor Abartigkeit, NStZ 1982, pág. 177; *el mismo*, Die psychiatrisch-psychologische Beurteilung der sog. schweren anderen seelischen Abartigkeit, StV 1991, pág. 131; *el mismo*, Beurteilung der tiefgreifenden Bewußtseinsstörung, NJW 1993, pág. 757; *Rauch*, Brauchen wir noch eine forensische Psychiatrie? Festschrift für H. Leferenz, 1983, pág. 379; *Rautenberg*, Die "verminderte Zurechnungs-/Schuldfähigkeit usw., Diss. Göttingen 1980; *Remschmidt* y otros, Zum Dunkelfeld kindlicher Delinquenz, MSchrKrim 1975, pág. 133; *Robinson*, Criminal Law Defenses, Tomo I, 1984; *Roxin*, Bemerkungen zur actio libera in causa, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 307; *Rudolf*, Zur Geschichte des Problems der Strafmündigkeit, Kriminalistik und forensische Wissenschaften, 1983, pág. 91; *Salger*, Zur forensischen Beurteilung der Affekttat im Hinblick auf eine erheblich verminderteschuldfähigkeit, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 201; *Salger/Mutzbacher*, Die actio libera in causa usw., NStZ 1993, pág. 561; *Schaffstein*, Die Jugendzurechnungsunfähigkeit im Verhältnis zur allgemeinen Zurechnungsfähigkeit, ZStW 77 (1965) pág. 191; *el mismo*, Überlegungen zu einem künftigen Jungtäterrecht, Festschrift für K. Peters, 1974, pág. 583; *el mismo*, Die strafrechtliche Verantwordichkeit Heranwachsender nach Herabsetzung des Volljährigkeitsalters, MSchrKrim 1976, pág. 92; *el mismo*, Die entschuldigte Vatertötung, Festschrift für H. Stutte, 1979, pág. 253; *Schewe*, Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz, 1972; *Schmidhäuser*, Die actio libera in causa usw., 1992; *A. Schmidt*, Probleme der Kriminalität geisteskranker Täter, 1970; *R. Schmitt*, Die "schwere andere seelische Abartigkeit" in § 20 und 21 StGB, ZStW 92 (1980) pág. 346; *K. Schneider*, Die psychopathischen Persönlichkeiten, 9.ª ed. 1950; *el mismo*, Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit, 3.ª ed. 1956; *Schreiber*, Bedeutung und Auswirkungen der neugefaßten Bestimmungen über die Schuldfähigkeit, NStZ 1981, pág. 46; *Schröder*, Verbotsirrtum, Zurechnungsfähigkeit, actio libera in causa, GA 1957, pág. 297; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 21, 27, JZ 1966, pág. 451; *Schüler-Springorum*, Zum Strafrecht für junge Erwachsene, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág. 395; *Schwalm*, Schuld und Schuldfähigkeit usw., JZ 1970, pág. 487; *Schwinghammer*, Die Rechtsfigur der actio libera in causa, Diss. München 1966; *Simon/Aaronson*, The Insanity Defense, 1988; *Sluga*, Maßnahmen zur Behandlung abnormer Täter-Erfahrungsbericht aus Österreich, Kriminologische Gegenwartsfragen, Fascículo 15, 1982, pág. 33; *Stratenwerth*, Vermeidbarer Schuldausschluß, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 485; *Streng*, Richter und Sachverstindiger usw., Festschrift für H. Leferenz, 1983, pág. 397; *el mismo*, Schuld ohne Freiheit? ZStW 101 (1989) pág. 273; *Thomae*, Bewußtsein, Persönlichkeit und Schuld, MSchrKrim 1961, pág. 114; *Thomae/Schmidt*, Psychologische Aspekte der Schuldfähigkeit bee Bewußtseinsstörung, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 2.ª ed. 1957, pág. 130; *Tröndle*, Vollrauschtatbestand und Zweifelslgrundsatz, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 665; *Undeutsch*, Zur Problematik des psychologischen Sachverständigen, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 703; *Venzlaff*, Restaurierung eines "engen" Krankheitsbegriffs usw.? ZStW 88 (1976) pág. 57; *Vogt*, Die Forderungen der psychoanalytischen Schulrichtungen usw., 1979; *Waaben/Schultz/Léauté*, Die Behandlung der Trunkenheit im Strafrecht, 1960; *Walder*, Der Affekt und seine Bedeutung im schweizerischen Strafrecht, SchwZStr 81 (1965) pág. 24; *Walter*, Jugendrecht, Jugendhilfe, Jugendschutz, Kleines kriminologisches Wörterbuch, 3.ª ed. 1993, pág. 191; *v. Weber*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Rauschtat, Festschrift für U. Stock, 1966, pág. 59; *Weinschenk*, Beginnt die Schuldfähigkeit wirklich erst mit der Vollendung des 14. Lebensjahres? MSchrKrim 1984, pág. 15; *Wilmanns*, Die sogenannte verminderte Zurechnungsfähigkeit usw., 1927; *Witter*, Die Beurteilung Erwachsener im Strafrecht, Handbuch der forensischen Psychiatrie, Tomo II, 1972, pág. 966; *el mismo*, Die Bedeutung des psychiatrischen Krankheitsbegriffs für das Strafrecht, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 723; *el mismo*, Wissen und Werten bei der Beurteilung der strafrechtlichen Schuldfähigkeit, Festschrift für H. Leferenz, 1983, pág. 441; *el mismo*, Die Beurteilung der Schuldfähigkeit usw., en: *Witter* (ed.), Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht,

1987, pág. 175; *Wolfslast*, Die Regelung der Schuldfähigkeit, JA 1981, pág. 464; *Wolter*, Vollrausch mit Januskopf, NStZ 1982, 54; *el mismo*, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz usw.? Festschrift für H. Leferenz, 1983, pág. 545; *Ziegert*, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987; *Zipf*, Verminderte Zurechnungs-oder Schuldfähigkeit-Vergleich der österreichischen und der deutschen Regelung, Kriminologische Gegenwartsfragen, Fascículo 15, 1982, pág. 157.

I. El concepto de la capacidad de culpabilidad

1. La capacidad de culpabilidad [1] es el *primer elemento sobre el que descansa el juicio de culpabilidad* [2]. Aquélla debe existir al objeto de que pueda aparecer digna de reprobación la ausencia de una actitud jurídica interna en la que ha tenido su origen la resolución delictiva. Únicamente quien ha alcanzado una edad determinada y no padece graves anomalías psíquicas posee el **grado mínimo de capacidad de autodeterminación** que es exigido por el Ordenamiento jurídico para la responsabilidad penal. Ciertamente, aunque falte la capacidad de culpabilidad el autor puede *actuar*—a diferencia de la capacidad de acción en los actos reflejos (por ejemplo, la reacción a una descarga eléctrica), en la inconsciencia (sonambulismo) (vid. *supra* § 23 VI 2a)—pero no puede ser *culpable* porque el hecho no descansa sobre una actitud interna jurídicamente desaprobada.

Acerca de las teorías hoy superadas que intentaron comprender la capacidad de culpabilidad como "capacidad jurídico-penal de acción" o "capacidad de sensibilidad frente a la pena" vid. la 2.ª ed. de esta obra pág. 325.

2. En primer lugar, el concepto de capacidad de culpabilidad conecta con la **edad**. Con anterioridad a la conclusión del proceso biológico de maduración manifestado por el transcurso de la edad, o bien no puede ser por lo general formulado un reproche de culpabilidad *(minoría de edad penal)*, o éste requiere la comprobación de que el autor haya alcanzado tal grado de desarrollo intelectual, de madurez moral y de fuerza de voluntad, que justifique la valoración de su actitud ante el Derecho actualizada en la comisión del hecho de acuerdo con parámetros adecuados a su juventud pero, en todo caso, de carácter *jurídico-penal (minoría de edad condicionada)*. Además, la capacidad de culpabilidad se encuentra en relación con la **salud psíquico-mental** del autor puesto que hay que negar aquélla para el caso de graves estados carenciales (§ 20).

3. Mientras que en jóvenes con minoría de edad condicionada la capacidad de culpabilidad debe ser expuesta y comprobada durante el juicio (RG 58, 128) [3], en cambio, tratándose de un autor adulto aquélla

---

[1] La denominación más frecuente de "*imputabilidad*" conecta con la imputación subjetiva en el sentido de la doctrina penal del siglo XIX. Por aquél entonces, imputabilidad significaba que nada se oponía a la imputación subjetiva. De ahí que la expresión también comprendiera su ausencia por error o violencia (vid. *Berner*, Imputationslehre pág. 52). No obstante, en adhesión al concepto normativo de culpabilidad hoy dominante, es preferible la denominación "capacidad de culpabilidad" (así también, §§ 19-21).

[2] De acuerdo con la tesis dominante debe tratarse de un "presupuesto de la culpabilidad" que se antepone a ésta; así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 376; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 239; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 35 núm. 35; *Wessels*, Allg. Teil núm. 409; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 5 antes del § 19; la cuestión queda abierta en *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 118 antes del § 13. Según *Dreher/Tröndle*, § 20 núm. 3a el § 20 es una causa de exclusión de la culpabilidad. En realidad, se trata de un elemento positivo de la culpabilidad que se encuentra *dentro* del concepto de la misma; igualmente, *Frank*, § 51 comentario II; *Blei*, Allg. Teil págs. 181 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 515; *Welzel*, Lehrbuch págs. 152 ss.; *LK* (11.ª)*(Hirsch)* nota preliminar núm. 189 antes del § 32.

[3] Crítico con la praxis judicial *Ostendorf*, JZ 1986, págs. 664 ss.

se presupone en tanto que no existan puntos de apoyo que permitan dudar acerca de su responsabilidad (RG 21, 131 [132]) [4]. Tales dudas pueden fundamentarse, por ejemplo, en las acciones sexuales que comete por primera vez un anciano con niños (BGH NJW 1964, pág. 2213), en general si los delitos comienzan en una edad ya avanzada (BGH NStZ 1983, pág. 34), cuando existen síntomas de anomalías instintivas (BGH StV 1984, pág. 507) o ante una acumulación de hurtos en comercios por parte de una mujer que hasta ahora no había sido sancionada penalmente (OLG Köln MDR 1975, pág. 858). La diferencia se explica por el hecho de que en los jóvenes es frecuente la ausencia de madurez que fundamenta la responsabilidad, mientras que las deficiencias psíquico-mentales que conducen a la exclusión de la responsabilidad según el § 20 son casos excepcionales relativamente poco frecuentes. También son capaces de culpabilidad las personas en las que concurren desviaciones corrientes de la personalidad o alteraciones de escasa importancia como, verbigracia, déficit de inteligencia, voluntad débil, excitabilidad extraordinaria, fuerzas instintivas desmesuradas y reacciones vivenciales poco usuales, todo ello en la medida en que tales circunstancias especiales no alcancen el grado de un trastorno psíquico patológico, de una profunda alteración de la consciencia, de la oligofrenia o de cualquier otra anomalía psíquica grave (§ 20).

II. Los grados de la capacidad de culpabilidad

1. El § 19 declara que los **niños**, esto es, personas que todavía no han cumplido los catorce años, son incapaces de culpabilidad. Por tanto, para aquellos individuos que todavía no han finalizado su decimocuarto año de vida el legislador niega con carácter general su capacidad de culpabilidad sin atender a su situación de desarrollo individual [5]. Se trata, en consecuencia, de una causa de exclusión de la culpabilidad [6], por lo que es posible la participación de una persona culpable (§ 29). Procesalmente la minoría de edad penal absoluta constituye un obstáculo procedimental, de modo que en caso de equivocación no puede ser instruido el sumario y debe archivarse el proceso abierto [7].

Si el niño comete un hecho antijurídico (§ 11 I núm. 5) el Tribunal Tutelar puede adoptar medidas de protección de acuerdo con los §§ 1631 III, 1666, 1666a, 1837 IV BGB. Además, también entra en juego el auxilio educativo de conformidad con los §§ 28-35 SGB VIII (niños y jóvenes), en el que también está incluida el recurso a hogares infantiles (§ 34) [8].

---

[4] Vid. *Lackner*, § 20 núm. 19; *Roxin*, Allg. Teil I § 20 núms. 1, 51; *LK* (11.ª)*(Jähnke)* § 20 núm. 13; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 20 núms. 1, 45.

[5] En consonancia con la doctrina dominante (*Dreher/Tröndle*, § 19 núm. 2; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 19 núm. 5; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 377; *SK (Rudolphi)* § 19 núm. 3), el E 1962 Fundamentación pág. 137 habla aquí de una "presunción irrefutable (*iuris et de iure*) de la incapacidad de culpabilidad". *Roxin*, Allg. Teil I § 20 núm. 49 prefiere la expresión "exclusión de la responsabilidad". Mostrándose crítico con el § 19 StGB y § 3 JGG *Weinschenk*, MSchrKrim 1984, págs. 15 ss.

[6] Vid. *Schaffstein/Beulke*, Jugendstrafrecht pág. 45; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 19 núm. 3.

[7] En este sentido camina la doctrina mayoritaria; vid. *Eisenberg*, § 1 JGG núm. 31; *Dreher/Tröndle*, § 19 núm. 2; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 19 núm. 5; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 377; *SK (Rudolphi)* § 19 núm. 3; *Schaffstein/Beulke*, Jugendstrafrecht pág. 46. Acerca de la historia de la minoría de edad penal *Rudolf*, Kriminalistik und forensische Wissenschaften 1983, págs. 91 ss. Detalladamente acerca de la "persecución penal" de niños *Frehsee*, ZStW 100 (1988) págs. 290 ss.

[8] Acerca de la elasticidad pedagógica de niños inclinados a la delincuencia *Leferenz*, Die Kriminalität der Kinder págs. 16 ss. En relación con la importancia numérica de la criminalidad infantil vid. *Pongratz* y otros, Kinderdelinquenz págs. 89 ss. (criminalidad registrada policialmente); *Remschmidt* y otros, MSchrKrim 1975, págs. 133 ss. (investigación sobre la cifra negra). Según *Weinschenk*, MSchrKrim 1984, pág. 16 en el año 1980 la delincuencia infantil constituía el 6,3% de todos los delitos registrados, creciendo ininterrum-

2. El **joven**, esto es, una persona que en el momento del hecho tiene cumplidos ya los catorce años y que todavía no ha alcanzado los dieciocho (§ 1 II JGG), sólo puede ser responsabilizado penalmente "si, de acuerdo con su desarrollo moral y mental, es lo suficientemente maduro para comprender el injusto del hecho o para actuar conforme a su comprensión (§ 3, inciso 1.º, JGG) [9].

Originariamente el StGB 1871 se basó únicamente en la capacidad de comprensión intelectual siguiendo el modelo del Código penal francés de 1810 ("*discernement*"). Sin embargo, fue ya la JGG de 1923 la que, de acuerdo con los nuevos conocimientos de la psicología juvenil, otorgó también importancia en el enjuiciamiento de la responsabilidad del joven a la madurez moral y a la capacidad de transformación de lo conocido en un comportamiento actual. Consecuencia de ello fue que estos elementos se convirtieron asimismo en presupuestos para el juicio de culpabilidad penal.

La **capacidad de comprensión** del joven debe estar lo suficientemente formada como para que pueda comprender el injusto material (y no sólo la inmoralidad o la contrariedad a las costumbres) de su hecho. Por el contrario, como siempre aquí tampoco se exige el conocimiento de la punibilidad o de la Ley penal. La capacidad de comprensión debe referirse al hecho concreto; no obstante, en el supuesto particular puede concurrir sólo para uno de los delitos integrantes del concurso ideal ("Tateinheit") o también únicamente respecto del tipo básico y no en relación con la disposición penal cualificadora (incorrectamente RG DR 1944, pág. 659; acerca de la "divisibilidad" de la conciencia del injusto, acertadamente, BGH 10, 35) [10]. La capacidad de comprensión presupone tanto un desarrollo intelectual determinado como también un cierto grado de madurez moral. Puede suceder que al joven le sea comprensible la norma pero que por falta de madurez suficiente no se la tome en serio.

Ejemplo: En el abuso sexual de niños (§ 176) el joven debe tener la capacidad no sólo de reconocer el hecho como algo inmoral, sino también como un comportamiento *jurídicamente prohibido*. Ciertamente, puede ocurrir que entienda el injusto del hecho de acuerdo con la disposición citada pero no bajo el punto de vista concurrente del escándalo público (§ 183a), o que a pesar de tener un juicio de comprensión suficiente no distinga entre algo serio y un simple juego (vid. el caso de la RG 47, 385).

No obstante, el joven no sólo debe estar en condiciones de reconocer el injusto del hecho sino también de poder determinar su voluntad de acuerdo con tal comprensión (**capacidad de control de la acción**). Precisamente en jóvenes de edad temprana e, incluso también, en personas más mayores, que se encuentran bajo la influencia de anomalías en su proceso de maduración, es frecuente que tengan una capacidad de comprensión suficientemente formada faltándoles, en cambio, la fuerza de voluntad necesaria para poder hacer frente a la presión de motivos muy poderosos que les conducen a la comisión del hecho.

Ejemplos: Un joven de catorce años y de conducta generalmente correcta que poco a poco sustrae juguetes a un amigo (y que explica en casa que se los ha regalado un desconocido), al no poder oponer resistencia al instinto

---

pidamente desde el año 1954. Vid. también *Feest*, Kleines kriminologisches Wörterbuch pág. 210. En relación con la tutela infantil y juvenil *Walter*, Kleines kriminologisches Wörterbuch págs. 195 ss. En torno a la acogida en hogares infantiles en el marco de la privación de la custodia paterna de conformidad con el § 1666 BGB *Krng/Grüner/Dalichau*, Kinder-und Jugendhilfe, SGB VIII § 34 comentario 2.

[9] Acerca de la reforma de la JGG *Kaiser*, Kleines kriminologisches Wörterbuch pág. 203. En contra de la *pena* juvenil en las etapas más tempranas *F.-A. Albrecht/Schüler-Springorum* (edrs.) Jugendstrafe an 14- und 15jährigen, 1983.

[10] Vid. *Schaffstein/Beulke*, Jugendstrafrecht pág. 52; *Brunner*, § 3 JGG núm. 6; *Eisenberg*, § 3 JGG núm. 5; *Peters*, Zur Beurteilung der Verantwortungsreife págs. 260 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 20 núm. 52.

posesivo que repentinamente le domina. Un joven más mayor que es seducido por su profesor para cometer conjuntamente un robo y que no se atreve a imponer su rechazo interno frente a la autoridad de aquél.

Si está ausente la culpabilidad del joven por falta de la capacidad de comprensión o de control de la acción [11], o no pudiendo excluir el juez tal posibilidad, entonces este último puede adoptar las mismas medidas de carácter educativo que el Tribunal Tutelar (§ 3, inciso segundo, JGG, vid. *supra* § 40 II 1) [12]. No necesita, pues, ser absuelto. Difícil de determinar es la relación entre el § 3 JGG y el § 20 [13]. Tratándose de deficiencias *condicionadas por el proceso de maduración* sólo es aplicable el § 3 JGG; por el contrario, ante perturbaciones psicopatológicas que, de acuerdo con la experiencia, *persistan* durante la etapa adulta, entra en juego el § 20 con la posibilidad de internamiento en un hospital psiquiátrico (§ 63) (§ 7 JGG) [14]. Si existen dudas en torno a aceptar un precepto u otro, la falta de culpabilidad sólo puede ser apoyada sobre el § 3 JGG por sus consecuencias jurídicas más moderadas (in dubio pro reo). Si el joven es penalmente responsable el hecho comporta exclusivamente *consecuencias jurídicas adecuadas a su juventud* (medidas educativas conforme al § 9 JGG; medios correctivos según el § 13 JGG; pena juvenil prevista en los §§ 17 ss. JGG). De acuerdo con el § 18 I 3 JGG esta última es, también en cuanto a su duración, independiente del marco punitivo del Derecho penal general. Y en cuanto a las *medidas de seguridad del Derecho penal general*, sólo pueden ser ordenadas las consistentes en el internamiento en hospital psiquiátrico o en establecimiento de desintoxicación, la libertad vigilada y la privación del permiso de conducir (§ 61 núms. 1, 2, 5 y 6) (§ 7 JGG).

3. En correspondencia con una antigua demanda del movimiento para la justicia juvenil [15], la JGG de 1953 ha recogido una regulación específica para los **semiadultos**, esto es, personas que en el momento de comisión del hecho han cumplido dieciocho años sin haber alcanzado los veintiuno (§ 1 II JGG). *Éstos poseen plena responsabilidad jurídico-penal*, lo que significa que no entran dentro del § 3 JGG. Sin embargo, resultan aplicables las consecuencias jurídicas del Derecho penal juvenil (§§ 4-8, 9 núms. 1, 10, 11, 13-32 JGG) si el

---

[11] La jurisprudencia admitió anteriormente para estos supuestos una causa personal de exclusión de la pena (RG 31, 161; 53, 143 [144]). Sin embargo, en la actualidad se reconoce que la mayoría de edad penal es un elemento de la culpabilidad; vid. RG 47, 385 (389); *Schaffstein/Beulke*, Jugendstrafrecht pág. 53; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 36 núm. 87; *Dallinger/Lackner*, § 3 JGG comentario núm. 18; *Eisenberg*, § 3 JGG núm. 11. Crítico con la jurisprudencia *P.-A. Albrecht*, Jugendstrafrecht pág. 99: "La praxis judicial diaria va camino de desatender ampliamente el § 3 JGG".

[12] Dado que desde 1.1.1975 la mayoría de edad tiene lugar con la finalización del decimoctavo año de vida (Ley de 31.7.1974, BGBl. I pág. 1713), el auxilio educativo y, en especial, el acogimiento en hogares infantiles, finaliza en ese momento (§§ 28-35 SGB VIII). Esto rige también para las medidas educativas adoptadas de acuerdo con el § 9 núm. 1 JGG. Únicamente permanecen efectivas algunas instrucciones que, de acuerdo con tal núm. 1, también serían admisibles frente a adultos en el marco del § 56 c.

[13] Sobre ello vid. *Bresser*, ZStW 74 (1962) págs. 579 ss.; *Schaffstein*, ZStW 77 (1965) págs. 191 ss.; *Hilde Kaufmann/Pirsch*, JZ 1969, págs. 358 ss.

[14] Si, de acuerdo con ambos preceptos, está excluida la capacidad de culpabilidad, el tribunal tiene que elegir entre el internamiento en el establecimiento (§ 63) y la medidas educativas según el § 3, inciso segundo, JGG (especialmente, su ingreso en un hogar infantil de conformidad con el § 34 SGB VIII) (BGH 26, 67); vid. *Schaffstein/Beulke*, Jugendstrafrecht pág. 54; *Schaffstein*, Stutte-Festschrift págs. 253 ss. Por el contrario, *P.-A. Albrecht*, Jugendstrafrecht pág. 102 y *Eisenberg* § 3 JGG núm. 39 sostienen la primacía del § 3 JGG.

[15] Vid. *Eickeyer*, Die strafrechtliche Behandlung der Heranwachsenden págs. 15 ss. Acerca del tratamiento de los semiadultos en Derecho penal extranjero vid. *Mannheim/Joseph/Sieverts*, Die kriminalrechtliche Behandlung von jungen Rechtsbrechern págs. 9 ss., 27 ss. En relación con Gran Bretaña vid., además, *Schüler-Springorum*, Schaffstein-Festschrift págs. 397 ss.

autor en el momento de la perpetración del hecho, por su desarrollo psíquico y mental, es todavía equiparable a un joven [16] o si, de acuerdo con su naturaleza, circunstancias y móviles, se trataba de una infracción juvenil (por ejemplo, un delito menos grave conforme al § 176 I) (§ 105 JGG) [17]. En caso de duda prevalece el Derecho penal juvenil (BGH 12, 116 [119]). Si al delito cometido por el semiadulto es de aplicación el Derecho penal general, el § 106 JGG prevé tanto una cláusula de atenuación para la prisión perpetua como la prohibición de aplicar la custodia de seguridad. Un sector doctrinal crítico con el § 105 JGG exige la introducción de un Derecho penal especial para autores jóvenes que sean mayores de edad [18].

III. Incapacidad de culpabilidad motivada por trastornos mentales

1. Para la descripción de la incapacidad de culpabilidad el Derecho penal alemán utiliza en el § 20 el denominado **método mixto ("biológico-psicológico")** [19]. Los factores "*biológicos*" son el trastorno psíquico patológico, alteraciones profundas de la consciencia, oligofrenia y otras anomalías mentales graves [20]. Pudiendo ser comprobada la existencia de alguna de estas circunstancias, además hay que examinar si por su causa el autor fue incapaz "de comprender la ilegalidad del hecho o de actuar conforme a esa comprensión" (elementos "*psicológicos*"). Por tanto, la apreciación de la capacidad de inculpabilidad presupone que el juez puede alcanzar la comprobación positiva de *dos* grupos de elementos: en primer lugar, debe concurrir uno de los trastornos psíquicos mencionados por la Ley y, en segundo lugar, la alteración debe haber menoscabado profundamente una de las dos capacidades decisivas para la formación de la voluntad de la persona. El método mixto, que también es reconocido en la psiquiatría forense [21], tiene la ventaja frente al meramente biológico de que el trastorno mental puede ser analizado en relación con el alcance de su gravedad y su significado para el hecho concreto [22]. Y frente al método pura-

---

[16] Sobre ello vid. *Brauneck*, ZStW 77 (1965) págs. 209 ss.

[17] Crítico al respecto *Bresser*, Schaffstein-Festschrift págs. 323 ss., que está a favor de la aplicación general del Derecho penal de adultos (págs. 331 ss.).

[18] Sobre esta cuestión vid. *Schaffstein/Beulke*, Jugendstrafrecht págs. 63 ss. con referencias adicionales; *Schaffstein*, Peters-Festschrift págs. 600 ss.; *el mismo*, MSchrKrim 1976, págs. 92 ss.; *P.-A. Albrecht*, Jugendstrafrecht págs. 110 ss. Entretanto, la aplicación del Derecho penal juvenil a los semiadultos se ha convertido en regla general para la mayoría de los delitos (excepción hecha de los delitos contra la seguridad del tráfico); vid. el cuadro expuesto por *Schaffstein/Beulke*, Jugendstrafrecht pág. 52.

[19] La expresión no es exacta y habría sido mejor recurrir a la denominación "psíquico-normativo". *SK (Rudolphi)* § 20 núm. 3 habla del método "biológico-normativo". Sobre ello *Jakobs*, Allg. Teil 18/3 ("método psicológico-normativo"). *Roxin*, Allg. Teil I § 20 núm. 2 renuncia por completo a una definición. Detalladamente acerca de su origen histórico *AK (Schild)* §§ 20, 21 núms. 16 ss.

[20] La sordomudez (§ 55 en su redacción anterior) ya no es objeto de mención específica sino que hay que subsumirla bajo los elementos biológicos de los §§ 20, 21 cuando concurra un grave estado carencial de carácter psíquico. Vid. *Stree*, en: *Roxin* y otros, Einführung págs. 47 ss.; E 1962 Fundamentación pág. 140.

[21] Vid. *Ehrhardt/Villinger*, Psychiatrie der Gegenwart Tomo III págs. 215 ss.; *Rasch*, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin págs. 71 ss.; *Binder*, Die Geisteskrankheit págs. 163 ss.; *Haddenbrock*, Strafrechtliche Handlungsfähigkeit und "Schuldfähigkeit" págs. 907 ss. Por el contrario, *Thomae*, MSchrKrim 1961, pág. 120 sostiene que en las alteraciones que no sean patológicas el legislador *únicamente* debería referirse a la ausencia de la capacidad de formación de una voluntad adecuada a la norma, algo que, sin embargo, no se correspondería con las exigencias de la seguridad jurídica. *Roxin*, Allg. Teil I § 20 núm. 7 quiere incluso renunciar completamente a la caracterización de las situaciones de anormalidad psicopatológica. Críticos con la nueva regulación en cuanto a todos sus aspectos *Krümpelmann*, ZStW 88 (1976) págs. 6 ss.; *Leferenz*, *ibidem*, págs. 40 ss.

[22] Llamando la atención acerca del elemento temporal "en la comisión del hecho" y su problemática para el enjuiciamiento de los hechos cometidos por arrebato *Krümpelmann*, ZStW 88 (1976) págs. 13 ss.

mente psicológico posee la ventaja de que la vinculación con los trastornos psíquicos descritos legalmente, cuya esencia y modo de acción son investigados por la psiquiatría y la psicología, crea la necesaria seguridad jurídica.

2. Los *elementos biológicos* de la inculpabilidad enumerados exhaustivamente [23] en el § 20 han sido adaptados al uso del lenguaje de la psiquiatría y la psicología aunque, no obstante, definen también los mismos fenómenos que ya la doctrina y la jurisprudencia penal había comprendido bajo la vigencia del § 51 en su redacción anterior.

a) El **trastorno psíquico patológico**, como concepto central de los elementos biológicos del § 20, alude a la noción psiquiátrica de la "psicosis". Frente a ésta se encuentran los "trastornos neurótico-psicopáticos" y las "anomalías del instinto" que en el § 20 son definidas como "otras alteraciones psíquicas graves". El límite (oscilante) radica allí donde cesa la posibilidad de comprensión de la reacción psíquica. Como segundo criterio de delimitación se añade el hecho de que el "trastorno psíquico patológico" se corresponde con cambios en la actividad cerebral que pueden ser objeto de medición [24]. Dentro de esta categoría hay que señalar, por tanto, a todas aquellas alteraciones del ámbito intelectual o emocional que han dejado de estar en el marco de las vivencias comprensibles y que descansan sobre una lesión o enfermedad cerebral. Entre ellas se cuentan las psicosis traumáticas (lesiones cerebrales), las psicosis condicionadas tóxicamente (situaciones de embriaguez por la ingestión de alcohol y de otras sustancias estupefacientes; BGH NJW 1969, pág. 563) [25], las psicosis infecciosas (parálisis progresiva) y las patologías orgánicas del cerebro (epilepsia). Aquí se habla de psicosis "exógenas" por ser una causa exterior al cuerpo la causante de la perturbación psíquica. Patologías en sentido orgánico son, además, las manifestaciones de la oligofrenia que son consecuencia de daños tempranos en el cerebro o, como enfermedades propias de una edad ya avanzada, el efecto de la arteriosclerosis cerebral y de la atrofia cerebral (BGH GA 1965, pág. 156). Dentro de las verdaderas enfermedades mentales se cuentan, asimismo, las psicosis "endógenas" (esquizofrenia y ciclotimia) en las que se acepta por parte

---

[23] A favor de la aplicación analógica del precepto *Jakobs*, Allg. Teil 18/7 ("inexigibilidad"); *LK* (10.ª) *(Lange)* §§ 20, 21 núm. 13 ("deficiencias considerables de la personalidad"); en contra, con razón, *Blau*, Jura 1982, pág. 397; *LK* (11.ª)*(Jähnke)* § 20 núm. 3; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 20 núm. 5. Vid. también *Vogt*, Die Forderungen der psychoanalytischen Schulrichtungen, 1979.

[24] Bastante instructivo al respecto *Witter*, Lange-Festschrift págs. 723 ss. La crítica de *Venzlaff*, ZStW 88 (1976) pág. 60 a la restauración de un "estrecho concepto de enfermedad psiquiátrica" no es acertado a causa de que aquí se trata sólo de una ordenación teórico-sistemática; además, las situaciones no psicóticas cuando tienen un "valor patológico" son comprendidas como "otras anomalías psíquicas graves". En el sentido del texto *Leferenz*, ZStW 88 (1976) pág. 42; *J. E. Meyer*, ZStW 88 (1976) págs. 48 ss.

[25] En profundidad respecto a la embriaguez *LK* (11.ª) *(Jähnke)* § 20 núms. 42 ss.; *SK (Rudolphi)* § 20 núm. 7; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 20 núms. 16 ss. Acerca de los problemas de la práctica forense *Witter*, Die Beurteilung Erwachsener págs. 1029 ss.; *Luhte/Rösler*, ZStW 98 (1986) págs. 314 ss. Por regla general, a partir de un nivel de alcohol en sangre superior al 3 ‰ se acepta la incapacidad de culpabilidad (BGH VRS 28, pág. 191; VRS 61, pág. 261; NStZ 1984, pág. 408; StV 1991, pág. 297), aunque este criterio no constituye una norma sólida (BGH NStZ 1982, pág. 243; GA 1988, pág. 271). A partir del 2 ‰ se acepta la disminución de la capacidad de culpabilidad (BGH VRS 17, pág. 187; NStZ 1984, pág. 408; StV 1989, pág. 14); a partir del 2,5‰ la incapacidad de culpabilidad es probable *(Luhte/Rösler*, ZStW 98 [1986] pág. 318). En relación con la "embriaguez patológica" BGH 40, 198. Acerca de su cuantificación por medio de la determinación del nivel de alcohol en sangre en el momento del hecho BGH NStZ 1985, pág. 452; OLG Köln VRS 65, pág. 426; *Hentschel/Born*, Trunkenheit im Straßenverkehr núms. 247 ss. Vid. también *infra* § 40 VII.

de la psiquiatría la existencia de una causa de raíz corporal, aunque hasta el momento este punto no pueda ser probado irrefutablemente [26] [27].

b) De acuerdo con la sistemática del § 20 la **alteración profunda de la consciencia** comprende aquellos trastornos no patológicos que, o bien no están mentalmente condicionados, o bien se les añade también un factor "aglutinante" (por ejemplo, el alcohol, el agotamiento o la extenuación). Consiste en un importante menoscabo de la conciencia de uno mismo o del entorno (BGH en *Holtz*, MDR 1983, pág. 447). A través de la expresión "profunda" se quiere decir que sólo son consideradas aquellas alteraciones de la consciencia que han alcanzado un grado que va más allá del margen de lo normal (somnolencia, pánico) y, de forma similar a las psicosis, han desquiciado la estructura motivacional del afectado [28]. Sólo son imaginables casos especialmente excepcionales (BGH 11, 20 [23]; OGH 3, 19 [20]; OLG Karlsruhe GA 1972, pág. 316 [317]), así como las formas *más* graves de estados hipnóticos o posthipnóticos, alucinaciones o estados crepusculares. El caso principal dentro de esta categoría es el arrebato grave (furor, odio, celos, miedo) que la propia jurisprudencia, bajo circunstancias especiales, ya había reconocido como causa suficiente de incapacidad de culpabilidad bajo la vigencia del § 51 en su redacción anterior (OGH 3, 19 [23]; 3, 80 [82]; BGH 3, 194 [199]; 8, 113 [125]; 11, 20 [23]) [29]. Dudosa es además la cuestión de si decae la exclusión de la culpabilidad en el supuesto de que el arrebato fuera evitable. La jurisprudencia (OGH 3, 19 [23]; BGH 3, 194 [199]; 35, 143 con comentario crítico de *Blau*, JR 1988, pág. 514; BGH NJW 1959, pág. 2315; NStZ 1984, págs. 259 y 311; StV 1986, pág. 339) y un sector de la doctrina [30] lo aceptan argumentando que puede encontrarse un comportamiento culpable en el hecho de dejar conscientemente que se origine una congestión emocional, que va a afluir en la descarga incontrolable de un determinado delito grave *(conducta preculpable)*. Sin embargo, esta concepción es difícilmente compatible con el tenor del § 20 pues en éste sólo se hace referencia a la existencia de

---

[26] Acerca del número de delincuentes que son enfermos mentales *A. Schmidt*, Geisteskranke Täter págs. 56 ss., acerca de sus manifestaciones págs. 146 ss.

[27] Una visión jurídica la ofrece *LK* (11.ª) *(Jähnke)* § 20 núms. 37 ss.; desde una perspectiva médica *Witter*, Die Beurteilung Erwachsener págs. 968 ss.

[28] Vid. BT-Drucksache V/4095 pág. 11; BGH NStZ 1990, pág. 231; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 115; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 36 núm. 38; *Blau*, Tröndle-Festschrift págs. 116 ss.; *Haddenbrock*, Schuldfähigkeit págs. 275 ss.; *LK* (11.ª) *(Jähnke)* § 20 núms. 25 ss. *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 20 núm. 14; *SK (Rudolphi)* § 20 núm. 10; *Schwalm*, JZ 1970, pág. 494.

[29] Acerca de la génesis del arrebato, de la mano de la relación de numerosos casos *Rasch*, Tötung des Intimpartners, 1964. Sobre la relación entre el dolo y la capacidad de culpabilidad en los casos de arrebato *Schewe*, Reflexbewegung págs. 31 ss., 130 ss.; *Krümpelmann*, Welzel-Festschrift pág. 328; *Behrendt*, Affekt págs. 14 ss. En relación con el enjuiciamiento forense *Rasch*, Schuldfähigkeit págs. 83 ss.; *el mismo*, NJW 1993, pág. 757; *de Boor*, Bewußtsein págs. 126 ss.; *Thomae*, Schuldfähigkeit págs. 351 ss.; *Witter*, Die Beurteilung Erwachsener págs. 1023 ss.; *el mismo*, Der psychiatrische Sachverständige págs. 175 ss. Desarrolla indicadores para el enjuiciamiento de las hipótesis de arrebato *Krümpelmann*, Recht und Psychiatrie 1990, pág. 156 con referencias adicionales. Un instructivo análisis de 295 dictámenes emitidos en supuestos de homicidio entre los años 1964 y 1973 en *Diesinger*, Der Affekttäter págs. 92 ss.

[30] Así, *Geilen*, Maurach-Festschrift págs. 188 ss.; *Krümpelmann*, Welzel-Festschrift págs. 340 ss.; *el mismo*, GA 1983, págs. 354 ss.; *el mismo*, ZStW 99 (1987) págs. 221 ss.; *el mismo*, Affekt págs. 216 ss.; *LK* (11.ª) *(Jähnke)* § 20 núms. 60 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 18/17; *Salger*, Tröndle-Festschrift pág. 213; *Neumann*, ZStW 99 (1987) pág. 594; *Ziegert*, Vorsatz págs. 189 ss., *Rudolphi*, Henkel-Festschrift págs. 206 ss.; *SK (Rudolphi)* § 20 núm. 12; *Dreher/Tröndle*, § 20 núm. 10a. En contra, *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 36 núm. 38; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 536; *Schwalm*, JZ 1970, pág. 493.

una alteración de la consciencia "en el momento de la comisión del hecho". Tampoco una analogía del § 17 conduce a nada ya que aunque el elemento "en la comisión del hecho" del precepto citado sólo está referido al error, en cambio, en el § 20 lo está también a la capacidad de control de la acción. La solución reside en la aplicación de los principios relativos a la actio libera in causa [31] (vid. *infra* § 40 VI).

Ejemplos: Homicidio y tentativa de homicidio frente a la esposa y la suegra que termina con un intento de suicidio, todo ello cometido bajo un arrebato de furor (OGH 3, 19 [22 ss.]); homicidio de un hermano adicto al alcohol en un exceso de la legítima defensa producido tras una fuerte pelea (BGH 3, 194 [199]); muerte consentida de la esposa e intento de homicidio en un ambiente de pánico (BGH GA 1955, pág. 26); asesinato bajo un delirio homicida (BGH 7, 325 [327]); muerte de la esposa en un estado de excitación máxima tras incansables peleas ligadas a graves maltratos (BGH 11, 20 [23]); homicidio de la amante del marido tras varios años de profunda enemistad (BGH *Dallinger* MDR 1953, pág. 146); homicidio del niño por un acto en cortocircuito (BGH NJW 1959, pág. 2315) [32].

El caso más habitual de perturbación de la consciencia es el de la *embriaguez por alcohol* [33] (vid. *infra* § 40 VII) que, a pesar del motivo que la origina (intoxicación), actualmente se cuenta dentro de los trastornos psíquicos patológicos y, por ende, forma parte del primer grupo de factores biológicos (vid. *supra* nota a pie núm. 25). Lo mismo rige para la intoxicación por el consumo de drogas.

c) En el § 20 se recoge, en tercer lugar, la denominada **oligofrenia** que abarca los niveles más graves de déficit de inteligencia padecidos desde el nacimiento sin una causa corporal evidenciable (idiocia, imbecilidad y debilidad); en cambio, de acuerdo con la sistemática del precepto aludido, los estados carenciales basados en procesos orgánicos cerebrales de carácter patológico entran dentro del grupo de los elementos biológicos. Por lo demás, tal y como se deriva de su equiparación con el resto de los elementos biológicos, también aquí debe tratarse de un deterioro de las capacidades de comprensión que destruya completamente el contexto motivacional normal (BGH NJW 1967, pág. 299) [34].

d) Situadas en último lugar, las **"otras anomalías psíquicas graves"** (BGH NStZ 1991, pág. 428; 1992, pág. 380; 1993, pág. 181) [35] hacen alusión a las manifestaciones más graves de psicopatías, neurosis y trastornos del instinto [36]. A diferencia de las psicosis, aquí no son verificables

---

[31] Así, *Hruschka*, JuS 1968, pág. 558; *Behrendt*, Affekt págs. 64 ss. ("actio libera in omittendo"); *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 20 núm. 15; *Roxin*, Allg. Teil I § 20 núm. 18; *Frisch*, ZStW 101 (1989) págs. 569 ss. En contra, *Krümpelmann*, GA 1983, pág. 356 nota a pie núm. 80; *Horn*, GA 1969, págs. 290 ss.

[32] Acerca de esta jurisprudencia vid. *Hadamik*, MSchrKrim 1953, pág. 11; *el mismo*, GA 1957, pág. 101; *Thomae*, Schuldfähigkeit págs. 328 ss., quien, por ejemplo, denomina a la BGH 11, 20 como la "sentencia más significativa de este decenio" (pág. 346); *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 36 núm. 35; *Krümpelmann*, ZStW 99 (1987) págs. 216 ss.

[33] Sobre este tema vid. *Rasch*, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin págs. 81 ss.; *Cramer*, Der Vollrauschtatbestand págs. 6 ss.

[34] Acerca de los problemas de la práctica forense vid. *Witter*, Die Beurteilung Erwachsener págs. 985 ss.; *Haddenbrock*, Schuldfähigkeit págs. 276 ss.

[35] Acerca del efecto discriminatorio de la errónea expresión "anomalía" *Stree*, en: *Roxin* y otros, Einführung pág. 46. Asimismo, *Blau*, Rasch-Festschrift págs. 117 ss.

[36] En relación con las psicopatías vid. la tipología de *K. Schneider*, Die psychopathischen Persönlichkeiten págs. 69 ss.; además, *Kallwaß*, Der Psychopath, 1969. En las anomalías del instinto sexual *Krümpelmann*, ZStW 88 (1976) págs. 20 ss. pretende acogerse al concepto de adicción en adhesión a la BGH 23, 176 (193) (Caso Bartsch) y a *Giese* (vid. *Giese/Schorsch*, Zur Psychopathologie der Sexualität págs.

diagnósticos orgánicos cerebrales y, además, el comportamiento del autor se mantiene todavía en el marco de unas circunstancias vivenciales comprensibles. Tales deterioros suelen ocurrir con una relativa frecuencia [37]. Para su enjuiciamiento jurídico resulta de una importancia decisiva la (difícil) contestación a la pregunta de cuándo una "anomalía" se considera "grave" en el caso concreto [38]. En la mayoría de las ocasiones se afirma que para que resulte aplicable el § 20 debe haber adquirido el "rango de enfermedad". Sin embargo, el problema es que en el autor falta precisamente la singularidad cualitativa de un verdadero enfermo mental tanto desde un aspecto corporal como psíquico, de modo que la comparación sólo es posible en el ámbito de sus efectos algo que, sin embargo, no se debería tener en cuenta en la delimitación de los elementos biológicos de acuerdo con la sistemática legal. De ahí que, básicamente, sólo pueda afirmarse que se debe tratar de supuestos extremadamente excepcionales en los que el historial completo del afectado esté determinado por las continuas recaídas en este tipo de comportamientos causadas por el padecimiento psíquico, así como por la absoluta ineficacia de las sanciones penales [39]. Por el contrario, "simples debilidades de la voluntad o cualesquiera otras deficiencias del carácter" dejan intacta la capacidad de culpabilidad (BGH 14, 30: trastorno del instinto sexual; BGH NJW 1966, pág. 1871: tentativa de homicidio cometida por un pleiteador hipersensible).

Ejemplos: Delitos sexuales cometidos con niños con motivo de un trastorno de la voluntad, de los sentimientos o del instinto (RG 73, 121 [122]); piromanía con base neurótica (BGH NJW 1955, pág. 1726); hipersexualidad (BGH NJW 1962, pág. 1779; NJW 1982, pág. 2009); instinto sexual anormal de importancia (BGH 19, 201 [204]; 23, 176 [190]); cleptomanía (OLG Frankfurt GA 1969, pág. 316); acciones sexuales realizadas ante niños en una situación de trastorno depresivo (BGH 28, 357); muerte de los dos hijos por parte del padre en una depresión reactiva grave (BGH 34, 22).

3. La comprobación del elemento biológico no resulta suficiente para aceptar la exclusión de la culpabilidad. Al mismo debe añadirse que el trastorno psíquico repercuta sobre la **capacidad de comprensión o de control de la acción** [40]. La incapacidad de comprender el injusto (*momento*

---

155 ss.). En contra, sin embargo, *J. E. Meyer*, ZStW 88 (1976) pág. 51. Como supuestos de anomalías *Venzlaff*, ZStW 88 (1976) pág. 59 cita el "desarrollo paranoico, el delirio de celos genuino, reacciones vivenciales depresivas, la gradual y profunda acumulación de conflictos personales, así como las deformaciones psíquicas extremas debidas a situaciones de privación ocurridas en la etapa infantil más temprana". Acerca de las neurosis *Merkel*, Die hochgradige Neurose págs. 181 ss.; vid. su tratamiento jurisprudencial en la BGH StV 1989, pág. 104.

[37] Según el § 25 E 1962 estas "otras anomalías psíquicas graves" sólo pueden conducir a una disminución de la capacidad de culpabilidad. Fue la Comisión especial la que la introdujo en el § 20 (BT-Drucksache V/4095 pág. 10). El temor a una expansión o "rotura del dique" que traería consigo su actual consideración como causa de exclusión de la capacidad de culpabilidad desaparece, sin embargo, si el reconocimiento de esta última queda restringido, como debe ser, a supuestos extremadamente excepcionales. En torno a su relevancia forense *P.-A. Albrecht*, GA 1983, págs. 209 ss.; minuciosamente acerca de la bibliografía psiquiátrica y psicológica *LK* (10.ª) (*Lange*) §§ 20, 21 núms. 34 ss.; en relación con la jurisprudencia *LK* (11.ª) (*Jähnke*) § 20 núms. 72 ss.

[38] Así, acertadamente, *Leferenz* ZStW 88 (1976) págs. 42 ss.; Vid. también *R. Schmidt*, ZStW (1980) pág. 349; *Schreiber*, NStZ 1981, pág. 48; *Rasch*, NStZ 1982, pág. 182; *el mismo*, StV 1991, pág. 131 ("concepto social-estructural de enfermedad").

[39] Desde una perspectiva jurídica, acerca de los problemas forenses *LK* (11.ª) (*Jähnke*) § 20 núms. 72 ss.; desde una óptica médica *Witter*, Die Beurteilung Erwachsener págs. 988 ss.; *el mismo*, Lange-Festschrift pág. 733.

[40] Dado que una comprobación fundada empíricamente es tan imposible como en el "poder actuar de otro modo", también aquí sólo resulta admisible una afirmación comparativa; vid. *Schönke/Schröder/Lenckner*,

intelectual) está referida al injusto del hecho y, al igual que con el joven (vid. *supra* § 40 II 2), tiene que ser comprobada de modo concreto y en relación con cada uno de los tipos penales. Lo mismo rige para la capacidad de inhibición (BGH 14, 30 [32]). Por tanto, puede ser que el autor, a pesar de la existencia del trastorno psíquico, sea declarado como poseedor de la capacidad de culpabilidad porque, por ejemplo, el hecho fue cometido en un momento en el que el autor se encontraba fuera de los efectos de una crisis aguda, o porque la naturaleza de aquél no entra dentro del ámbito afectado por el trastorno. Para excluir la aplicación del § 20 es suficiente con que esté presente la *capacidad* de comprensión. Si, a pesar de la existencia de los trastornos psíquicos en la persona del autor, éste ha *reconocido materialmente* el injusto del hecho, entonces no entra en juego el § 20 a no ser que falte la capacidad de control de la acción (BGH GA 1971, pág. 366).

La incapacidad de comprender el injusto no sólo es relevante cuando descansa sobre un trastorno psíquico. De acuerdo con la regulación del error de prohibición en el § 17, inciso primero (vid. *infra* § 41 II 1b), también cabe aceptar la exclusión de la culpabilidad cuando el autor no pudo tener conciencia del injusto, cuyas razones sin embargo aquí no interesan [41]. No obstante, el § 20 conserva en este punto un significado práctico en lo tocante a la prescripción de los trastornos psíquicos, pues en éstos se va a suponer su influencia sobre la capacidad de comprensión y, por regla general, se aceptará en los casos graves [42]. De este modo, el precepto adquiere el carácter de una *regla probatoria*.

También hay que negar la capacidad de culpabilidad aunque concurra la comprensión del injusto, en aquellas hipótesis en las que el autor, a causa de su trastorno psíquico, fue incapaz de actuar conforme a esa comprensión (momento *volitivo*), algo que sobre todo sucede en la embriaguez alcohólica, psicopatías, neurosis y trastornos del instinto. Aquí, a pesar de la clara conciencia del injusto, existen casos excepcionales en los que los impulsos que conducen al hecho pueden ser tan poderosos o los factores inhibitorios tan débiles, que no puede dominarse la perpetración de aquél (vid. BGH NJW 1952, pág. 353; 1964, pág. 2213) [43].

4. El enjuiciamiento de la capacidad de culpabilidad es una **cuestión jurídica** que pesa sobre la responsabilidad del juez (BGH 7, 238 [239]; 8, 113 [118]) [44]. Sin embargo, por regla general la decisión sólo resulta posible para el jurista con ayuda de un experto (acerca del deber de consultar a un sexólogo ante anomalías del instinto sexual completamente extraordinarias BGH 23, 176 [192 ss.]; vid., además, BGH GA 1971, pág. 365). Anteriormente, el enjuiciamiento de la capacidad de culpabilidad fue un dominio exclusivo de la psiquiatría. En los últimos tiempos también son consultados los psicólogos, sobre todo para la investigación de trastornos psíquicos no patológicos [45].

---

§ 20 núm. 26; *SK (Rudolphi)* § 20 núm. 25; *Witter*, Leferenz-Festschrift págs. 447 ss. A favor de la eliminación del requisito de la capacidad de comprensión y de acción *Streng*, Leferenz-Festschrift págs. 408 ss.

[41] Vid. *Dreher*, GA 1957, págs. 97 ss.; *Armin Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift págs. 323 ss.; *Schröder*, GA 1957, págs. 297 ss.

[42] Negando sin embargo el significado autónomo de la disposición *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 20 núm. 27.

[43] Se creía haber descubierto el secreto de la criminalidad grave en las aberraciones cromosómicas que se conocen desde hace algún tiempo pero, sin embargo, de la investigación cromosómica no se ha deducido hasta el momento que la anomalía XYY menoscabe la capacidad de control de la acción (BGH *Dallinger* MDR 1971, pág. 185); vid. *Pfeiffer*, Kriminologische Gegenwartsfragen fascículo 9 págs. 119 ss.; *Göppinger*, Kriminologie págs. 175 ss.

[44] Así, en profundidad *LK* (11.ª) *(Jähnke)* § 20 núms. 89 ss.; *SK (Rudolphi)* § 20 núm. 23. Acerca del papel del psiquiatra *Rauch*, Leferenz-Festschrift págs. 379 ss.; *Witter*, ibídem págs. 441 ss.

[45] Al respecto vid. *Jescheck*, Gerichtliche Psychologie págs. 208 ss. Acerca de las posibilidades de los

Algunos psiquiatras son de la opinión de que, desde la perspectiva de su ciencia, sólo pueden hacer afirmaciones en torno a la existencia de trastornos psíquicos, pero no acerca de las consecuencias de tales afecciones sobre la capacidad de comprensión o de control de la acción del autor, puesto que esto último presupondría una toma de postura (positiva) sobre la cuestión del libre albedrío [46]. No obstante, en los elementos psicológicos de la capacidad de culpabilidad sólo se trata de que el médico, de acuerdo con los conocimientos de la ciencia, evalúe si el trastorno psíquico ha alcanzado un *grado tan considerable* como para poder menoscabar profundamente la estructura de la personalidad del autor [47]. De ahí que tampoco aquí se exija más que una afirmación comparada (vid. *supra* § 39 III 2, § 40 III 3 nota a pie núm. 40).

Si concurren los presupuestos del § 20 o éstos no pueden ser descartados (RG 21, 131 [135]) el autor queda *impune* por la ausencia de culpabilidad. Sin embargo, si la incapacidad de culpabilidad sobreviene durante la ejecución del hecho (vgr., amnesia durante un arrebato pasional en un homicidio con arma blanca) el autor sigue siendo responsable por su consumación, puesto que aquí hay que aceptar la existencia de una desviación inesencial del curso causal (BGH 23, 133 [135]). Por el contrario, si acontece con anterioridad al comienzo del hecho no existe una acción punible, aun cuando aquél sea ejecutado de acuerdo con el plan concebido en un estado en el que todavía se poseía capacidad de culpabilidad (BGH 23, 356 [358]). El tribunal puede ordenar el internamiento en un hospital psiquiátrico si, como consecuencia de la situación del autor, puede esperarse que cometa hechos antijurídicos de considerable gravedad convirtiéndose así en un peligro para la colectividad (§ 63 I; vid. *infra* § 77 II 2c). Si la incapacidad de culpabilidad acontece con anterioridad a la apertura del juicio oral, puede ser ordenado el internamiento a través del procedimiento previsto para la adopción de medidas de seguridad (§§ 413 ss. StPO).

IV. La capacidad de culpabilidad disminuida

1. La introducción de la capacidad de culpabilidad disminuida en el año 1933 (§§ 51 II, 55 II en su redacción anterior) se correspondió con una vieja y significativa demanda de la psiquiatría [48]. El § 21 sirve sobre todo para el tratamiento adecuado de la culpabilidad en los supuestos en que se detectan niveles menos graves de oligofrenia, arrebato, intoxicaciones por consumo de alcohol o sustancias estupefacientes, así como para aquellos delitos que son cometidos bajo la influencia de psicopatías, neurosis y anomalías del instinto [49]. Los presupuestos biológi-

---

dictámenes por parte del psicólogo vid. *Heig*, Gerichtliche Psychologie págs. 226 ss.; *Thomae*, Schuldfähigkeit págs. 391 ss.; *Undeutsch*, Lange-Festschrift págs. 714 ss.; *Haddenbrock*, Strafrechtliche Handfungsfähigkeit und "Schuldfähigkeit" págs. 928 ss.

[46] Así, sobre todo, *K. Schneider*, Zurechnungsfähigkeit págs. 17 ss. y *Leferenz*, ZStW 70 (1958) pág. 35. En el sentido del texto, no obstante, *Rasch*, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin pág. 62; *Ehrhardt*, Schuldfähigkeit págs. 241 ss.; *W. Keller*, Menschliche Existenz págs. 224 ss.; *v. Baeyer*, Der Nervenarzt 28 (1957) pág. 337; *Witter*, Die Beurteilung Erwachsener pág. 993 y pássim.

[47] Más detenidamente sobre la cuestión *Bockelmann*, ZStW 75 (1963) pág. 381; *Roxin*, Allg. Teil I § 20 núm. 27.

[48] Así, especialmente, *Aschaffenburg*, RG-Festgabe págs. 242 ss. En contra, *Wilmanns*, Die verminderte Zurechnungsfähigkeit págs. 249 ss. Desde una perspectiva jurídica *Hafter*, SchwZStr 66 (1951) págs. 12 ss.

[49] De acuerdo *Krümpelmann*, ZStW 88 (1976) pág. 39; *Ehrhardt/Villinger*, Psychiatrie der Gegenwart Tomo III págs. 213 ss.; *Haddenbrock*, NJW 1979, pág. 1235. Aduciendo críticas en contra *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 388; *Göppinger*, Leferenz-Festschrift págs. 411 ss.; *Bresser*, NJW 1978, pág. 1189. Con acierto, en contra de la expresión "culpabilidad disminuida", *Blau* comentario a la BGH de 27.5.1986, JR 1987, pág. 206.

cos de la capacidad de culpabilidad disminuida son los mismos que en el § 20. La *diferencia* radica en los *elementos psicológicos*: la capacidad de comprensión o de control de la acción no está en verdad excluida, pero sí considerablemente [50] disminuida [51]. Aquí no se trata del poco claro escalón intermedio de la "semiimputabilidad" a caballo entre la plena responsabilidad penal y la incapacidad de culpabilidad. Antes bien, el autor *tiene tal aptitud*; sin embargo, a causa de la limitación de su capacidad de comprensión o de control de la acción **la pena puede** ser **atenuada** [52]. Si a pesar de tal disminución el autor ha reconocido realmente el hecho prohibido, el § 21 no resulta aplicable a no ser que también estuviera reducida la capacidad de control de la acción (BGH 21, 27 [28] con comentario de *Dreher*, JR 1966, pág. 350 y *Schröder*, JZ 1966, pág. 451), supuesto éste que en la práctica es más importante. Si a consecuencia del trastorno psicológico falta por completo la comprensión (siempre que ello no pueda ser reprochable al autor), no resulta de aplicación el § 21 sino el § 20 aún cuando se trate sólo de una capacidad de comprensión en sí misma disminuida. El § 21 sólo concurre, pues, cuando al autor le resulta reprochable la ausencia de comprensión (BGH NStZ 1986, pág. 264).

2. De acuerdo con el § 21 la atenuación de la pena significa que puede ser aplicado el marco específico del § 49 I. Conforme a aquel precepto el juez *puede* atenuar la pena, pero no está obligado a ello porque la disminución de la capacidad de culpabilidad puede estar compensada con circunstancias que agravan la culpabilidad, especialmente por medio del ocasionamiento culpable del trastorno psíquico (embriaguez) (OGH 2, 324 [327]; BGH 7, 28 [31]; BGH *Dallinger* MDR 1972, pág. 16; BGH *Holtz* MDR 1982, pág. 969; BGH StV 1986, pág. 248; OLG Karlsruhe MDR 1972, pág. 881; OLG Koblenz VRS 50, pág. 24) [53]. La mera atenuación facultativa no es objetable constitucionalmente (BVerfGE 50, 5 [12 ss.]). Se fundamenta en que la culpabilidad, frente al caso normal del § 21, puede estar notablemente incrementada por el hecho de que el autor haya originado culpablemente el trastorno psíquico y, por ende, pudo haber previsto el peligro de la comisión del delito (BGH 35, 143). No obstante, la existencia de la disminución de la culpabilidad es tenida en cuenta en el contexto del marco reglado de la pena. Excepcionalmente, si esa necesidad opera frente a la cadena perpetua en el asesinato (§ 211) la aplicación del marco punitivo específico

---

[50] En la medida en que tenga lugar una capacidad de comprensión disminuida el § 21 es desplazado por la regulación del error de prohibición vencible (§ 17, inciso segundo), pues tan pronto como al autor le sea reprochable no haber reconocido el hecho prohibido la pena también puede ser atenuada según las reglas del error de prohibición (vid. *infra* § 41 II 2a), siempre que le hubiera sido relativamente fácil alcanzar la comprensión del injusto; vid. al respecto, *Dreher*, GA 1957, pág. 99; *Schröder*, GA 1957, págs. 301 ss. Sin embargo, a favor de la subsistencia del significado de la disposición junto al § 17, inciso segundo, rige lo dicho *supra* § 40 III 3 acerca del § 20.

[51] La jurisprudencia subraya con acierto que la debilidad de voluntad, las deficiencias del carácter y la predisposición criminal por *sí* solas *no* justifican la aplicación del § 21 (BGH *Dallinger* MDR 1953, pág. 147; BGH NJW 1958, pág. 2123; BGH 14, 30 [33]).

[52] Vid. OLG Hamm NJW 1977, pág. 1498; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 36 núm. 70; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 21 núm. 1. A favor de una atenuación punitiva obligatoria *Landgraf*, Die "verschuldete" verminderte Schuldfähigkeit págs. 72 ss.; *Kotsalis*, Baumann-Festschrift págs. 41 ss.

[53] Detalladamente sobre la cuestión *Bruns*, Strafzumessungsrecht págs. 524 ss.; *el mismo*, Recht der Strafzumessung págs. 206 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 21 núm. 6; *Jakobs*, Allg. Teil 18/34; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 36 núm. 78; *LK* (11.ª) *(Jähnke)* § 21 núms. 19 ss. Por el contrario, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 381; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 546; *SK (Rudolphi)* § 21 núm. 5; *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 240; *Rautenberg*, Die verminderte "Zurechnungs-/Schuldfihigkeit" págs. 228 ss.; *Landgraf*, Die "verschuldere" verminderte Schuldfähigkeit págs. 132 ss.; *Wolfslast*, JA 1981, pág. 470, consideran que la mera posibilidad atenuantoria constituye un atentado en contra del principio de culpabilidad. Críticos también *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 21 núm. 14. El AE había previsto en el § 22 una atenuación de carácter obligatorio.

del § 49 I es obligatoria (de otra opinión BGH 7, 28) [54]. Si el hecho consiste en un *delito militar*, atenta contra el Derecho internacional bélico o es cometido en acto de servicio, la pena *no* puede ser disminuida en caso de embriaguez culpable del § 7 WStG, pues el alcohol constituye un peligro especialmente grave para la disciplina militar (RG 68, 167) [55]. En el supuesto del § 21 el internamiento en un hospital psiquiátrico en caso de peligrosidad del autor para la colectividad, se aplica junto a la pena que corresponda (§ 63 I). No obstante, el tribunal no puede, en lugar del internamiento, aplicar una pena de prisión exageradamente alta argumentando, por ejemplo, razones de seguridad, al no corresponderse aquélla con el contenido de culpabilidad (BGH 20, 264 [267]). Las razones preventivo-especiales que determinan una exasperación de la pena tan sólo pueden ser tenidas en cuenta en el marco de una pena adecuada a la culpabilidad (OLG Karlsruhe MDR 1972, pág. 881).

V. Derecho extranjero

La legislación *austríaca* en su § 11 StGB sigue al § 20 [56]. La disminución de la capacidad de culpabilidad se tiene en cuenta como causa de atenuación de la pena de acuerdo con los §§ 34 núm. 1, 35 österr. StGB, aunque el primero de ellos regula los requisitos para la atenuación de modo diverso a como lo hace en la incapacidad de culpabilidad. También *Suiza* [57] sigue de cerca al Derecho alemán, aunque los presupuestos biológicos de la incapacidad de culpabilidad (art. 10 StGB) están también aquí descritos de modo distinto a como se hace en la disminución de la culpabilidad. El Código penal *francés* de 1810 siguió en su art. 64 el método puramente biológico, mientras que el texto de 1994 introduce en el art. 122-1 el método mixto [58]. Por el contrario, en la comprobación de la "insanity" la jurisprudencia *norteamericana* e *inglesa* aplican un método psicológico extremo limitado al componente intelectual ("right and wrong test" y "M'Naghten rule", respectivamente) [59]. La jurisprudencia y legislación de EE. UU. vino intentando desde los años sesenta excluir la imputabilidad también para los casos de ausencia de la capacidad de *control de la acción* del autor, pero en los años ochenta se volvió nuevamente a un criterio puramente intelectual [60]. El Derecho *italiano* prevé sobre todo a la enfermedad mental como un supuesto de incapacidad de culpabilidad (art. 88 C.p.), pero básicamente excluye las situaciones de arrebato y los estados emocionales o pasionales (art. 90 C.p.). No obstante, los supuestos de psicopatías graves se integran en el concepto de enfermedad mental. El Proyecto de 1992 prevé ya en el art. 22 núm. 6 como causa de atenuación de la pena la actua-

---

[54] Así, convincentemente *Roxin*, Allg. Teil I § 20 núms. 37 ss.

[55] Sin embargo, si la embriaguez conduce a una incapacidad de culpabilidad, entonces es aplicable el § 20 y tan sólo entra en juego un castigo según el § 323a) o como actio libera in causa (vid. *infra* § 40 VI); vid. *Schölz/Lingens*, § 7 WStG núm. 5.

[56] Vid. *Bertel*, ÖJZ 1975, pág. 622; *Zipf*, Kriminologische Gegenwartsfragen fascículo 15 págs. 157 ss. Acerca del tratamiento de autores anormales según el § 21 österr. StGB *Sluga*, ibídem págs. 34 ss.

[57] *Schultz*, Einführung I págs. 182 ss.; *Rehberg*, Strafrecht I págs. 164 ss. Una detenida exposición del Derecho suizo se encuentra en *Heldmann*, Zurechnungsfähigkeit págs. 10 ss. Crítico con el Derecho suizo *Binder*, Geisteskrankheit págs. 161 ss. En este país, la praxis es extraordinariamente cautelosa en la aceptación de la incapacidad de culpabilidad motivada por un arrebato; vid. *Walder*, SchwZStr 81(1965) págs. 53 ss.

[58] La praxis francesa alcanza similares resultados que la alemana; vid. *Merle/Vitu*, Traité I núms. 591 ss. Acerca del art. 122-1 del Código penal de 1994 *Desportes/Le Gunehec*, Présentation Nr. 33; *Pradel*, Le nouveau Code pénal núm. 36.

[59] Vid. *Goldstein*, Insanity págs. 45 ss.; *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 436 ss.

[60] Véase, en especial, la Secc. 4.01 del Código penal modelo. Detalladamente sobre la cuestión *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 462 ss.; *Simon/Aaronson*, Insanity Defenses págs. 28 ss. Sobre la nueva legislación 18 U.S. Code § 17; New Jersey Criminal Justice Code § 2 C 4-1; Pennsylvania Crimes Code § 315. En torno a su desarrollo y causas vid. *Dix*, ZStW 97 (1985) págs. 213, 221 ss., 226 ss.

ción bajo estados emocionales especialmente intensos [61]. En *España* la enfermedad mental y las alteraciones de la consciencia son causas de exclusión de la culpabilidad (art. 8 núm. 1 C.p.) [62]. Los *Países Bajos* poseen una disposición relativa al desarrollo deficiente y al trastorno patológico de la "capacidad psíquica" ("geestvermogens") que es aplicada de acuerdo con el método mixto y comprendida como una causa de exclusión de la culpabilidad (art. 39 W.v.S.) [63]. El Código penal *belga*, al igual que el anterior texto punitivo francés, conecta en el art. 71 el conjunto de la regulación de la capacidad de culpabilidad con el concepto de "démence/krankzinnigheid", que es objeto de una interpretación amplia y que comprende también a los supuestos más graves de las psicopatías, neurosis y anomalías del instinto [64]. El C.p. *brasileño* regula la incapacidad de culpabilidad plena, así como la disminuida, en su art. 26. Las situaciones de arrebato, los estados pasionales y la embriaguez culpable están excluidos expresamente (art. 28 C.p.) [65].

VI. La actio libera in causa

1. La cuestión de si el autor es o no inculpable se refiere al momento del hecho (§ 20: "en la comisión del hecho"). Una excepción en este punto que, aunque no regulada legalmente, es

---

[61] Vid. *Bertolino*, L'imputabilità págs. 376 ss. (la obra incluye también un extenso capítulo referido al Derecho extranjero); *Pagliaro*, Principi págs. 626 ss.; *Nuvolone*, Sistema pág. 259 (hipnosis).

[62] Las psicopatías y las neurosis están incluidas como causas de atenuación de la pena vid.. *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal pág. 589 nota a pie núm. 16; *Carbonell Mateu* y otros, Enfermfedad mental págs. 47 ss.; *Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo*, art. 8 núm. 1 comentario III 2; *Mir Puig*, Adiciones Tomo I págs. 614 ss. [El Código penal de 1995 contiene una amplia y flexible regulación sobre la materia: a) el art. 20.1.º recoge como causa de exclusión de la imputabilidad el padecimiento de "cualquier anomalía o alteración psíquica"; además, recoge empresamente tanto el aspecto intelectual como el volitivo de la enfermedad (siguiendo por lo demás, los pasos del § 20 StGB alemán) cuando señala que a consecuencia de tal anomalía o alteración el sujeto "no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión". b) El art. 20.2.º dedica su contenido, por la importancia criminológica de la cuestión, a los supuestos de drogadicción. Tal precepto excluye la imputabilidad cuando "al tiempo de cometer la infracción penal (el autor) se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos [...] o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia"; también aquí se acogen los aspectos intelectivo y volitivo de la intoxicación o de los efectos de su dependencia (síndrome de abstinencia). Asimismo, tanto el núm. 1 como el núm. 2 del art. 20 excluyen la eficacia de las eximentes cuando exista preordenación dolosa de la alteración o intoxicación e, incluso, cuando una u otra se previeron o tuvieron que haberse previsto (actio libera in causa). c) A diferencia del texto alemán, el arr. 20.3.º sigue haciendo referencia expresa como inimputable a quien como consecuencia de "alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad". d) Por último, se prevén como causas de atenuación de la pena: a') El padecimiento de alteraciones o anomalías psíquicas en una intensidad menor (art. 21.1.ª). b') Cometer el hecho a causa de la adicción grave a las sustancias mencionadas en el art. 20.2.º Y, por último, c') "La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante" (art. 21.3.ª). La atenuación punitiva alcanza una importancia notable para los supuestos de eximente incompleta del art. 21.1.ª (vid. art. 68), así como para los otros dos si el tribunal estima la atenuante como muy cualificada (vid. art. 66.4.º) (N del T)].

[63] Vid. *van Bemmelen/van Veen*, Ons strafrecht págs. 211 ss.; vid., asimismo, la detallada exposición de Derecho comparado de *Hazewinkel-Suringa/Remmelink*, Inleiding págs. 258 ss.

[64] Vid. *Dupont/Verstraeten*, Handboek núm. 473; *Hennau/Verhaegen*, Droit pénal général núm. 339 nota a pie núm. 98.

[65] Sobre ello vid. *Fragoso*, Lições págs. 203 ss.; *da Costa jr.*, Comentários, art. 28 nota preliminar antes de la Parte A.

reconocida por el Derecho consuetudinario [66], viene a ser la actio libera in causa. Bajo la misma se comprende aquel **comportamiento cuya realización se decide en una situación en la que se posee capacidad de culpabilidad** o que, en todo caso, pudo prever en esas condiciones, pero cuya ejecución sólo tiene lugar cuando el autor ha perdido la capacidad de acción o la plena aptitud para la culpabilidad [67].

Ejemplos: El autor se coloca dolosamente en una situación de embriaguez para neutralizar sus inhibiciones y poder cometer un hurto determinado (RG 73, 177 [182]). Alguien que es citado como testigo y, para afianzar una concreta declaración falsa, ingiere un psicofármaco que le hace cometer perjurio ante el tribunal en una situación de intoxicación [68]. El conductor de un vehículo sigue circulando con el mismo a pesar de los evidentes síntomas de cansancio, por lo que se queda dormido durante el camino y atropella a un niño (RG 60, 29). Un agente comercial toma una sobredosis de "Pervitin" para estar fresco ante una sobrecarga de trabajo. En una situación de capacidad de culpabilidad disminuida se pone a los mandos de su vehículo a pesar de no estar en condiciones para conducirlo con seguridad (vid. también BayObLG NJW 1969, pág. 1583) [69].

En los casos reproducidos, el hurto (§ 242) y el falso testimonio (§ 154) han sido cometidos bajo una situación de incapacidad de culpabilidad (§ 20). De ahí que el autor sólo pueda ser castigado por tales infracciones (y no sólo en virtud del § 323a) [70] si se estima suficiente la pues-

---

[66] Acerca de las regulaciones legales en Derecho penal extranjero vid. *Koch,* Die actio libera in causa págs. 16, 43, 63; *Jubert,* La doctrina de la "Actio libera in causa", 1992 (España en comparación con Alemania). Con razón subraya *Hruschka,* JuS 1968, pág. 559 y SchwZStr 90 (1974) págs. 62 ss. que no se trata sólo de una excepción aparente. La doctrina dominante, por el contrario, ve ya en el ocasionamiento de la incapacidad de culpabilidad el comienzo de la acción típica; así, BGH 17, 333 (335); 34, 29 (33); *Dreher/Tröndle,* § 20 núm. 20; *Puppe,* JuS 1980, págs. 348 ss.; *Krause,* Jura 1980, pág. 174; *SK (Rudolphi)* § 22 núm. 21; *Jakobs,* Allg. Teil 17/64; *Roxin,* Lackner-Festschrift págs. 311 ss.; *el mismo,* Allg. Teil I § 20 núms. 59ff ss.; *LK* (10.ª) *(Spendel)* § 323a núm. 46; *Herzberg,* Spendel-Festschrift págs. 204 ss.; *Schmidhäuser,* Actio libera in causa págs. 68 ss.; *Horn,* GA 1969, pág. 306; *Wolter,* Leferenz-Festschrift págs. 555 ss. En contra, con acierto, *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 20 núm. 35; *Joerden,* Strukturen págs. 40 ss.; *LK* (11.ª) *(Jähnke)* § 20 núms. 77 ss.; *Küper,* Leferenz-Festschrift pág. 591; *Neumann,* Zurechnung págs. 24 ss.; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 551; *Hettinger,* Die "actio libera in causa" pág. 443; *Paeffgen,* ZStW 97 (1985) págs. 516 ss., puesto que la producción de la situación de embriaguez no constituye todavía una tentativa del delito cometido en esa situación. La remisión a la autoría mediata (*Roxin,* Allg. Teil I § 20 núm. 60 nota a pie núm. 124) no resulta convincente pues existe una diferencia entre el caso en el que el autor concibe para sí mismo la resolución delictiva pudiendo renunciar a la continuación del hecho, y aquel otro en el que interviene como hombre de atrás de un autor sobre cuya conducta ya no puede influir más (*Eser/Burkhardt,* Strafrecht I núm. 17 A núm. 8).

[67] Así, *Krause,* H. Mayer-Festschrift pág. 315. Por el contrario, *Maurach,* JuS 1961, pág. 376 también incluye en la actio libera in causa los supuestos de provocación de la legítima defensa y del estado de necesidad. Defiende una concepción restringida de la actio libera in causa en el sentido del texto principal *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 386 quien rechaza la extensión al ámbito de la capacidad de acción y pretende limitar las hipótesis de actio libera in causa a los supuestos de ausencia de culpabilidad. Siguiendo a este autor *Hruschka,* SchwZStr 90 (1974) pág. 76.

[68] El ejemplo es de *Hruschka,* JuS 1968, pág. 556.

[69] Por el contrario, no existe un supuesto de actio libera in causa sino un problema de desviación del curso causal cuando el autor pierde la capacidad de culpabilidad durante la ejecución del hecho (vgr., durante un delirio homicida) (BGH 7, 325 [329]; 23, 133 [135]). Sobre ello vid. *Eser/Burkhardt,* Strafrecht I núm. 17 A núm. 31.

[70] En torno a la relación de la actio libera in causa con el § 323a *Paeffgen,* ZStW 97 (1985) págs. 513 ss.; *Roxin,* Allg. Teil I § 20 núms. 70 ss.

ta en marcha, plenamente responsable, del suceso *con anterioridad* al comienzo de la acción típica ("actio praecedens"). Cuando el conductor se puso en camino carecía de la capacidad de acción a causa de su situación de inconsciencia. Únicamente puede ser sancionado, por tanto, a causa de un homicidio imprudente (§ 222) si su *culpabilidad* por negligencia se vislumbra en haber reparado en su cansancio y poder prever, en consecuencia, la incorrección de su comportamiento posterior. En su enjuiciamiento por la comisión imprudente del delito de circulación en situación de embriaguez o bajo sustancias de efectos similares (§ 316 II), el agente comercial no se beneficia de la aplicación del § 21 si se parte de la previsibilidad subjetiva de la conducción en condiciones de embriaguez en el instante de la ingestión del "Pervitin" (OLG Koblenz MDR 1972, pág. 622; VRS 46, pág. 440).

2. Hace ya tiempo que la jurisprudencia y la doctrina han dado ese paso [71]. Ciertamente que la **restricción del § 20** es difícilmente compatible con su tenor literal, pero resulta materialmente justificada por cuanto la acción típica está vinculada con la actio precedens por una relación que resulta reprochable al autor. Esta última posee una naturaleza diversa según se trate de una actio libera in causa dolosa o imprudente. La primera existe cuando el autor origina dolosamente su propia incapacidad de culpabilidad (o la disminución de tal capacidad) (el delito doloso excluye la incapacidad de acción; vid. *supra* § 23 VI 2) y en esa situación comete la acción típica a la que su dolo estaba dirigido en la actio praecedens (BGH 2, 14 [17]; 17, 259 [262]; 21, 381; BGH VRS 23, pág. 212 [213]; DAR 1985, pág. 387; BayObLG NJW 1969, pág. 1583 [1584 ss.]; VRS 64, pág. 189; VRS 61, pág. 339; OLG Schleswig NStZ 1986, pág. 511). El dolo debe dirigirse, por ende, tanto al ocasionamiento de la situación mentalmente perturbadora como a la comisión de la acción típica [72]. La formación culpable de la resolución delictiva sobre la que descansa la voluntad de acción que sigue influyendo en el hecho, resulta decisiva para admitir la aplicación del tipo doloso a pesar de la concurrencia de la incapacidad de culpabilidad en la comisión de la infracción. El dolo, como elemento director de la acción, se afianza así también como componente de la culpabilidad *(doble posición del dolo)*. La culpabilidad dolosa reside en que el autor, no obstante tener conocimiento del dolo del hecho, elimina

---

[71] La teoría de la actio libera in causa fue creada por *Kleinschrod*, Systematische Entwicklung págs. 25 ss., 106 ss. Acerca de su historia dogmática *Hruschka*, SchwZStr 90 (1974) págs. 55 ss.; *Hettinger*, Die "actio libera in causa" págs. 57 ss., 240 ss. El § 22 II 20 ALR contenía de modo excepcional una regulación legal del tema; al respecto vid. *Hruschka*, JZ 1989, pág. 312.

[72] En este sentido ya, *Kleinschrod*, Systematische Entwicklung pág. 26. Asimismo, en la actualidad, BGH 23, 356 (358); BayObLG VRS 64, pág. 158; *Dreher/Tröndle*, § 20 núm. 19; *Jakobs*, Allg. Teil 17/66; *Lackner*, § 20 núms. 25 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 20 núms. 68 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 36 núm. 57; *Puppe*, JuS 1980, pág. 348; *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 243; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 20 núm. 36; *Oehler*, JZ 1970, págs. 380 ss.; *LK* (11.ª) *(Jähnke)* § 20 núms. 79 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 549; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 386 ss.; *SK (Rudolphi)* § 20 núm. 30; *Wessels*, Allg. Teil núm. 417.

[73] Buscando también la solución de la "culpa praecedens" *Burkhardt*, Tatschuld und Vorverschulden págs. 173 ss.; *Brandstetter*, Vollrausch pág. 99; *Haft*, Allg. Teil pág. 132; *Neumann*, Arthur Kaufmann-Festschrift págs. 591 ss.; *Streng*, ZStW 101 (1989) pág. 311; *Küper*, Leferenz-Festschrift pág. 579; *Hruschka*, Strafrecht págs. 271 ss. (infracción de la obligación previa); *Krümpelmann*, págs. 222 ss. (posibilidad de evitar el comportamiento precedente); *Schönke/Schröder/Lenckner* § 20 núm. 36 (desconexión consciente de la capacidad de control de la acción); *Stratenwerth*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift pág. 495; *Ziegert*, Vorsatz págs. 213 ss. Por el contrario, *Paeffgen*, ZStW 97 (1985) págs. 516 ss. niega la actio libera in causa y se remite al § 323a; asimismo, *Hettinger*, Die "actio libera in causa" págs. 460 ss.; *Salger/Mutzbauer*, NStZ 1993, pág. 568.

voluntariamente su capacidad de culpabilidad haciendo desaparecer con ello la posibilidad de control de la resolución delictiva que dirige la acción típica durante la ejecución del hecho [73]. La tesis opuesta [74], que pretende conformarse con el ocasionamiento imprudente de la situación de perturbación, desconoce que sólo concurre un dolo del hecho forjado *culpablemente* (como requisito necesario para el castigo) cuando en el momento de plena responsabilidad por lo menos ha tenido lugar la puesta en marcha del *proceso directivo* destinado a la preparación del hecho; de lo contrario, únicamente existiría un dolo sin contenido alguno de culpabilidad (en este sentido también BGH VRS 23, 212 [213], mientras que la BGH VRS 23, pág. 212 [213] silencia esta cuestión).

La actio praecedens no supone todavía una tentativa de delito [75]. Más bien, ésta comienza en el momento determinado por la aplicación de las reglas generales (vid. *infra* § 49 VII 4). Sin embargo, no existe una infracción del principio de culpabilidad a través del reconocimiento de la actio libera in causa dolosa [76], pues en todo caso el autor es plenamente responsable por la propia incapacidad de culpabilidad dolosamente originada, como medio para poner en marcha la ejecución de la acción típica; de este modo, se forma así el típico doble dolo de la actio libera in causa como portador del desvalor de acción y de la actitud interna respecto al hecho. Pero, no obstante, se trata de una excepción a la regla de que la incapacidad de culpabilidad "en la comisión del hecho" conduce a la impunidad, pues en la actio libera in causa, a pesar de la presencia de esa ineptitud en tal momento, tiene lugar la punibilidad del hecho [77].

Se acepta la actio libera in causa **imprudente** cuando el autor origina dolosa o negligentemente su incapacidad de acción o de culpabilidad (o, en su caso, la disminución de esta última), si pudo haber contado con que en esa situación realizaría el tipo de un concreto delito imprudente (RG 22, 413 [415]; BGH VRS 23, 213; BayObLG VRS 60, 369; OLG Celle VRS 25, 33; OLG Hamm NJW 1956, pág. 274; OLG Köln NJW 1967, pág. 306) [78]. La actio libera in causa imprudente no es una figura superflua [79] si se la restringe, como aquí se hace, a los casos en los que el ocasionamiento como tal de la incapacidad de acción no constituye una acción *típica* imprudente. Y es que si la eliminación de la capacidad de culpabilidad no se subsume bajo el tipo legal realizado (así sucede, por ejemplo, con el emborracharse, pues ello no supone la "conducción de un vehículo" en el sentido del § 316), entonces la culpabilidad por imprudencia debe ser deducida con ayuda de la figura de la actio libera in causa de un comportamiento *anterior* a la acción típica. En otros supuestos que, con frecuencia, son mencionados como ejemplos de actio libera in causa (vgr., la madre que aplasta al niño de pecho mientras duerme al haberlo metido imprudentemente en la cama con ella), existe desde luego un caso corriente de homicidio por imprudencia (§ 222).

---

[74] Así, *Cramer*, JZ 1968, págs. 274 ss.; *Hruschka*, JuS 1968, pág. 558; *Maurach*, JuS 1961, pág. 376; *Welzel*, Lehrbuch pág. 156; *Schwinghammer*, Actio libera in causa pág. 37.

[75] Vid. *supra* § 40 VI 1 nota a pie núm. 66.

[76] Así, sin embargo, *Roxin*, Allg. Teil I § 20 núm. 57; *Hettinger*, Die "actio libera in causa" págs. 312 ss.; *Horn*, GA 1969, pág. 306; con anterioridad ya *Katzenstein*, Actio libera in causa págs. 54 ss.

[77] En el art. 12 schweiz. StGB está prevista expresamente esta excepción; vid. al respecto, *Hruschka*, SchwZStr 90 (1974) págs. 61 ss., así como *Joerden*, Strukturen págs. 45 ss.

[78] Rechazándo también la actio libera in causa en el delito imprudente *Hettinger*, GA 1989, págs. 1 ss.

[79] Así, sin embargo, *Horn*, GA 1969, págs. 289 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 20 núm. 58.

VII. El tratamiento de la embriaguez en Derecho penal

En el **tratamiento de la embriaguez** el Derecho penal alemán contiene **principios relativamente rigurosos** que, no obstante, se encuentran en plena armonía con la conciencia jurídica [80]. Por regla general existe disminución de culpabilidad con una concentración de alcohol en sangre superior al 2 ‰ (BGH 37, 231 [234]; 34, 29 [31]; BGH NStZ 1984, pág. 408; BayObLG DAR 1983, pág. 395; OLG Köln NStZ 1989, pág. 24) [81]. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones la embriaguez culpablemente inducida no es considerada como causa de atenuación de la pena (OGH 2, 325 [327]; BGH NJW 1953, pág. 1760; OLG Koblenz VRS 50, 24) e, incluso, en las hipótesis en las que tiene lugar una considerable disminución de la capacidad de culpabilidad se niega la mitigación de la pena de acuerdo con el § 21; sin embargo, se alzan considerables objeciones en contra de un tratamiento esquematizador que desatiende los elementos internos y externos del acontecimiento (BGH 35, 308 [312 ss.] con numerosas referencias) [82]. En Derecho penal militar el § 7 WStG excluye por regla general la atenuación punitiva de una embriaguez originada culpablemente, siempre que el hecho constituya un delito militar, atente contra el Derecho internacional bélico o se cometa en acto de servicio. Esto significa que está excluida la elección del marco punitivo especial de acuerdo con los §§ 21, 49 I, pero no aquella aminoración punitiva que tenga lugar en el marco punitivo general [83]. En el caso de la *actio libera in causa* el autor es responsabilizado por el hecho cometido en estado de embriaguez, a pesar de que en el momento del hecho carecía de la capacidad de culpabilidad o ésta se encontraba disminuida (vid. *supra* § 40 VI) [84]. Finalmente, el § 323a conmina con pena [85] el *ocasionamiento* culpable de una *embriaguez plena*, si en tal situación el autor comete una acción que no pueda ser castigada a causa del § 20 [86] [87]. El § 323a interviene en aquellos casos en los que la comisión posterior de una acción típica determinada no fue previsible por parte del autor. Según la BGH

---

[80] Demanda una ampliación de los delitos dolosos cometidos por embriaguez en el tráfico viario, por medio de una interpretación rigurosa de los §§ 315c I núm. 1a, 316 I StGB, así como del § 24a I StVG *Krüger*, DAR 1984, págs. 47 ss.

[81] *Hentschel/Born*, Trunkenheit im Straßenverkehr núm. 258; *Ponsold*, Lehrbuch der gerichtilchen Medizin pág. 256.

[82] Vid. *Bruns*, Strafzumessungsrecht págs. 531 ss.; *el mismo*, Recht der Strafzumessung pág. 208.

[83] Así, *Roxin*, Allg. Teil I § 20 núm. 48; disienten de esto último *Schölz/Lingens*, WStG § 7 núm. 10, quienes se remiten a un "viejo principio militar".

[84] Acerca de la relación entre la actio libera in causa y el § 323a vid. *Cramer*, Der Vollrauschtatbestand págs. 129 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 323a núms. 31 ss.; *Paeffgen*, ZStW 97 (1985) págs. 513 ss.

[85] En relación con la determinación de la pena en el § 323a vid. *Bruns*, Lackner-Festschrift págs. 439 ss.; *Wolter*, NStZ 1982, págs. 58 ss.

[86] En relación con la aplicabilidad del § 323a a casos donde se duda acerca de la capacidad de culpabilidad del autor en la comisión de un hecho en estado de embriaguez BGH DRiZ 1983, pág. 450; OLG Köln VRS 68, pág. 38; *Lackner*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 663 ss.; *Tröndle*, ibídem págs. 687 ss.; *Dencker*, JZ 1984, págs. 453 ss.

[87] En torno al Derecho extranjero vid. *Waaben/Schultz/Léauté*, Die Behandlung der Trunkenheit im Strafrecht, 1960; además, *v. Weber*, Stock-Festschrift págs. 65 ss. Acerca del Derecho italiano que excluye el ocasionamiento culpable de la embriaguez de la regulación de la incapacidad de culpabilidad (art. 92 I C.p.), vid. *Bettiol/Pettoello Mantovani*, Diritto penale págs. 495 ss.; *Pagliaro*, Principi págs. 633 ss. Asimismo, vid. el art. 28 II, del C.p. brasileño. Tampoco en Derecho inglés es tal supuesto una causa de exclusión de la culpabilidad, vid. *Smith/Hogan*, Criminal Law pág. 197; por regla general tampoco viene a serlo en Derecho norteamericano; vid. *Robinson*, Criminal Law Defenses Tomo I pág. 248.

10, 247 (250) para el autor debe haber sido por lo menos previsible que en estado de embriaguez podría cometer "cualesquiera excesos de índole penal". Correcta se muestra, por el contrario, la visión más amplia según la cual se considera en sí mismo punible el ocasionamiento culpable de la embriaguez plena y, de acuerdo con ello, se interpreta el § 323a como un delito de peligro abstracto (vid. BGH 16, 124 [125]; 20, 284; BayObLG JR 1975, pág. 30) [88].

§ 41 Conciencia de la antijuricidad y error de prohibición

Baumann, Zur Teilbarkeit des Unrechtsbewußtseins, JZ 1961, pág. 564; *el mismo,* Grenzfälle im Bereich des Verbotsirrtums, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 533; *Binding,* Die Schuld im deutschen Strafrecht, 1919; *Bindokat,* Anmerkung zu BGH 15, 377, NJW 1961, pág. 1731; *Bockelmann,* Anmerkung zu OGH 3, 6, NJW 1950, pág. 830; *Börker,* Ein Vorschlag zu der Rechtsprechung über die irrtümliche Annahme der tatbestandlichen Merkmale eines anerkannten Rechtfertgungigrundes, JR 1960, pág. 168; *Busch,* Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, 1949; *el mismo,* Über die Abgrenzung von Tatbestands-und Verbotsirrtum, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 165; *v. Caemmerer,* Verwirklichung und Fortbildung des Rechts durch den BGH, en: Ansprachen aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des BGH, 1975, pág. 21; *Cerezo Mir,* Die Regelung des Verbotsirrtums im spanischen StGB, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 473; (belga) *Commission pour la Révision du Code pénal,* Observations usw., 1986; *Dimakis,* Der Zweifel an der Rechtswidrigkeit der Tat, 1992; *Donini,* Il delito contravvenzionale, 1993; *Dreher,* Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 207; *Ebert,* Der Überzeugungstäter in der neueren Rechtsentwicklung, 1975; *Engisch,* Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 70 (1958) pág. 566; *Figueiredo Dias,* O problema da consciência da ilicitude em direito penal, 3.ª ed. 1987; *Frisch,* Der Irrtum als Unrechts-und/oder Schuldausschluß im deutschen Strafrecht, en: *Eser/Perron* (Edrs.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Tomo III, 1991, pág. 217; *Fukuda,* Das Problem des Irrtums über Rechtfertigungsgründe, JZ 1958, pág. 143; *Gallas,* Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 155; *Germann,* Gehört das Unrechtsbewußtsein zur Strafbarkeit wegen eines vorsätzlichen Delikts? SchwZStr 68 (1953) pág. 371, *Grünwald,* Zu den Varianten der eingeschränkten Schuldtheorie, Gedächtnisschrift für P. Noll, 1984, pág. 183; *Hardwig,* Sachverhaltsirrtum und Pflichtirrtum, GA 1956, pág. 369; *Hartung,* Zweifelsfragen des Verbotsirrtums, JZ 1955, pág. 663; *Heitzer,* Ist der putative Rechtfertigungsgrund als Verbotsirrtum zu behandeln? NJW 1953, pág. 210; *Herdegen,* Der Verbotsirrtum in der Rechtsprechung des BGH, en: 25 Jahre BGH, 1975, pág. 195; *Herzberg,* Erlaubnistatbestandsirrtum und Deliktsaufbau, JA 1989, págs. 243, 294; *el mismo,* Tatbestands-oder Verbotsirrtum? GA 1993, pág. 439; *el mismo,* Zur Eingrenzung des vorsatzausschließenden Irrtums (§ 16 StGB), JZ 1993, pág. 1017; *Hirsch,* Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; *el mismo,* Der Streit um Handlungs-und Unrechtslehre usw. (Teil II), ZStW 94 (1982) pág. 239; *Horn,* Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, 1969; *Hruschka,* Conscientia erronea und ignorancia bei Thomas von Aquin, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 115; *Jescheck,* Anmerkung zu BGH 10, 35, JZ 1957, pág. 551; *el mismo,* Strafrecht im Wandel, ÖJZ 1971, pág. 1; *el mismo,* Deutsche und österreichische Strafrechtsreform, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 365; *el mismo,* Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik usw., ZStW 98 (1986) pág. 1; *el mismo,* Das niederländische StGB im internationalen Zusammenhang, en: *van Dijk* y otros (Edrs.), Criminal Law in Action, 1986, pág. 5; *el mismo,* Zum Rechtsirrtum im deutschen und italienischen Strafrecht, Recht in Ost und West, 1989, pág. 889; *el mismo,* Die Schuld im Entwurf eines StGB für England und Wales im Verglelch mit dem deutschen Recht, Festschrift für R. Schmitt, 1992, pág. 56; *el mismo,* Das Schuldprinzip als Grundlage und Grenze der Strafbarkeit im

---

[88] Sobre la cuestión vid. *Cramer,* Vollrauschtatbestand pág. 93; *Schönke/Schröder/Cramer,* 323a núms. 1, 11. Ponía incorrectamente en duda la compatibilidad del § 330a en su redacción anterior (y del art. 263 del schweiz. StGB) con el principio de culpabilidad *Brandenberger,* Selbstverschuldete Zurechnungsunfähigkeit págs. 84 ss. Acerca de la cuestión en su conjunto *Brandstetter,* Vollrausch págs. 109 ss.

deutschen und spanischen Recht, Gedächtnisschrift für I. de Loyola, 1991, pág. 405; *Kaplan,* Mistake of Law, en: *Eser/Fletcher* (edrs.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Tomo II, 1988, pág. 1125; *Armin Kaufmann,* Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung, JZ 1955, pág. 37; *el mismo,* Der dolus eventualis im Deliktsaufbau, ZStW 75 (1958) pág. 64; *el mismo,* Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 319; *Arthur Kaufmann,* Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949 (Neudruck 1985); *el mismo,* Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, JZ 1954, pág. 653; *el mismo,* Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, JZ 1956, pág. 353; *el mismo,* Die Irrtumsregelung im E 1962, ZStW 76 (1964) pág. 543; *el mismo,* Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 185; *Kerscher,* Tatbestands-und Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht usw., Diss. München 1969; *Kiefner,* Die gegenwärtige Bedeutung der Maxime "Nul n'est censé ignorer la loi", Deutsche Landesreferate zum VII. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung 1967, pág. 87; *Kienapfel,* Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum, ÖJZ 1976, pág. 113; *Kindhäuser,* Gefährdung als Straftat, 1989; *el mismo,* Zur Unterscheidung von Tat-und Rechtsirrtum, GA 1990, pág. 407; *Kramer/Trittel,* Die Bindungswirkung der Entscheidung des BVerfG über die Verfassungsmäßigkeit des § 17 StGB, JZ 1980, pág. 393; *Krümpelmann,* Stufen der Schuld beim Verbotsirrtum, GA 1968, pág. 129; *el mismo,* Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, ZStW-Beiheft Budapest, 1978, pág. 6; *Küper,* Die dämonische Macht des "Katzenkönigs" usw., JZ 1989, pág. 617; *Küpper,* Grenzen der normativen Strafrechtsdogmatik, 1990; *Kunz,* Strafausschluß oder-milderung bei Tatveranlassung durch falsche Rechtsauskunft? GA 1983, pág. 457; *Lange,* Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung, JZ 1953, pág. 9; *el mismo,* Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, JZ 1956, pág. 73; *el mismo,* Die Magna Charta der anständigen Leute, JZ 1956, pág. 519; *el mismo,* Nur eine Ordnungswidrigkeit? JZ 1957, pág. 233; *Langer,* Das Sonderverbrechen, 1972; *el mismo,* Vorsatztheorie und strafgesetzliche Irrtumsregelung, GA 1976, pág. 193; *el mismo,* Gesetzlichkeitsprinzip und Strafmilderungsgründe, Festschrift für H. Dünnebier, 1982, pág. 421; *el mismo,* Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, GA 1990, pág. 435; *Lang-Hinrichsen,* Zur Problematik der Lehre von Tatbestands-und Verbotsirrtum, JR 1952, pág. 184; *el mismo,* Tatbestandslehre und Verbotsirrtum, JR 1952, págs. 302, 356; *el mismo,* Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des BGH, JZ 1953, pág. 362; *el mismo,* Zur Frage der Schuld bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, GA 1957, pág. 225; *el mismo,* Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, Verhandlungen des 43. DJT, Tomo I, 1960, pág. 5; *Lenckner,* Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 165; *Loos,* Bemerkungen zur "historischen Auslegung", Festschrift für R. Wassermann, 1985, pág. 123; *Maiwald,* Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, 1984; *Mangakis,* Das Unrechtsbewußtsein in der strafrechtlichen Schuldlehre nach deutschem und griechischem Recht, 1954; *J. Meyer,* Verbotsirrtum im Ordnungswidrigkeitenrecht, JuS 1983, pág. 513; *Mezger,* Fiktion und Analogie beim sog. Verbotsirrtum, NJW 1961, pág. 869; *Mir Puig,* Der Irrtum als Unrechts-und/oder Schuldausschließungsgrund im spanischen Strafrecht, en: *Eser/Perron* (edrs.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Tomo III, 1991, pág. 291; *Müller-Dietz,* Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967; *Naka,* Apellfunktion des Tatbestandsvorsatzes, JZ 1961, pág. 210; *Niese,* Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951; *el mismo,* Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, DRiZ 1953, pág. 20; *Noll,* Das Unrechtsbewußtsein im schweiz. Strafrecht, Schweizer Beiträge zum IV. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung 1954, pág. 209; *el mismo,* Tatbestand und Rechtswidrigkeit usw., ZStW 77 (1965) pág. 1; *Nowakowski,* Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz, ZStW 61 (1953) pág. 379; *el mismo,* Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, pág. 19; *Oehler,* Die mit Strafe bedrohte tatvorsätzliche Handlung im Rahmen der Teilnahme, Berliner Festschrift zum 41. DJT, 1955, pág. 255; *Otto,* Der vorsatzausschließende Irrtum in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Gedächtnisschrift für K. Meyer, 1990, pág. 583; *el mismo,* Der Verbotsirrtum, Jura 1990, pág. 645; *Paeffgen,* Fotografieren von Demonstranten usw., JZ 1978, pág. 738; *el mismo,* Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 399; *Platzgummer,* Bewußtseinsform des Vorsatzes, 1964; *el mismo,* Die "Allgemeinen Bestimmungen" des Strafgesetzentwurfes usw., JBl 1971, pág. 236; *el mismo,* Vorsatz und Unrechtsbewußtsein, Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, Tomo I, 1974, pág. 49; *Pulitanò,* L'errore di diritto nella teoria del reato, 1976; *Robinson,* Criminal Law Defenses, Tomo I, 1984; *Roxin,* Die Irrtumsregelung des E 1960 und die strenge Schuldtheorie, MSchrKrim 1961, pág. 211; *el mismo,* Die Behandlung des Irrtums im E 1962, ZStW 76

(1964) pág. 582; *el mismo*, Literaturbericht, ZStW 78 (1966) pág. 214; *el mismo*, Literaturbericht, ZStW 82 (1970) pág. 675; *el mismo*, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Festschrift für H. Henkel, 1974, pág. 171; *el mismo*, Über die mutmaßliche Einwilligung, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 447; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969; *el mismo*, Anmerkung zu KG vom 24.3.1977, JR 1977, pág. 380; *el mismo*, Das virtuelle Unrechtsbewußtsein usw., en: *Bönner/de Boor* (edrs.), Unrechtsbewußtsein, 1982, pág. 1; *el mismo*, Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, Gedächtnisschrift für H. Schröder, 1978, pág. 73; *el mismo*, Anmerkung zu BayObLG vom 8.9.1988, JR 1989, pág. 387; *Sax*, Kriminalpolitik und Strafrechtsreform, JZ 1957, pág. 1; *el mismo*, Dogmatische Streifzüge durch den Entwurf usw., ZStW 69 (1957) pág. 412; *Schaffstein*, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, Göttinger Festschrift für das OLG Celle, 1961, pág. 175; *el mismo*, Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre, MDR 1951, pág. 196; *Schewe*, Bewußtsein und Vorsatz 1967; *Schick*, Die Vorwerfbarkeit des Verbotsirrtums bei Handeln auf falschen Rat, Strafrechtliche Probleme 8, 1980, pág. 105; *Schlegtendal*, Tatbestand, Vorsatz und Fahrlässigkeit bei den Ordnungswidrigkeiten, Diss. Freiburg 1957; *Schlüchter*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 1983; *la misma*, Grundfälle zum Bewertungsirrtum usw., JuS 1985, pág. 373; *Schmidhäuser*, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 317; *el mismo*, Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 81; *el mismo*, Unrechtsbewußtsein und Schuldgrundsatz, NJW 1975, pág. 1807; *el mismo*, Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz, JZ 1979, pág. 361; *Eb. Schmidt*, Anmerkung zu OLG Oldenburg vom 20.6.1950, SJZ 1950, pág. 837; *Schröder*, Die Notstandsregelung des Entwurfs 1959 II, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 290; *Schroth*, Die Annahme und das "Für-Möglich-Halten" von Umständen, die einen anerkannten Rechtfertigungsgrund begründen, Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pág. 595; *B. Schünemann*, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, en: *Schünemann* (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pág. 1; *el mismo*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform usw., GA 1985, pág. 341; *H.-W. Schünemann*, Verbotsirrtum und faktische Verbotskenntnis, NJW 1980, pág. 735; *Spendel*, Das Unrechtsbewußtsein in der Verbrechenssystematik, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 89; *Strien*, Einflüsse des deutschen Strafrechts auf die jüngere Strafrechtsreformbewegung in Spanien, 1992; *Strauss*, Verbotsirrtum und Erkundigungspflicht, NJW 1969, pág. 1418; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; *el mismo*, Zur legislatorischen Behandlung des Verbotsirrtums im Ordnungswidrigkeiten-und Steuerstrafrecht, ZStW 81 (1969) pág. 869; *Timpe*, Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, GA 1983, pág. 51; *Warda*, Die Verbotsirrtumsregelung des § 31 WStG usw., JR 1950, pág. 546; *el mismo*, Tatbestandsbezogenes Unrechtsbewußtsein, NJW 1953, pág. 1052; *el mismo*, Zur gesetzlichen Regelung des vermeidbaren Verbotsirrtums, ZStW 71 (1959) pág. 252; *el mismo*, Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewußtsein, Festschrift für H. Weizel, 1974, pág. 499; *el mismo*, Vorsatz und Schuld bei ungewisser Tätervorstellung, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 119; *v. Weber*, Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, JZ 1951, pág. 260; *el mismo*, Negative Tatbestandsmerkmale, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 183; *Welzel*, Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem, ZStW 67 (1955) pág. 196; *el mismo*, Der übergesetzliche Notstand und die Irrtumsproblematik, JZ 1955, pág. 142; *el mismo*, Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht, JZ 1956, pág. 238; *el mismo*, Diskussionsbemerkung zum Thema "Die Irrtumsregelung im Entwurf", ZStW 76 (1964) pág. 619; *Wolter*, Schuldhafte Verletzung einer Erkundigungspflicht, JuS 1979, pág. 482; *Zaczyk*, Der verschuldete Verbotsirrtum BayObLG NJW 1989, pág. 1744, JuS 1990, pág. 889; *Ziegert*, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1988.

I. La conciencia de la antijuricidad como elemento de la culpabilidad

1. Sólo actúa culpablemente quien puede darse cuenta de que su comportamiento está prohibido. El reconocimiento de este principio por parte de la sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Federal de fecha 18.3.1952 (BGH 2, 194 [201]), consti-

tuye un **hito en la historia reciente del Derecho penal alemán**. Es cierto que las repercusiones prácticas de este cambio son limitadas, pues la jurisprudencia ya consideraba suficiente para la culpabilidad dolosa el error de prohibición vencible e impone presupuestos rigurosos para apreciar su invencibilidad; no obstante, a través de la exigencia de la conciencia de la antijuricidad como requisito para el reproche culpabilístico se despejó el camino para el pleno desarrollo del principio de culpabilidad (acerca de su historia precedente vid. la 2.ª ed. de esta obra págs. 228, 338) [1]. El legislador concluyó este desarrollo en el año 1975 por medio de la introducción del § 17. De este precepto se deriva a *sensu contrario* que el conocimiento de la ilicitud es un requisito para la plena culpabilidad. Lo que sí regula positivamente tal disposición es el error de prohibición: Si en el autor falta la conciencia del injusto actúa sin culpabilidad siempre que su desconocimiento fuera invencible (inciso primero). Si aquél pudo evitar el error, entonces la pena determinada por el tipo doloso puede ser atenuada de acuerdo con el § 49 I (inciso segundo). La conciencia del injusto viene a erigirse así en el núcleo central del reproche de culpabilidad, puesto que la resolución a cometer el hecho adoptada con pleno conocimiento de su contrariedad a la norma jurídica evidencia del modo más claro posible la deficiencia de una actitud jurídica interna que perjudica al autor. La llamada por parte de la norma jurídica a la fidelidad al Derecho tenía que haber repercutido inmediatamente sobre la formación de la voluntad del autor. Quien, en lugar de aquélla, se revela conscientemente en contra del Derecho, manifiesta con ello una posición opuesta a la pretensión de validez del bien jurídico protegido penalmente que es opuesta a la que posee un ciudadano prudente. Pero incluso cuando se encuentre ausente en el autor el conocimiento del injusto que resulta necesario para el pleno reproche de culpabilidad o, con otras palabras, cuando exista en él un error de prohibición, también tiene lugar tal juicio de reproche. Esto sucede cuando el error fue vencible. También en este caso permanece la punibilidad por el hecho *doloso* de acuerdo con el § 17, inciso segundo, pues el autor ha realizado consciente y voluntariamente las circunstancias que fundamentan el juicio de antijuricidad. Sin embargo, debido a la ausencia del conocimiento actual de la ilicitud, la culpabilidad viene a ser, por regla general, menor. El carácter meramente facultativo de la atenuación de la pena del delito doloso no contradice el principio de culpabilidad (BVerfGE 41, 121).

2. A pesar de que la conciencia de la antijuricidad como elemento de la culpabilidad estaba generalmente reconocida con anterioridad a la introducción del § 17, su posición en la estructura del concepto de culpabilidad permaneció siendo discutida. Una minoría partidaria de la **teoría del dolo** [2] situaba como núcleo central de éste a la conciencia de la antijuricidad junto con el conocimiento y voluntad de los elementos del tipo *(dolus malus)*, de modo que faltando la mencionada conciencia la pena por el delito doloso nunca podía entrar en juego. Por el contrario, la anteriormente también dominante **teoría de la culpabilidad** [3] consideró a la conciencia de la ilicitud como un elemento autónomo de la culpabilidad, de forma que

---

[1] Vid. *Schmidhäuser*, NJW 1975, pág. 1808; *v. Caemmerer*, BGH-Ansprachen pág. 34; *Krümpelmann*, ZStW Beiheft Budapest 1978 págs. 7 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 21 núm. 7.

[2] Así, por ejemplo, *Baumann*, Allg. Teil 5.ª ed. págs. 420 ss.; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 424; *Hardwig*, GA 1956, pág. 575; *Langer*, Das Sonderverbrechen págs. 356 ss.; *el mismo*, GA 1976, pág. 193; *Lang-Hinrichsen*, JR 1952, págs. 184, 302, 356; *el mismo*, JZ 1953, pág. 362; *el mismo*, DJT-Gutachten págs. 102 ss.; *LK* (8.ª)*(Mezger)* § 59 comentario 17 III; *Oehler*, Berliner Festschrift pág. 259; *Schönke/Schröder*, 17.ª ed. pág. 59 núms. 81 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil 1.ª ed. pág. 327, 2.ª ed. pág. 419; *H.-W. Schünemann*, NJW 1980, pág. 738; *Spendel*, Tröndle-Festschrift págs. 99 ss.

[3] Así, por ejemplo, *Bockelmann*, NJW 1950, pág. 830; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 125; *Busch*, Moderne Wandlungen pág. 9; *el mismo*, Mezger-Festschrift pág. 168; *Graf zu Dohna*, Verbrechenslehre pág. 51; *Kohlrausch/Lange*, § 59 comentario II 2 h; *Gallas*, Beiträge pág. 56 nota a pie núm. 89; *Maurach*, Allg.

a pesar de la ausencia de tal conocimiento podía justificarse la pena del delito doloso en el supuesto en el que el error de prohibición fuera vencible.

El Derecho vigente desde la reforma del año 1975 parte de la distinción entre error de tipo (§ 16) y error de prohibición (§ 17) [4]. La regulación del error de prohibición toma por base la teoría de la culpabilidad [5]. Esto se deduce del hecho de que el error vencible de prohibición deja intacto el dolo según el § 17, inciso segundo, y conduce sólo a una atenuación facultativa de la pena del delito doloso conforme al § 49 I. También la nueva regulación del error de prohibición en el Derecho administrativo sancionador (§ 11 II OWiG) descansa sobre la teoría de la culpabilidad [6]. El § 5 I WStG regula un supuesto especial de error de prohibición (vid. *infra* § 46 II 3b).

3. El Derecho vigente también ha traído consigo una claridad esencial para el **contenido de la conciencia de la antijuricidad** pues se menciona al "injusto" como objeto del conocimiento de la prohibición. Por el contrario, el legislador ha dejado abierta la cuestión relativa a la precisión de la conciencia de la antijuricidad.

a) En cualquier caso, el **objeto de la conciencia de la ilicitud** no es el conocimiento de la proposición jurídica infringida o de la punibilidad del hecho (BGH 15, 377 [382 ss.]). Más bien, es suficiente con que el autor sepa que su comportamiento contradice las exigencias del orden comunitario y que, por ello, está *jurídicamente* prohibido [7]. Con otras palabras: es suficiente con

---

Teil 4.ª ed. págs. 468 ss.; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 37 núm. 60; *Mezger/Blei,* Allg. Teil 15.ª ed. págs. 207; *Niese,* Finalität págs. 33 ss.; *Schaffstein,* Göttinger-Festschrift págs. 175 ss.; *Eb. Schmidt,* SJZ 1950, pág. 837; *Dreher,* 34.ª ed. § 59 comentario II E 3; *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núm. 31 antes del § 13; *Warda,* JR 1950, págs. 546 ss.; *v. Weber,* Grundriß pág. 122; *Welzel,* Lehrbuch págs. 164 ss.; *Stratenwerth,* Allg. Teil I 1.ª ed. núm. 612, 3.ª ed. núm. 582; *Wessels,* Allg. Teil núm. 462.

[4] Acerca de las dificultades en la delimitación entre uno y otro error que se derivan, por un lado, de la utilización de elementos normativos y de valoración global del hecho y, por otro, de la existencia de normas penales en blanco, *Baumann,* Welzel-Festschrift págs. 533 ss.; *Roxin,* Allg. Teil I § 12 núms. 84 ss; *Frisch,* Der Irrtum págs. 225 ss.; *Arthur Kaufmann,* Lackner-Festschrift pág. 190; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 17 núm. 12 con numerosas referencias jurisprudenciales; además, *Dreher/Tröndle,* § 17 núm. 11 (vid. también *infra* § 41 II 2 d). El error acerca del deber de contribución fiscal que según las BGH 5, 90 (92); BayObLG NJW 1976, pág. 635 constituye un error de tipo y, por ello, entra en contradicción con el castigo previsto en el § 370 AO, es considerado por *Maiwald,* Unrechtskenntnis págs. 15 ss. como un error de prohibición que deja intacto el dolo.

[5] *Dreher,* Heinitz-Festschrift pág. 211; *Dreher/Tröndle,* § 17 núm. 2; *Loos,* Wassermann-Festschrift pág. 127; *Lackner,* § 17 núm. 1; *Roxin,* Allg. Teil § 21 núm. 7; *Jakobs,* Allg. Teil 19/18; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 17 núm. 3; *SK (Rudolphi)* § 17 núm. 1; *Stree,* en: *Roxin* y otros, Einführung pág. 50; *Tiedemann,* ZStW 81 (1969) pág. 869; *AK (Neumann)* § 17 núm. 1. Por el contrario, *Schmidhäuser,* NJW 1975, pág. 1810; *el mismo,* JZ 1979, pág. 369 y *Langer,* GA 1976, págs. 206, así como en GA 1990, pág. 456 nota a pie núm. 69 pretenden interpretar el § 17 según la teoría del dolo en atención al principio de culpabilidad. Crítico también con la regulación del § 17, inciso segundo, *Otto,* Grundkurs pág. 210; *Arthur Kaufmann,* Lackner-Festschrift págs. 186 ss.; *H.-W Schünemann,* NJW 1980, págs. 741 ss. Acerca de la cuestión del efecto vinculante de la BVerfGE 41, 121 *Kramer/Trittel,* JZ 1980, pág. 393 con la réplica de *Schmidhäuser,* ibídem pág. 396.

[6] Vid. *Göhler,* § 11 OWiG núms. 20 ss. Pueden encontrarse objeciones a ello en *Tiedemann,* Wirtschaftsstrafrecht Allg. Teil págs. 212 ss.; *el mismo,* ZStW 81 (1969) pág. 874.

[7] Vid. *Arthur Kaufmann,* Unrechtsbewußtsein págs. 154 ss.; *el mismo,* ZStW 76 (1964) pág. 554; *Dreher/Tröndle,* § 17 núm. 3; *Kohlrausch/Lange,* § 59 comentario II 2h; *Lackner,* § 17 núm. 2; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 17 núm. 5; *SK (Rudolphi)* § 17 núms. 3 ss., *Welzel,* Lehrbuch pág. 171; *Otto,* Jura 1990,

el conocimiento de la *antijuricidad material*, si bien "como conocimiento del lego" (BGH 10, 35 [41]). Por otro lado, la conciencia de la contrariedad a las costumbres no fundamenta el conocimiento del injusto (BGH GA 1969, pág. 61). No obstante, a menudo es precisamente esa misma conciencia la que hace aparecer al error de prohibición como vencible, puesto que el autor tenía motivos para dudar acerca de la valoración jurídica de su acción. El conocimiento de la antijuricidad material significa que el autor cree estar infringiendo una norma penal, civil o administrativa (BGH 11, 263 [266]) [8].

Ejemplos de casos fronterizos: La esposa que tiene noticia del robo planificado por su marido y que no hace nada para hacerle cambiar de opinión o evitar el hecho de otro modo, desconocerá posiblemente el deber de denuncia (§ 138) o la obligación de impedir el hecho (§ 139 III) aunque no considere correcto su siliencio (BGH 19, 295 [299]). El joven agricultor que mantiene relaciones sexuales con una mujer oligofrénica, pero con inclinaciones especialmente impulsivas de esa naturaleza, posiblemente no sea consciente de la prohibición jurídica del § 179 I núm. 1, II, aún cuando estime por impúdica su acción (BGH JR 1954, pág. 188). Alguien graba en una cinta magnetofónica una conversación telefónica sin conocimiento de la otra parte; considera su actuación como inconveniente pero no conoce la prohibición penal del § 201 I núm.1.

Para el conocimiento del injusto basta con la conciencia de estar atentando contra una *norma jurídica formalmente válida*, pues en este caso el autor sabe de todos modos que infringe el Derecho vigente por muy convencido que esté de la utilidad social de su comportamiento (AG Düsseldorf NJW 1985, pág. 1971: no existe posibilidad de deducción impositiva por una donación indirecta a un partido político). Al igual que quien actúa forzado por motivos de conciencia (BVerfGE 12, 45 [55]), el *autor por convicción* posee en todo caso la conciencia del injusto cuando sabe que la norma que desatiende concuerda formal y materialmente con la Constitución (vid. BVerfGE 32, 98; BGH 2, 194 [208]) [9].

Ejemplos: La transgresión del Reglamento de Policía sobre la prohibición de la consulta popular acerca de una nueva militarización, tuvo lugar con conocimiento del injusto aunque los autores creyeran que el desarrollo de Alemania era funesto y que debían impedirlo mediante una apelación a la voluntad popular (BGH 4, 1 [3]; lo mismo debe admitirse para el padre que siendo testigo de Jehová rehusa llevar a cabo un intercambio imprescindible de sangre con su hijo [OLG Hamm NJW 1968, pág. 212]. Vid. también la BayObLG MDR 1966, pág. 693 relativa a la deserción de la prestación social sustitutoria; LG Berlin y KG JZ 1976, pág. 98 [99] en torno a unos daños materiales cometidos por motivación política). Vid., asimismo, *supra* § 37 II 3).

---

págs. 645 ss. *Rudolphi,* Unrechtsbewußtsein págs. 59 ss. exige acertadamente el conocimiento de que la norma ético-social infringida ha encontrado reconocimiento *jurídico*. Es suficiente con la aceptación de una infracción administrativa (BGH 11, 263 [266]; OLG Düsseldorf NJW 1987, pág. 78); de otra opinión, *LK* (11.ª) *(Schroeder)* § 17 núm. 8. Según *LK* (11.ª) *(Schroeder)* § 17 núm. 7 por lo general es *necesaria* la conciencia de la punibilidad (como en *Feuerbach*). En contra se pronuncia unánimemente la jurisprudencia; vid. BGH 2, 202; 10, 41; 15, 383.

[8] Por el contrario según *AK (Neumann)* § 17 núms. 21 ss., la conciencia del injusto presupone el conocimiento de estar atentando contra una norma provista de una *sanción*, por lo que no debería bastar con el conocimiento de un injusto disciplinario (acertadamente en contra, *Schönke/Schröder/Cramer*, § 17 núm. 5).

[9] Asimismo, *Ebert,* Überzeugungstäter pág. 54; *Jakobs,* Allg. Teil 19/24; *Roxin,* Allg. Teil I § 21 núm. 15; *Lackner,* § 17 núm. 2; *LK* (11.ª) *(Schroeder)* § 17 núm. 20; *Rudolphi,* Unrechtsbewußtsein págs. 188 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 17 núm. 7; *Schmidhäuser,* H. Mayer-Festschrift pág. 334; *Küper,* JZ 1989, pág. 622.

b) En la mayoría de las ocasiones el autor poseerá una conciencia *precisa* sobre la ilicitud de su hecho. Esto rige sin más en relación con los hechos que todo el mundo sabe que están prohibidos (homicidio, hurto, falso testimonio, incendio). No obstante, sobre todo por lo que importa al Derecho penal especial, también basta con que el autor sopese seriamente la antijuricidad de su comportamiento y se conforme con la posibilidad de atentar contra el Derecho (**conocimiento potencial del injusto**) (BGH LM § 59 núm. 6; BGH JR 1952, pág. 285; BGH 4, 1 [4]; detalladamente sobre la cuestión OLG Düsseldorf MDR 1984, pág. 866) [10]. En parte se admite que ante dudas sobre la antijuricidad que no son fáciles de disipar (vid. el caso resuelto por la OLG Bremen NJW 1960, pág. 163), ciertamente cabe excluir el error de prohibición, pero podría admitirse una atenuación punitiva por aplicación analógica del § 17 o, incluso, la impunidad [11]. De acuerdo con la concepción aquí expuesta, existe pleno conocimiento del injusto si, en caso de duda, el autor se conforma con la transgresión del Derecho, pues de lo contrario nos encontramos ante un error de prohibición cuya vencibilidad (acerca del deber de informarse vid. BGH 21, 18 [21]) conduce a la atenuación facultativa del § 17, inciso segundo, y, en otro caso, a la impunidad de acuerdo con el § 17, inciso primero [12].

c) En muchos casos el autor poseerá claramente una conciencia *actual* del injusto. Este es sobre todo el caso de delitos planificados con mucha antelación y que se llevan a cabo de acuerdo con el proyecto trazado. Sin embargo, es también suficiente con que **se encuentre latente** en el *estrato personal* (vid. *supra* § 37 III 2) una **imagen del injusto**, aunque ni siquiera se llegue a actualizar en el hecho cometido. Esto es precisamente lo que con frecuencia sucede en los delitos cometidos por arrebato [13].

d) La conciencia de la antijuricidad debe abarcar el contenido de injusto *específico* de la figura de delito en cuestión (BGH 15, 377 [383]; BGH VRS 65, pág. 127), algo que comporta un rechazo de la teoría del Derecho común del "versari in re illicita". Puesto que la conciencia del injusto sólo consiste en el conocimiento de la antijuricidad del hecho precisamente bajo el punto de vista jurídico de la correspondiente disposición penal infringida, dicha conciencia pue-

---

[10] Por el contrario, *Blei*, Allg. Teil pág. 199; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 386; *Warda*, Welzel-Festschrift pág. 524 pretenden aceptar únicamente la conciencia de la antijuricidad sólo ante un conocimiento preciso de la prohibición. Sin embargo, para el caso en el que el autor posea serias dudas acerca de su comportamiento, lo correcto es preguntarse si, como en el dolo eventual, el autor se conformaba con la infracción del Derecho o había confiado en actuar conforme al mismo; de la misma opinión, *Dreher/Tröndle*, § 17 núm. 5; *Paeffgen*, JZ 1978, pág. 745; *LK* (11.ª) *(Schroeder)* § 17 núm. 23; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein págs. 136 ss.; *Kienapfel*, ÖJZ 1976, pág. 116.

[11] Así, *Blei*, Allg. Teil pág. 199; *Armin Kaufmann*, ZStW 70 (1958) pág. 86; *Roxin*, Allg. Teil I § 21 núm. 33; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 17 núm. 19; *SK (Rudolphi)* § 17 núm. 13; *Kunz*, GA 1983, págs. 468 ss.; *Warda*, Welzel-Festschrift págs. 526 ss.; *el mismo*, Lange-Festschrift pág. 146.

[12] En el sentido del texto, *Lackner*, § 17 núm. 4. Por el contrario, *Dimakis*, Der Zweifel pág. 121 opta por un criterio basado en la alta probabilidad de la antijuricidad, considerando la existencia de un error de prohibición cuando se está por debajo de aquélla.

[13] Vid. la distinción entre la conciencia del injusto bajo una "representación lingüística" y bajo una "representación material" en *Schmidhäuser*, H. Mayer-Festschrift pág. 331; *el mismo*, Allg. Teil págs. 424 ss.; *el mismo*, NJW 1975, pág. 1811; asimismo, *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein pág. 166. En el mismo sentido hablan *Platzgummer*, Bewußtseinsform págs. 83 ss. de "co-conciencia"; *Schewe*, Bewußtsein págs. 135 ss., 147 ss. de "estar orientado". Vid., igualmente, la doctrina mayoritaria; vid. *Horn*, Verbotsirrtum pág. 43; *LK* (11.ª) *(Schroeder)* § 17 núm. 26; *Jakobs*, Allg. Teil 8/12 (acerca del dolo); *Roxin*, ZStW 78 (1966) pág. 257; *SK (Rudolphi)* § 17 núm. 14; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 17 núm. 9; *Kienapfel*, ÖJZ 1976, pág. 115.

de concurrir parcialmente o estar presente para los supuestos de concurrencia de diversas normas penales en un concurso real ("Tatmehrheit") o ideal ("Tateinheit") de delitos (principio de la **"divisibilidad de la conciencia del injusto")** [14].

Ejemplos: El padrastro que, procedente de Yugoslavia, mantiene relaciones con su hijastra menor de edad, era ciertamente consciente de la antijuricidad del hecho como incesto con un pariente (§ 174 núm.1 en su redacción anterior) y adulterio (§ 172 en su redacción anterior), pero posiblemente actuó bajo un error de prohibición en atención al incesto impropio (§ 173 II 2 en su redacción anterior) pues éste era desconocido en el Derecho yugoslavo (por lo demás, al igual que ahora en Alemania) (BGH 10, 35 [39] con comentario de *Jescheck*, JZ 1957, pág. 551; de una opinión distinta con anterioridad BGH 3, 342). Asimismo, un turista italiano que tiene acceso carnal con su hija menor de dieciocho años podría ser punible de acuerdo con el § 174 I núm. 3, pero impune por el § 173 I a causa de un error de prohibición, debido a que en el art. 564 C.p. italiano sólo se conmina con pena el incesto que causa escándalo público. Quien conoce el injusto del tipo básico posee también la conciencia del especial contenido de injusto del tipo cualificado (BGH 8, 321 [324]; 15, 377 [383]) [15]. No obstante, la conciencia de la injuria (§ 185) no comprende sin más el tipo de injusto del § 90b (BGH StV 1982, pág. 218).

4. En todos los casos en los que la antijuricidad del hecho resulta evidente y el autor es adulto y plenamente culpable, la existencia de la conciencia del injusto no requiere de ninguna prueba adicional. De ahí que sólo se precise realizar en la sentencia la verificación expresa de tal circunstancia cuando el acusado ha *alegado* error de prohibición (vid. § 267 StPO) o cuando se deriven *fundadas dudas* acerca de su conciencia sobre la antijuricidad por ser, por ejemplo, un extranjero, por no pertenecer la norma al núcleo básico del Derecho penal, por ser dudosa su interpretación o porque el autor puede haber creído en la intervención de una causa de justificación (en la incapacidad de culpabilidad se da la correspondiente relación regla general-excepción, vid. *supra* § 40 I 3).

II. El error sobre la norma de prohibición (error de prohibición directo)

1. **El error de prohibición es la equivocación acerca de la antijuricidad del hecho** (en relación con su distinción del error de tipo *supra* § 29 V 1b) [16]. En la sentencia fundamental sobre el tema —antes citada— del BGH se afirma al respecto: "El error sobre la antijuricidad afecta a la existencia de la prohibición de la acción típica. El autor sabe lo que hace pero cree erróneamente que está permitido" (BGH 2, 194 [197]). Pero el error de prohibición no es sólo la aceptación positiva de que el hecho está permitido sino también, al igual que en el error de tipo (vid. *supra* § 29 V 1a), la *ausencia de una representación* acerca de la valoración jurídica del

---

[14] Esta es la opinión generalizada; vid. *Engich*, ZStW 70 (1958) págs. 569 ss.; *Warda*, NJW 1953, pág. 1052; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 38 núm. 40; *Roxin*, Allg. Teil § 21 núm. 16; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein pág. 78; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 17 núm. 8; *Welzel*, Lehrbuch págs. 171 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 428. También falta la conciencia de la antijuricidad cuando el autor interpreta su comportamiento como antijurídico sobre la base de una norma que realmente no existe (*error de prohibición inverso o doble*); vid. *SK (Rudolphi)* § 17 núm. 10.

[15] Asimismo, *Schmidhäuser*, NJW 1975, págs. 1812 ss.; de otra opinión, *Roxin*, Allg. Teil I § 21 núm. 17; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 38 núm. 41 con referencias adicionales.

[16] Vid. *Busch*, Mezger-Festschrift pág. 168; *Herzberg*, GA 1993, pág. 449 y JZ 1993, pág. 1017; *Otto*, Jura 1990, págs. 645 ss.

hecho [17]. Al objeto de incluir también este caso frecuente, el § 17, inciso primero, reza expresamente: "Si en la comisión del hecho *falta* en el autor la *comprensión* de comportarse ilícitamente, entonces actúa sin culpabilidad..." (vid. BT-Drucksache V/4095 pág. 9).

a) Hay que distinguir **dos supuestos básicos del error de prohibición**. De un lado, puede ser que el autor no perciba como tal la norma de prohibición que se refiere al hecho y que por ello crea que su acción está permitida **(error de prohibición directo)**. Este error puede obedecer a que al autor no le sea conocida la norma de prohibición o a que, aún conociéndola, la ha interpretado equivocadamente y por ello cree que no resulta aplicable (BGH VRS 65, 127; OLG Düsseldorf NJW 1986, pág. 2001). También constituye error de prohibición directo aquel que recae sobre los elementos de la valoración global del hecho, en la medida en que lo que se cuestiona es el juicio de valor y no el contenido fáctico que le sirve de base (por ejemplo, la "reprochabilidad" de la relación medio a fin en el § 240 II) (vid. *supra* § 25 II 2). De otro lado, existe la posibilidad de que el autor que actúa bajo el pleno conocimiento de la prohibición como tal, crea erróneamente que en el caso concreto tiene lugar la intervención de una norma contraria de naturaleza justificante por haber desconocido los límites jurídicos de una causa de justificación reconocida, o acepte en su beneficio una causa de justificación que no está acogida por el Ordenamiento jurídico **(error de prohibición indirecto)** [18] (acerca de este último vid. *infra* § 41 III 1).

b) El error de prohibición puede ser vencible o invencible [19]. El **error de prohibición invencible** no puede conducir a un reproche del autor, pues quien no está en la situación de comprender el injusto del hecho no manifiesta una actitud jurídica interna reprobable cuando atenta contra el Derecho. Esta clase de error excluye, pues, la culpabilidad. Por el contrario, en el de carácter *vencible* surge la pregunta de en qué grado y sobre qué fundamento puede ser expresado el reproche de culpabilidad. Al respecto debe decirse básicamente lo siguiente: como en un Estado de Derecho de carácter liberal el ciudadano debe dejarse llevar por una conducta adecuada a la norma, el Ordenamiento jurídico demanda de él que se esfuerce en todo momento para permanecer en armonía con las exigencias del Derecho (BGH 2, 194 [201]). De ahí que también pueda expresarse un reproche de culpabilidad cuando, en relación con la adecuación a Derecho de su comportamiento, el autor actuaba "de buena fe" pero habiendo omitido los esfuerzos que le son exigibles en el conocimiento del Derecho.

---

[17] Vid. al respecto BayObLG JR 1963, pág. 229; *Armin Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift págs. 319 ss.; *Arthur Kaufmann*, ZStW 76 (1964) pág. 557; *Roxin*, ZStW 76 (1964) pág. 607; *Stree*, en: *Roxin* y otros, Einführung pág. 50; *Welzel*, ZStW 76 (1964) pág. 620.

[18] Coincidiendo en este punto *LK* (11.ª) (*Schroeder*) § 17 núm. 9; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 17 núm. 10; *Kienapfel*, ÖJZ 1976, pág. 115; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 439; *Nowakowski*, JBl 1972, pág. 30; *Wessels*, Allg. Teil núms. 468, 486; *AK (Neumann)* § 17 núms. 27 ss. En el mismo sentido *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 38 núms. 14 ss. distinguen entre error de prohibición "abstracto" y "concreto"; asimismo, *Lackner*, § 17 núm. 6.

[19] *Jakobs*, Allg. Teil 19/7, 19/11 distingue aquí entre "error fundamental", que puede ser invencible en supuestos de déficits de socialización (AG Grevenbroich MDR 1983, pág. 597), y el "error en la esfera disponible". Para la delimitación del error de prohibición vencible pretenden *Roxin*, Henkel-Festschrift págs. 187 ss.; *el mismo*, Allg. Teil I § 21 núm. 42 y *Rudolphi*, Das virtuelle Unrechtsbewußtsein, pág. 28 acogerse a las exigencias de la prevención general. Sin embargo, con ello se extiende incorrectamente el criterio del merecimiento de pena a una cuestión completamente independiente como es el error de prohibición; en contra, también *Rudolphi*, JR 1989, pág. 390.

2. Por ello, también puede estar justificada la emisión de un pleno reproche de culpabilidad en los casos de **error de prohibición vencible** de acuerdo con el § 17, inciso segundo. El error de prohibición no afecta, pues, al dolo del hecho [20].

a) Tanto porque existe una diferencia valorativa entre quien conscientemente actúa contra el Derecho y quien lo hace de modo inconsciente [21], aunque en este último caso la acción transgresora ocurra a través de un error de prohibición vencible, como porque la vencibilidad de éste no sólo es apreciable en los casos de una infracción jurídica manifiesta, debe poder ser aceptada una atenuación de la pena en el segundo supuesto (de acuerdo con el § 49 I [22]). La atención, sin embargo, es meramente facultativa pues existen casos en los que el error de prohibición vencible es equiparable en cuanto a su contenido de culpabilidad al pleno conocimiento de la prohibición (ceguera jurídica, indiferencia consciente frente al Derecho) (vid. *infra* § 41 II 2c).

b) Mientras que el tratamiento del error de prohibición vencible a través del § 17, inciso segundo, queda claro en el sentido de que entra en juego la pena del delito doloso con la posibilidad de una atenuación facultativa de ésta, en cambio, resultan discutidos los **criterios para el enjuiciamiento de la vencibilidad del error de prohibición** [23]. El criterio para medir ésta únicamente puede ser el mismo que el que se aplica en el examen conforme a deber del autor en el hecho imprudente (vid. *infra* § 55 I 2) [24]. Hay que partir de la consideración de que el conocimiento de las circunstancias del hecho que son indiciarias del injusto deberían ser un motivo para que el autor examine la relación que existe entre el hecho y el Ordenamiento jurídico [25].

---

[20] Acerca de la equiparación en Tomás de Aquino del error de prohibición vencible y la plena conciencia de la antijuricidad ("[ignorantia] semper excusat, nisi ipsa ignorantia sit peccatum") vid. *Hruschka*, Welzel-Festschrift págs. 115 ss. Demostrando que el fundamento de tal equiparación no radica en la denominada ética de la responsabilidad (en contraste con una ética de la actitud interna), *Schmidhäuser*, Gallas-Festschrift pág. 87. Al respecto vid. también *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 124 ss.; *Ziegert*, Vorsatz pág. 168, quien acepta una combinación "de un elemento del injusto doloso y de la culpabilidad imprudente". De forma similar también *Küpper*, Grenzen pág. 178.

[21] Vid. el comentario del fundador de la teoría del dolo (*Binding*, Die Schuld pág. 18): "en ningún caso es imaginable la existencia de un contraste más profundo como aquel que existe entre la culpabilidad jurídica y ética que se rebela frente al Derecho y la ley moral, y aquella que supone un menoscabo inconsciente de uno y otra".

[22] *Jakobs*, Allg. Teil 19/50 pretende aplicar incluso más ampliamente el § 49 II.

[23] Detenidamente sobre la cuestión *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein págs. 217 ss.; *SK, (Rudolphi)* § 17 núms. 24 ss.; *Krümpelmann*, ZStW Beiheft Budapest 1978 págs. 33 ss. *Horn*, Verbotsirrtum págs. 99 ss. sólo acepta el punto de apoyo consistente en esforzarse en conocer el injusto cuando, como mínimo, el autor *cree posible* estar actuando ilícitamente. Sin embargo, la vencibilidad del error de prohibición no puede entenderse desde una perspectiva puramente psicológica, sino que lo importante es más bien si al autor se le puede realizar un reproche por causa de su desconocimiento; vid. *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 588; *el mismo*, ZStW 85 (1973) 483 ss.

[24] Por el contrario, de acuerdo con las BGH 4, 236 (243); 21, 18 (20); BGH VRS 14, pág. 31; BayObLG NJW 1965, pág. 163 (164) debe regir un criterio más riguroso. Muestran acertadamente sus dudas *Dreher/Tröndle*, § 17 núm. 8; *LK* (11.ª) *(Schroeder)* § 17 núm. 27; *Lackner*, § 17 núm. 7; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 17 núm. 12; *SK (Rudolphi)* § 17 núm. 30 a; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 592 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 38 núm. 35.

[25] Vid. *Engisch*, ZStW 70 (1958) págs. 575 ss. *Naka*, JZ 1961, pág. 210 habla en este contexto de la "función de llamada" del dolo del tipo. Por el contrario, *Horn*, Verbotsirrtum pág. 105 y *Zaczyk*, JuS 1990, pág. 893 exigen que por lo menos deba existir una duda acerca de la legalidad del hecho como motivo para

No obstante, la fortaleza de los estímulos derivados del dolo típico para el examen de la antijuricidad son distintos dependiendo de la clase de delito (OLG Hamburg JR 1981, pág. 31: aceptación de un "derecho de resistencia" frente a una prohibición de entrada en un domicilio). Sin embargo, cuando el hecho no sólo constituye una infracción jurídica sino también un atentado insoportable contra el orden moral ("ignorantia crassa" [26]), el error es por regla general de naturaleza vencible pues la valoración normativa se origina directamente del sentimiento jurídico y por ello es *reconocible* a través de un *esfuerzo de conciencia* (BGH 2, 194 [201]; vid. *supra* § 37 II 2). Pero incluso cuando la acción no muestra una relación tan estrecha con el orden moral, el *deber de información* [27] se deriva igualmente del dolo típico tan pronto como se trate de hechos para los que, *de acuerdo con la experiencia*, existan *disposiciones jurídicas* (BGH 4, 1 [5]; 21, 18 [21]; BGH NJW 1988, pág. 272 [273]). Esto rige sobre todo cuando se trata del círculo profesional del autor (BGH 3, 105 [108]; 4, 80 [86]; 9, 164 [172]; 18, 192 [197]). No obstante, la vencibilidad sólo es sostenible si la información le hubiera procurado al autor el conocimiento de la (al menos) posible antijuricidad de su comportamiento (BayOb LG NJW 1989, pág. 1744; al respecto en contra de *Zaczyk*, JuS 1990, pág. 895). Un motivo de información puede derivarse de la función social de la propiedad (OLG Düsseldorf NStZ 1981, pág. 444; de acuerdo *J. Meyer*, JuS 1990, pág. 895). Cuando el autor duda acerca de la validez de una norma *que le es conocida* no puede sencillamente escoger la alternativa que más le beneficia (OLG Köln MDR 1954, pág. 374), sino que debe recabar un asesoramiento experto (BGH 5, 111 [119]). Únicamente la información jurídica fidedigna le salvará (BGH 20, 342 [372]) en la medida en que realmente haya tenido lugar un examen exhaustivo de la situación jurídica (KG JR 1977, pág. 379 [380] con comentario aprobatorio de *Rudolphi*, KG JR 1978, pág. 167 [168]; BayObLG JuS 1980, pág. 613: archivo del proceso por decisión de la Fiscalía; BGH NJW 1989, 409 [410]; OLG Hamburg JR 1978, pág. 291: consejo equivocado de un abogado; OLG Düsseldorf VRS 60, 313 [316]: ausencia de jurisprudencia consolidada) [28]. Los criterios que rigen son diversos dependiendo de si nos encontramos ante normas imperativas o prohibitivas: en estas últimas la simple duda conduce ya al reproche culpabilístico, mientras que en las primeras el autor debe

---

cerciorarse de ello. Yendo más allá *Roxin*, Allg. Teil I § 21 núm. 53 considera que tal motivo existe ya cuando el autor sabe de la existencia de una regulación especial o cuando es consciente de que irroga un daño a la víctima o a la colectividad. (al respecto también *Kindhäuser*, GA 1990, pág. 423 quien con acierto se conforma con la posibilidad de la conciencia del perjuicio).

[26] Subraya con acierto que los criterios que rigen para valorar la vencibilidad del error tienen su origen en las viejas ideas de Justicia *H. Mayer*, Grundriß pág. 126; vid. también *el mismo*, Lehrbuch pág. 257. *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 589 pone de relieve la posibilidad de conocimiento del injusto en la infracción de "una norma social básica".

[27] Vid. al respecto *Müller-Dietz*, Grenzen des Schuldgedankens págs. 85 ss.; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein págs. 222 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 17 núm. 9; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 17 núm. 16 así como *Jakobs*, Allg. Teil 19/37, quien distingue entre déficit de "motivación" y de "información". Acerca de la "competencia" para la conciencia del injusto en el sentido de *Jakobs*, Allg. Teil 19/35; *Timpe*, GA 1983, págs. 68 ss. Con acierto exige *Strauss*, NJW 1969, pág. 1419, que el autor tendría que haber recibido una información correcta. Asimismo, *Schönke/Schröder/Cramer*, § 17 núm. 20; *SK (Rudolphi)* § 17 núm. 42; *Wolter*, JuS 1979, págs. 482 ss. (en torno a la OLG Celle NJW 1977, pág. 1644). En contra, BGH 21, 18 (21); BayObLG NJW 1965, pág. 1924 (1926); OLG Köln NJW 1974, pág. 1831.

[28] Restringiéndolo a "situaciones especialmente conflictivas" *Kunz*, GA 1983, pág. 471. Por su parte, *Schick*, Verbotsirrtum bei falschem Rat pág. 133 hace depender el reproche de culpabilidad del grado de evidencia del contenido de injusto de la norma infringida.

conocer positivamente su deber de acción (SchlHOLG SchlHA 1962, pág. 175). En conjunto puede decirse que la jurisprudencia sitúa notables exigencias del lado del autor: para alcanzar un juicio correcto tiene que "emplear todas sus fuerzas de conocimiento intelectual y todos sus valores morales" (BGH 4, 1 [5]).

c) Los mismos principios rigen también para el enjuiciamiento de la vencibilidad del error en **Derecho penal especial** (vid. art. 1 I EGStGB) y en el **Derecho administrativo sancionador** (§ 11 II OWiG) (BGH 9, 358 [362]; 13, 135 [138]; 21, 18 [20 ss.]). En este ámbito la necesidad de negar el dolo [29] por la ausencia de la conciencia de la antijuricidad *no* tiene lugar [30], pues pueden adoptarse decisiones adecuadas sobre la base de la teoría de la culpabilidad. Para la solución de las especiales dificultades que surgen en este ámbito existen tres vías: la *primera* puede dar lugar a la interpretación de que en determinados preceptos el legislador *quiso* restringir la aplicación del tipo doloso a los supuestos del conocimiento positivo de la prohibición [31]. En ocasiones ello se deduce de la propia Ley (y así, el dolo en el § 32 III núm. 1 MarkorganisationsG se refiere a una de las disposiciones contrarias a la acción del autor). En particular, también hay que entender la ausencia de autorización oficial como un elemento del tipo (vid. *supra* § 33 VI 2) (OLG Düsseldorf NStZ 1981, pág. 444) [32]. Asimismo, será admisible la restricción de la pena del delito doloso al conocimiento de la prohibición cuando no sean imaginables hechos imprudentes en el supuesto fáctico comprendido por la disposición, de modo que el tipo imprudente conforme a su sentido pueda quedar reservado *sólo a la imprudencia iuris* [33]. En *segundo lugar*, las disposiciones del Derecho penal especial y del Derecho administrativo sancionador se limitan con frecuencia a la pertenencia a determinados círculos situacionales o profesionales. De estas personas bien puede esperarse que se informen acerca de la situación jurídica. Y, en caso de que no lo hagan, no parece injusto castigarlos por el delito doloso (eventualmente atenuado de acuerdo con el § 49 I) [34].

Ejemplos: Quien se dedicaba profesionalmente al alquiler de viviendas debía estar familiarizado con la Ley de Protección de la Vivienda de 23.6.1960 (BGBl. I pág. 418) (BGH NJW 1957, pág. 129). Quien

---

[29] En este sentido, *Lange*, JZ 1956, págs. 79, 519; 1957, pág. 233; *Lang-Hinrichsen*, GA 1957, pág. 228; *Schlegtendal*, Ordnungswidrigkeiten pág. 152; *Tiedemann*, ZStW 81 (1969) págs. 876 ss.; *el mismo*, Wirtschaftsstrafrecht Allg. Teil págs. 212 ss. con referencias adicionales, nota a pie núm. 22; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 423. En contra subraya con razón *Kühl*, Allg. Teil § 13 núm. 51 que el error de prohibición casi nunca sucede en Derecho penal especial y en Derecho administrativo sancionador.

[30] Vid. *Welzel*, JZ 1956, pág. 238; *Göhler*, § 11 OWiG núm. 21; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 1 núm. 37; *Krescher*, Tatbestands-und Verbotsirrtum pág. 175; *J. Meyer*, JuS 1983, pág. 513; *KK OWiG (Rengier)* § 11 núms. 6 ss. Con un criterio diferenciador *Jakobs*, Allg. Teil 19/19.

[31] Vid. *Welzel*, Lehrbuch, págs. 174 ss. Acerca de la libre discrecionalidad del legislador *Sax*, ZStW 69 (1957) pág. 427; *el mismo*, JZ 1957, pág. 6. Apuntando también la vía de la concreta interpretación del tipo *Tiedemann*, ZStW 81 (1969) pág. 879. Acerca del error de prohibición en las infracciones administrativas *Donini*, Il delitto contravvenzionale págs. 45 ss.

[32] Señalando atinadamente la ausencia de autorización oficial como un elemento del tipo para este caso *J. Meyer*, JuS 1983, págs. 514 ss.

[33] Vid. los ejemplos expuestos por *Lange*, JZ 1956, pág. 74.

[34] De otra opinión *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen pág. 330 quien, de modo similar a *Horn*, Verbotsirrtum pág. 106, exige aquí la "duda efectiva" del autor en torno a la legalidad de su acción y su pertenencia a determinados círculos situacionales o profesionales. La OLG Düsseldorf NStZ 1981, pág. 444 deduce ya de la función social de la propiedad el deber de información ante un supuesto de tala de árboles pertenecientes a una finca privada situada en zona urbana.

coloca lápidas en los cementerios debe informarse si con ello desarrolla la profesión independiente de artesano picapedrero (OLG Karlsruhe Gewerbearchiv 1973, pág. 302).

Finalmente, a través de la teoría de la **doble posición del dolo** (vid. *supra* § 24 III 5 y § 39 IV 4) se evitan condenas excesivamente rigurosas por un hecho doloso, en aquellos casos donde a pesar de que el autor cumple con el tipo doloso, sin embargo, ha infringido el deber de información acerca de disposiciones penales puramente formales o técnicas [35]. En tales supuestos no es suficiente con la falta del deber de cuidado para fundamentar el reproche por la formación *culpable* del dolo de la acción; antes bien, concurre tan sólo una culpabilidad imprudente.

d) También los problemáticos **casos fronterizos del error de tipo y de prohibición** se solucionan satisfactoriamente de acuerdo con los principios relativos a la distinción entre ambos grupos de casos (vid. *supra* § 29 V 1b) [36].

Ejemplos: En la extorsión (§ 253) la antijuricidad de la ventaja patrimonial es un elemento del tipo y, por tanto, el error sobre el mismo constituye un error de tipo (BGH 4, 105 [107]). En la deslealtad profesional del abogado (§ 356) éste debe haber actuado "contrariamente a deber" para ambas partes en el mismo asunto jurídico. El elemento relativo a la infracción del deber significa que aquél intervino con ambas partes a pesar de la existencia de intereses contrapuestos. Si desconoció tal oposición incurrió en un error de tipo mientras que si, por el contrario, creyó poder asesorar a ambas partes a pesar de la presencia de intereses antagónicos, entonces hay que aceptar un error de prohibición (BGH 15, 332 [338]). Si en las coacciones el autor se equivoca acerca de la "reprochabilidad" de la relación medio a fin (§ 240 II) existe error de prohibición; estaríamos ante un error de tipo, en cambio, cuando aquél desconociera las circunstancias que sirven de base para el juicio de reprochabilidad [37]. Quien en el alejamiento ilícito del lugar del accidente (§ 142) no tiene conocimiento de haber estado implicado en el siniestro actúa bajo un error de tipo; por el contrario, si se equivoca acerca de su deber de espera y tolerancia de las correspondientes formalidades padece un error de prohibición (BGH 15, 1 [5]). El acompañante del conductor que confía en la declaración de éste acerca del rechazo por parte del herido a ser reconocido sufre un error de tipo (incorrectamente, en cambio, OLG Stuttgart JZ 1959, pág. 579). Quien cree haber hecho todo lo necesario mediante una declaración en la que reconoce su culpabilidad actúa bajo un error de prohibición (OLG Stuttgart NJW 1978, pág. 900). La equivocación acerca del carácter de vía pública de un camino en el sentido del § 1 StVG supone un error de tipo (de otra opinión BayObLGSt 1955, pág. 256). Quien sobre la base de un poder general otorgado por otra persona cree estar autorizado para poder votar en su nombre actúa en el sentido del § 107a) padeciendo un error de prohibición (OLG Hamm NJW 1957, pág. 638). La posición de garante pertenece al tipo del delito de omisión impropia de modo que, por ejemplo, es suficiente para el dolo típico con que el conductor de un taxi sepa que ha conducido a la víctima al lugar de la violación; de ahí que el error acerca de su deber jurídico a la prestación de auxilio que de ello se deriva constituye error de prohibición (BGH 16, 155 [157 ss.]).

c) Si el autor pudo evitar el error de prohibición, está fundamentado un reproche de culpabilidad del hecho cometido, a pesar de lo cual el § 17, inciso segundo, prevé una **atenuación facultativa de la pena** conforme al § 49 I. De ahí que el juez tenga que tomar una decisión acerca de la rebaja del marco punitivo. A la vista de la considerable diferencia existente en cuan-

---

[35] Vid. *Jescheck*, ZStW 98 (1986) págs. 12 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 120 antes del § 13.

[36] Vid. *supra* § 41 I nota a pie núm. 4; además, *Blei*, Allg. Teil págs. 200 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 17 núm. 11; *Schlüchter*, JuS 1985, págs. 373 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 17 núm. 12. Acerca del Derecho administrativo sancionador *Göhler*, § 11 OWiG núms. 30 ss. y *KK OWiG (Rengier)* § 11 núms. 109 ss., ambos con referencias jurisprudenciales adicionales.

[37] Vid. *Schaffstein*, Göttinger Festschrift págs. 195 ss.

to al contenido de culpabilidad entre la comisión del hecho con la plena conciencia del injusto y la que se lleva a cabo bajo el error de prohibición vencible, debería *por regla general* ser utilizada la posibilidad de atenuación [38]. Por el contrario, la minoración punitiva es rechazable cuando el error obedece a ceguera jurídica, indiferencia consciente o negligencia (E 1962, Fundamentación pág. 135; BT-Drucksache V/4095 pág. 10) [39]. En este caso tampoco está excluida la pena superior prevista por el tipo doloso puesto que la ausencia de la conciencia del injusto puede ser compensada por el menosprecio al Ordenamiento jurídico materializado en el hecho. Si el juez no hace uso del marco punitivo estipulado por el § 49 I deberá motivar expresamente en la sentencia las razones por las que conscientemente no ha optado por tal posibilidad paliativa (OLG Hamm VRS 10, 358).

III. El error sobre las causas de justificación (error de prohibición indirecto)

1. El **error de prohibición consiste también en la aceptación equivocada de una causa de justificación** cuando el autor yerra acerca de la existencia o límites de la norma permisiva **(error acerca de la permisividad)** (BGH 2, 194 [197]; 22, 223 [225]; BGH JZ 1978, pág. 762). Aquí el autor no desconoce el predicado desvalorativo otorgado al tipo sino que sólo se equivoca acerca de la intervención de una proposición permisiva. No obstante, en este caso también subsiste el dolo puesto que el error sólo se refiere a la prohibición misma del hecho. A este supuesto lo denominamos *error de prohibición indirecto* por el hecho de que el sujeto no cree que el hecho está permitido sin más, sino porque desconoce la antijuricidad en el caso concreto mediante un rodeo practicado a través de la aceptación errónea de una proposición permisiva (vid. *supra* § 41 II 1a). Hay que distinguir **dos casos de error de prohibición indirecto**: en el primero el autor yerra sobre la concurrencia de una causa de justificación que no está reconocida por el Ordenamiento jurídico (error de existencia), mientras que en el segundo lo hace acerca de los límites jurídicos de una causa de justificación reconocida como tal (error sobre los límites). El tercer supuesto, en el que el sujeto acepta equivocadamente la presencia de circunstancias que, de existir, justificarían el hecho (error de tipo permisivo), constituye una modalidad *sui generis* del error (vid. *infra* § 41 IV 1).

Ejemplos: El médico cree poder operar sin el consentimiento del paciente en virtud del ejercicio profesional de la medicina (error de existencia). El mismo médico que estima suficiente el consentimiento poco claro suministrado por su paciente (error sobre los límites) (BGH 12, 379 [382]). Y, finalmente, la hipótesis en la que el error tiene por objeto la existencia del consentimiento (error de tipo permisivo). Vid. también en torno al error sobre el consentimiento presunto OLG Stuttgart, Die Justiz 1983, pág. 265.

2. Los *dos primeros casos* son considerados generalmente como error de prohibición (error acerca de la permisividad) y, asimismo, tratados como el error de prohibición directo [40]. Al igual

---

[38] Así, *Dreher/Tröndle*, § 17 núm. 12; *LK* (11.ª) (*Schroeder*) § 17 núm. 48; *Jakobs*, Allg. Teil 19/48; *Roxin*, Allg. Teil I § 21 núm. 67; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 17 núm. 24; *SK (Rudolphi)* § 17 núm. 48. *Langer*, Dünnebier-Festschrift pág. 443 ve incluso en la inaplicación de la correspondiente norma atenuadora un atentado contra el art. 103 II GG. También favorable a la aplicación "por regla general" del marco punitivo aminorado AE § 20, inciso segundo.

[39] Vid. *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 38 núm. 4; *Jakobs*, Allg. Teil 19/49; *Roxin*, ZStW 76 (1964) pág. 605; *Warda*, ZStW 71 (1959) pág. 262.

[40] Vid. *Dreher*, Heinitz-Festschrift pág. 212; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 14 A núm. 77; *Roxin*, Allg. Teil I § 21 núm. 21; *Lackner*, § 17 núm. 15; *LK* (11.ª) (*Schroeder*) § 17 núm. 9; *Engisch*, ZStW 70

que allí, la posición del autor frente a la norma contradice las exigencias del Ordenamiento jurídico; su contenido de culpabilidad es como mínimo equivalente al del error de prohibición directo, pues aquí el autor sabe incluso que su actuación está por lo general prohibida. La cuestión de su vencibilidad se resuelve de acuerdo con los criterios ya proporcionados en el error de prohibición directo (vid. *supra* § 41 II 2b).

Ejemplos: El funcionario público que estima adecuada al Derecho consuetudinario la aceptación de un valioso regalo de Navidad procedente de una parte interesada, actúa bajo un error de prohibición acerca de una causa de justificación no reconocida por el Derecho y punible de acuerdo con los §§ 331, 17, inciso segundo (incorrectamente, en cambio, OLG Neustadt NJW 1963, pág. 1633). Quien violentamente sustrae a su deudor moroso el dinero que le debe, sufre un error de prohibición acerca de los límites del derecho a la autotutela (BGH 17, 87 [89 ss.]), a no ser que crea tener derecho precisamente a *ese* dinero (error de tipo acerca de la "antijuricidad" de la apropiación). El soldado que a pesar de reconocer el fin delictivo de una orden la cree vinculante ("una orden es una orden"), padece un error de prohibición acerca de una causa de justificación no reconocida (BGH 22, 223 [225]). En el "Caso del Rey de los Gatos" el autor se equivocó acerca de los límites del estado de necesidad justificante (§ 34) (BGH 35, 347 [350]). Un error acerca de tales límites existe también cuando quien está autorizado para cazar cree también estarlo para disparar sobre perros ajenos que, habiendo cazado furtivamente en su coto de caza, se encontraban en una finca cercada ajena (BayObLG NJW 1992, pág. 2306). (Vid. también los casos resueltos por las BGH 3, 271 [274]; 357 [365]; BGH *Dallinger* MDR 1975, págs. 723 ss.; OLG Hamburg JR 1978, pág. 291).

IV. El error de tipo permisivo

1. Es objeto de discusión el tratamiento del *error sobre las circunstancias que, caso de haber concurrido realmente,* supondrían la presencia de *una causa de justificación* **(error de tipo permisivo)**. Se trata, no obstante, de un error *sui generis* que está a caballo entre el error de tipo y el error de prohibición indirecto [41]. La similitud con el error de tipo reside en su *estructura*: el error de tipo permisivo también se refiere a los elementos (descriptivos y normativos [42]) de una proposición jurídica. La semejanza con el error de prohibición indirecto reside en sus *repercusiones*: el conocimiento del tipo permanece intacto y, por tanto, la función de llamada de éste surte plenos efectos; sencillamente, el error provoca en el autor la creencia de que la norma de prohibición cede excepcionalmente ante la proposición permisiva. La cuestión no ha sido regulada a través de la reforma de 1975 a pesar de que tanto el § 20 E 1962 (error *sui generis*) como el AE en su § 19 II (error de tipo) contenían propuestas al respecto; asimismo, el § 8 del österr. StGB, elaborado de forma simultánea a tales proyectos, contiene una regulación de esta clase de error (adoptando el criterio del § 20 E 1962) [43]. Para la solución del problema se defienden esencialmente cuatro concepciones distintas:

(1958) págs. 599 ss.; *Arthur Kaufmann*, ZStW 76 (1964) pág. 563; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 17 núm. 10; *Schaffstein*, Göttinger-Festschrift pág. 182; *Wessels*, Allg. Teil núm. 487.

[41] Así, *Dreher*, Heinitz-Festschrift pág. 212; *Dreher/Tröndle*, § 16 núm. 27; *Herdegen*, BGH-Festschrift pág. 208; *Lackner*, § 17 núm. 10; *Krümpelmann*, GA 1968, págs. 129 ss.; *Preisendanz*, § 16 comentario 3e; *Wessels*, Allg. Teil núm. 471. También hay que aceptar la existencia de un error de tipo permisivo en caso de duda acerca de la situación justificante, esto es, allí donde el autor confía en la concurrencia de aquélla; así, con acierto, *Schroth*, Arthur Kaufmann-Festschrift pág. 608.

[42] Al respecto *Schlüchter*, Irrtum págs. 175, 179.

[43] El legislador quiso abandonar a la jurisprudencia y a la doctrina científica la cuestión de si "se trata de un error de tipo, de prohibición o de un error *sui generis*" (BT-Drucksache V/4095 pág. 9; Protokolle V

a) La **teoría de los elementos negativos del tipo** (vid. *supra* § 25 III) trata las causas de justificación como elementos integrantes de aquél, de modo que sus presupuestos son considerados componentes negativos del mismo y aplican por ello al error de tipo permisivo el § 16; de esta forma, sólo puede ser castigado el error vencible como modalidad típica imprudente si es que ésta se encuentra prevista expresamente por la Ley (§ 16 I 2) [44]. *En contra de esta teoría* cabe oponer, además de las consideraciones sistemáticas reproducidas *supra* § 25 III 2a, las siguientes razones derivadas de la problemática del error: si los elementos pertenecientes a la justificación fueran elementos negativos del tipo, entonces el dolo también debería ir referido a su ausencia [45]. Sin embargo, el autor no piensa en ello por regla general ni siquiera en el sentido de una difusa "co-conciencia" [46]. Y mucho menos puede afirmarse que a través de la conciencia de actuar justificadamente quedaría ya eliminado el desvalor de acción del hecho doloso [47], pues éste no decae sólo porque el autor crea estar actuando conforme a Derecho sino únicamente cuando coinciden la conciencia de proceder de tal modo y la situación objetiva justificante [48]. De ahí que el hecho cometido bajo la aceptación errónea de una causa de justificación mantenga el carácter *doloso* de aquél [49]. La especialidad de este caso reside precisamente en que el autor ha percibido la "llamada" derivada del cumplimiento del tipo.

b) La **teoría estricta de la culpabilidad** trata el error acerca de las circunstancias de hecho de una causa de justificación reconocida, de acuerdo con las reglas generales del error de prohibición. Si el autor pudo evitar el error deberá ser castigado de conformidad con el correspondiente tipo *doloso* (con la posibilidad de atenuación) [50]. Sin embargo, esta solución conduce a resultados incompatibles con el sentimiento de justicia [51].

---

págs. 1739 ss., 1781). Críticos al respecto *Roxin*, Allg. Teil I § 14 núm. 52; *Dreher*, Heinitz-Festschrift pág. 227; *Jescheck*, Lange-Festschrift pág. 372; *LK* (9.ª) *(Schroeder)* § 59 núm. 62.

[44] Así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 415 ss.; *Hruschka*, Strafrecht pág. 210; *Arthur Kaufmann*, JZ 1954, pág. 653; *el mismo*, JZ 1956, pág. 353; *el mismo*, ZStW 76 (1964) págs. 564 ss.; *Lang-Hinrichsen*, JZ 1953, pág. 362; *Kohlrausch/Lange*, § 59 comentario V 1; *Roxin*, ZStW 76 (1964) pág. 599 (de otra opinión actualmente *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núm. 19); en cuanto al resultado también *Kindhäuser*, Gefährdung pág. 111. Algunos defensores de la teoría de la culpabilidad también se han adherido a esta solución: así, *Busch*, Mezger-Festschrift págs. 18 ss.; *Schaffstein*, MDR 1951, pág. 199; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 10; *v. Weber*, JZ 1951, pág. 260; *el mismo*, Mezger-Festschrift pág. 183. Parcialmente también la jurisprudencia: RG 6, 405 (408); 21, 189 (191); 54, 196 (199); 72, 300 (302); BGH 3, 105 (106 ss.); 17, 87 (91); BGH *Dallinger* MDR 1975, pág. 365.

[45] Atinadamente en este sentido *Armin Kaufmann*, JZ 1955, pág. 38.

[46] De otra opinión *Arthur Kaufmann*, JZ 1956, pág. 357; *Roxin*, MSchrKrim 1961, pág. 213.

[47] Así, *Schaffstein*, MDR 1951, pág. 199; *v. Weber*, JZ 1951, pág. 262; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 504. En el sentido del texto *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 8 antes del § 32.

[48] Vid. *Hirsch*, Negative Tatbestandsmerkmale pág. 246 nota a pie núm. 75.

[49] Acerca del significado práctico de la permanencia del dolo vid. el caso resuelto por la OLG Köln NJW 1962, pág. 686 (inducción al quebrantamiento del secreto profesional frente a un médico que erróneamente cree haber sido facultado para ello a través del consentimiento de su paciente); a pesar del merecimiento de pena del hecho, el inductor fue absuelto por la falta de dolo del autor principal. Pretendiendo mantener aquí el dolo del hecho *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 13; en este supuesto concurre realmente la contradicción criticada por *Schmidhäuser*, NJW 1975, pág. 1809.

[50] Así, *Bockelmann*, Allg. Teil, 3.ª ed. pág. 129 (de otra opinión *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 126 ss.); *Fukuda*, JZ 1958, pág. 143; *Heitzer*, NJW 1953, pág. 210; *Hirsch*, Negative Tatbestandsmerkmale págs. 314 ss.; *el mismo*, ZStW 94 (1982) págs. 257 ss.; *LK* (11.ª)*(Schroeder)* § 16 núm. 52; *Armin Kaufmann* JZ 1955, pág. 37; *Niese*, DRiZ 1953, pág. 20; *Welzel*, ZStW 67 (1955) págs. 208 ss.; *el mismo*, Lehrbuch págs. 164 ss.

[51] Vid. *Börker*, JR 1960, pág. 168; *Engisch*, ZStW 70 (1958) págs. 585 ss.; *Kohlrausch/Lange*, § 59 comentario V 1; *Dreher/Tröndle*, § 16 núm. 24.

Ejemplos: El soldado que dispara sobre un compañero al confundirlo imprudentemente con un enemigo, sería castigado por homicidio (§ 212). El viandante que golpea en un ojo al ladrón a pesar de que habría podido darse cuenta de que un funcionario de policía le prestaba ayuda, tendría que ser castigado por una lesión corporal grave (§ 224).

c) La doctrina dominante [52] y la jurisprudencia (BGH 3, 105 [106]; 194 [196]; 357 [359]; BGH GA 1969, pág. 117 [118]; BGH *Holtz* MDR 1979, pág. 985; BGH NStZ 1983, pág. 500; BayObLG NJW 1955, pág. 1848; OLG Karlsruhe NStZ 1982, pág. 123) siguen una postura intermedia que conduce a un resultado similar al de la teoría de los elementos negativos del tipo, pero que está fundamentada de un modo diverso **(teoría limitada de la culpabilidad)** [53]. En verdad, el error acerca de los presupuestos de una causa de justificación no es considerado como un error de tipo pero, a pesar de ello, le es aplicado el § 16 por al mostrarse como criterio determinante su similitud estructural con el verdadero error de tipo. De este modo queda excluido el injusto del hecho doloso por lo que también decae la posibilidad de la participación punible (§§ 26, 27).

d) Correcta es, por el contrario, la teoría que va ganando terreno al considerar que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación reconocida se somete únicamente al régimen del § 16, de modo que, a pesar de que realiza el injusto doloso de acción, el autor sólo es castigado por imprudencia **(teoría de la culpabilidad orientada a las consecuencias jurídicas)** (BGH 31, 264 [286 ss.]) [54]. El motivo del tratamiento privilegiado del error de tipo permisivo frente a los supuestos del error de prohibición indirecto reside, por un lado, en su menor (que no inexistente) desvalor de acción. Tal minoración se deriva de la conciencia del autor que cree estar obrando justificadamente y que aquí se refiere a una causa de justificación reconocida por el Derecho (el autor cree actuar legalmente en el sentido del Derecho positivo existente) [55]. Por otro lado, el contenido de culpabilidad del hecho es diverso al de los delitos dolosos: la motivación que ha conducido a la formación del dolo del hecho no reside en la ausencia de una actitud jurídica interna sino en un análisis poco cuidadoso de la situación. Cuando el autor acepta equivocada-

---

[52] Vid. *Börker*, JR 1960, pág. 168; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 15 núm. 20; *Engisch*, ZStW 70 (1958) págs. 583 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 14 núm. 62; *Kühl*, Allg. Teil § 13 núm. 73; *Krümpelmann*, GA 1968, pág. 129; *Kohlrausch/Lange*, § 59 comentario V 1; *Noll*, ZStW 77 (1965) pág. 8; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 418; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 503; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 16 núm. 18; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 18 antes del § 13; *Schünemann*, Einführung pág. 41.

[53] Según *Grünwald*, Noll-Gedächtnisschrift pág. 189 no debe existir diferencia material alguna entre las diversas variantes de la teoría limitada de la culpabilidad. Sin embargo, la teoría que se expone a continuación (*infra* d) se distingue de las otras por seguir manteniendo al dolo como portador de la voluntad de acción.

[54] *Gallas*, Beiträge págs. 56 ss. nota a pie núm. 89; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 37 núm. 43; *Herdegen*, BGH-Festschrift pág. 208; *Krümpelmann*, GA 1968, págs. 142 ss.; *Lackner*, § 17 núm. 15; *Preisendanz*, § 16 comentario 3e; *Wessels*, Allg. Teil núms. 478 ss.; *Paeffgen*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 405 ss. La objeción basada sobre la ficción de la imprudencia (así, *Hirsch*, Negative Tatbestandsmerkmale pág. 205; *Welzel*, ZStW 67 [1955] pág. 215) no es acertada pues la punibilidad del hecho como delito imprudente debe ser fundamentada autónomamente de acuerdo con el injusto y la culpabilidad *Arthur Kaufmann*, Lackner-Festschrift págs. 193 ss.

[55] *Nowakowski*, JBl 1972, pág. 30 pretende negar aquí el desvalor de acción del dolo. Este mismo punto de vista le conduce a aplicar las reglas de la tentativa de un modo directo, y no sólo por analogía, a los supuestos en los que concurre en la realidad una causa de justificación no percibida por el autor (pág. 28) (vid. *supra* § 31 IV 2).

mente los presupuestos de una causa de justificación reconocida por el Derecho, está ausente la apostasía de los valores de la comunidad jurídica característica de los delitos dolosos. El castigo sobre la base del tipo doloso no resulta justificado porque, como consecuencia del error, el dolo no se muestra como portador del *desvalor de la actitud interna* propio los hechos dolosos [56]. Con todo, existe también una diferencia material respecto al error de tipo: el autor tiene conocimiento del tipo y por este motivo puede destacar por completo la función de llamada del dolo típico, de modo que también sería justificable en sí mismo un criterio más riguroso. Sin embargo, el reproche dirigido al autor sólo se refiere a su falta de atención con las circunstancias del hecho, aspecto éste que se corresponde en cuanto a su contenido de culpabilidad con el reproche de una conducta imprudente. En cualquier caso, podrían oponerse objeciones derivadas de la impunidad de la conducta ante la inexistencia de un tipo imprudente [57], aunque en estos supuestos puede ser suficiente con la indemnización del daño de naturaleza civil (vid. acerca del error sobre los presupuestos del § 127 I StPO *supra* § 35 IV 2 *in fine*). La especialidad de esta teoría reside en que permite que el dolo permanezca como portador del injusto de la acción, de modo que sigue siendo posible la participación punible de las personas que sí conocen la situación fáctica (véase el requisito del dolo en los §§ 26, 27).

El error de tipo permisivo puede referirse, al igual que el error de tipo, a los elementos descriptivos y normativos de la causa de justificación. En este punto no debe tener lugar el renacimiento de la distinción entre error de hecho y error de Derecho [58]. Los *criterios para el enjuiciamiento de la vencibilidad* se derivan, por una parte, de la consideración de que el autor posee por completo el dolo típico y, por esta razón, está especialmente obligado al examen cuidadoso de la situación que él estima justificante. Asimismo, hay que tener en cuenta que el análisis de aquélla puede venir dificultado por la amenaza de un peligro (por ejemplo, en la legítima defensa putativa o en la aceptación errónea en una operación del consentimiento presunto del paciente). En la valoración de la vencibilidad también juega la cuestión de si el error se refiere a circunstancias fácticas o a conceptos jurídicos de la proposición permisiva, pues para la formación autónoma del juicio en el ámbito normativo siempre hay que ser cauteloso. Con estos criterios también pueden resolverse casos fronterizos que han creado dificultades a la jurisprudencia.

Ejemplos: Si el padre interpretó equivocadamente una falta del hijo que fue objeto de corrección, estamos en presencia de un error de tipo permisivo; por el contrario, si por causa de una idea equivocada se ha excedido en el derecho de corrección por la clase y extensión del castigo, entonces existe un error de prohibición indirec-

---

[56] Así, *Dreher*, Heinitz-Festschrift págs. 224 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 16 núm. 27; *Gallas*, Bockelmann-Festschrift pág. 170; *Lackner*, § 17 núm. 15; *Blei*, Allg. Teil pág. 206; *Wessels*, Allg. Teil núm. 484; *Platzgummer*, JBl 1971, pág. 239. Vid. también BGH 3, 105 (107): "el autor que sufre un error acerca de la verdadera situación fáctica se muestra *por sí mismo fiel al Derecho*". Vid., además, BGH 31, 264 (287): exclusión de la "*punibilidad* por un hecho doloso". El reproche acerca del carácter contradictorio de esta fundamentación (así, *Schmidhäuser*, NJW 1975, pág. 1809 nota a pie núm. 13) no está por el contrario justificado pues no es lo mismo el *injusto* doloso que la *culpabilidad* dolosa. Esto también viene a reconocerse por *LK* (11.ª) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 184 antes del § 32. En contra de la teoría que sostiene la ausencia de la culpabilidad dolosa *Roxin*, Allg. Teil I § 14 núm. 71; *Schünemann*, Einführung pág. 41 nota a pie núm. 89; *el mismo*, GA 1985, pág. 350; *Herzberg*, JA 1989, pág. 299; *Arthur Kaufmann*, Lackner-Festschrift págs. 192 ss.

[57] *Dreher*, Heinitz-Festschrift pág. 227 va demasiado lejos al proponer una disposición especial acerca de la imprudencia para estos casos. *Krümpelmann*, ZStW Beiheft Budapest 1978 págs. 49 ss. pretende aplicar el tipo doloso con la atenuación prevista en el § 49. En los supuestos en los que existe un tipo imprudente, *Jakobs*, Allg. Teil 11/58 aplica el doloso pero aplica la pena prevista por aquél ("teoría de la culpabilidad dependiente").

[58] Vid. *Engisch*, ZStW 70 (1958) págs. 585 ss. En este punto la jurisprudencia sigue siendo inconsecuente; vid. BGH 3, 105 (106 ss.); 271 (274); 357 (364); BayObLG NJW 1952, pág. 1848.

to acerca de los límites de aquél (BGH 3, 105 [106, 110]). Si por una equivocación acerca de la intensidad del ataque, la víctima rebasa los límites de la defensa necesaria nos encontramos ante un error de tipo permisivo (BGH 3, 194 [196]); por el contrario, concurrirá un error de prohibición si desconoce las restricciones que la jurisprudencia exige acerca de la adecuación de la acción defensiva (vgr., BGH NJW 1962, pág. 308; BayObLG NJW 1965, pág. 163). El error sobre la legalidad de la detención llevada a cabo por un particular de acuerdo con el § 127 I StPO es también un error de prohibición (RG 72, 300 [302]; BayObLG NJW 1965, pág. 1924 [1926] acerca del error sobre una servidumbre de paso) [59]. El error en torno a la contrariedad a las buenas costumbres de un hecho en las lesiones corporales (§ 226a [60]) se refiere a un "elemento de la valoración global del hecho" (vid. *supra* § 25 II 2); el error relativo al fundamento de la valoración afecta al tipo permisivo, mientras que si recae sobre la valoración misma se trata de un error acerca de los límites de la causa de justificación [61]. Constituyen puros errores acerca de los límites los casos resueltos por las BGH 12, 379 (383); BGH 17, 87 (91) y la BGH *Dallinger* MDR 1975, págs. 723 ss.; el supuesto resuelto por la OLG Hamburg JR 1978, pág. 291 constituye un error de existencia sobre una causa de justificación.

2. En los casos de **estado de necesidad justificante** (§ 32) la jurisprudencia hizo una **excepción** en relación con los principios que resultan aplicables ante un error de tipo permisivo. En el estado de necesidad putativo abandonaba la teoría limitada de la culpabilidad y aplicaba la teoría estricta cuando concurría la infracción del deber de examinar completamente la situación fáctica y jurídica presupuesto por la culpabilidad; de esta forma el autor era castigado por el tipo doloso y no por el imprudente [62]. El motivo para ello residía sobre todo en que la pena por imprudencia no podía abarcar los casos importantes de estados de necesidad putativos, por lo que se originaban lagunas de punibilidad difícilmente soportables (por ejemplo, en los §§ 218, 239, 240).

Ejemplos: El médico que, ante la creencia errónea de la existencia de un riesgo vital en la mujer embarazada, practicaba indebidamente la interrupción de la gestación por haber faltado un examen detenido de las circunstancias concurrentes, era castigado por aborto doloso de acuerdo con el § 218 (RG 62, 137 [138]; BGH NJW 1951, pág. 412; BGH 2, 111 [115]; 3, 7 [11 ss.]).

Sin embargo, la regulación especial del error para el estado de necesidad justificante que, en adhesión a la jurisprudencia expuesta, había previsto el § 39 II E 1962 (vid. su Fundamentación págs. 160 ss.) [63] no ha sido asumida ni por el § 34 StGB ni tampoco por el § 16 OWiG. Por ello, el salto a la teoría estricta de la culpabilidad en los casos de estado de necesidad justificante **no puede seguir siendo admisible** desde la perspectiva del principio de legalidad y, conforme a ello, los principios generales que inspiran el tratamiento del error de tipo permisivo tienen que ser aplicados también a estos casos [64].

---

[59] Al respecto, con ejemplos adicionales *Otto*, K. Meyer-Gedächtnisschrift págs. 591 ss.

[60] El consentimiento en las lesiones corporales y su eventual contrariedad a las buenas costumbres se regula actualmente en el § 228 StGB (N del T).

[61] Vid., asimismo, el caso que se corresponde con el error directo en *Schaffstein*, Göttinger-Festschrift pág. 195; de otra opinión al respecto, no obstante *Engisch*, ZStW 70 (1958) pág. 585.

[62] Mostrando su aprobación con la teoría estricta de la culpabilidad *LK* (11.ª) (*Hirsch*) § 34 núm. 91; *Welzel*, JZ 1955, págs. 142 ss.

[63] Apartándose de este criterio *Arthur Kaufmann* ZStW 76 (1964) pág. 571; *Roxin*, ibídem pág. 587; *Schröder*, Eb. Schmidt-Festschrift pág. 294.

[64] Así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 351; *Dreher/Tröndle*, § 38 núm. 18; *Göhler*, § 16 OWiG núm. 15; *Roxin*, Allg. Teil I § 14 núms. 81 ss.; *Herdegen*, BGH-Festschrift págs. 208 ss.; *Lenckner*, H. Mayer-Festschrift págs. 165 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 34 núm. 50; *SK (Samson)* § 34 núm. 25; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 475. Mostrando sus dudas *Stree*, en *Roxin* y otros, Einführung págs. 44 ss. Favorable, sin embargo, a la continuación de la actual jurisprudencia *Blei*, Allg. Teil págs. 170 ss.; a favor de la aplicación analógica del § 35 II *LK* (11.ª) (*Hirsch*) § 34 núm. 91.

3. A pesar de todo, hay que mantener la **pena del delito doloso por la no realización del examen conforme a deber** en aquellas causas de justificación en las que, en atención a la adecuación de la intervención en una situación material incierta, también es aprobada una consecuencia objetivamente incorrecta desde el punto de vista del riesgo permitido (vid. *supra* § 36 II) [65]. Tales causas son el consentimiento presunto cuando la intervención contradice la voluntad real del afectado (vid. *supra* § 34 VII 3), la utilización de la coacción estatal cuando faltan realmente los presupuestos materiales de la intervención (vid. *supra* § 35 I 3), así como la salvaguardia de intereses legítimos (§ 193) que tan sólo interviene cuando se ha comprobado la imposibilidad de probar la afirmación de hechos lesivos del honor (BGH 11, 273) (vid. *supra* § 36 II 2a). Quien por un examen deficiente acepta erróneamente en estos casos la concurrencia de los presupuestos de la causa de justificación debe ser castigado de acuerdo con el tipo doloso.

Ejemplos: Si sobre la base del consentimiento presunto de los padres el maestro abofetea al alumno, es punible por una lesión corporal dolosa si el castigo contradecía la verdadera voluntad de los padres y no examinó detalladamente la situación objetiva (RG 61, 191 [194]). La persona autorizada para la protección de la caza que realiza un disparo sobre un supuesto ladrón de acuerdo con la Ley sobre la utilización de armas por personas autorizadas para la protección de los bosques y la caza de 26.2.1935 (RGBl. I pág. 313), sólo puede beneficiarse de la justificación si ha examinado detenidamente la concurrencia de los presupuestos en la utilización del arma de fuego (RG 72, 305 [311 ss.]). Quien basándose en informaciones insuficientes realiza afirmaciones lesivas del honor cuya verdad no puede ser probada, será castigado por difamación (§ 186) a pesar de que actuó con buena fe (BGH 14, 48 [51]).

Si en estos casos se infringe el deber de examen de la situación, el autor actúa antijurídicamente. Pero también cabe afirmar la culpabilidad dolosa pues, a la vista del riesgo existente reconocido por el autor, éste sólo se toma suficientemente en serio el bien jurídico afectado cuando ha hecho todo lo posible para evitar el menoscabo no autorizado de éste.

4. Si concurren simultáneamente un *error de tipo permisivo* con un *error sobre los límites de la prohibición* (por ejemplo, el educador acepta erróneamente la concurrencia de los presupuestos del derecho de corrección y, simultáneamente, traspasa de buena fe los límites permitidos de tal derecho) será aplicable el tipo doloso en atención al segundo tipo de error (§ 17, inciso segundo). El error de tipo permisivo no desempeña papel alguno pues, incluso aunque se hubiera verificado la situación objetiva que se daba por cierta, tampoco estaría justificado [66].

V. Derecho extranjero

En el extranjero, el StGB *austríaco* contiene en el § 9 una disposición que se corresponde con el § 17 [67], aunque en el apartado segundo de aquel precepto se añaden los criterios para la determinación de la vencibilidad del error de prohibición [68]. Asimismo, el § 8 regula el error de tipo permisivo de acuerdo con la teoría limitada de la culpabilidad [69]. Tras el austríaco, es el Derecho *suizo* el que más se acerca a la regula-

---

[65] Así, *Lenckner*, H. Mayer-Festschrift págs. 178 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 19 antes del § 32; *LK* (11.ª) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 54 antes del § 32; *Lackner*, § 17 núm. 17. En contra, *Rudolphi*, Schröder-Gedächtnisschrift págs. 73 ss.; *Roxin*, Welzel-Festschrift págs. 458 ss.; *el mismo*, Allg. Teil I § 14 núms. 83 ss.

[66] Vid. *Wessels*, Allg. Teil núm. 490.

[67] Al respecto, *Kienapfel*, ÖJZ 1976, págs. 117 ss.; *Platzgummer*, Strafrechtliche Probleme I págs. 58 ss.; *Triffterer*, Allg. Teil págs. 430 ss.; *Leukauf/Steininger*, § 9 núm. 5.

[68] Vid., más detalladamente *Jescheck*, Lange-Festschrift pág. 373; *el mismo*, ÖJZ 1971, pág. 3.

[69] Vid. *Foregger/Serini*, § 8 StGB comentario I.

ción alemana en el tratamiento de los problemas del error. El art. 19 StGB acoge el error de tipo y el art. 20 StGB el de prohibición (BGE 70 IV 100); además, este último sólo conduce a la posibilidad de que el hecho quede impune si se comprueban "motivos suficientes" para ello (BGE 106 IV 193)[70]. La jurisprudencia trata la conciencia del injusto como un elemento autónomo de la culpabilidad (BGE 70 IV 98), aunque impone rigurosas exigencias para la inculpabilidad derivada del error de prohibición (BGE 74 IV 152; 98 IV 303; 99 IV 186)[71]. El Derecho *español* contiene en el art. 1 II C.p. el principio de culpabilidad y en el art. 6 bis a) III C.p. una regulación del error de prohibición que sólo se corresponde parcialmente con el § 17 alemán[72]. El Código penal *portugués* de 1982 se ha adherido al tratamiento contenido en el § 17 alemán[73]. También en Derecho *neerlandés* se reconoce el error de prohibición invencible como una causa de exclusión de la culpabilidad[74]. Otros ordenamientos mantienen o han mantenido hasta hace poco el principio "error juris nocet" que, en el mejor de los casos, conducía a una atenuación de la pena para el supuesto de desconocimiento de normas jurídicas extrapenales. Y así, la praxis *francesa* se basaba hasta ahora sobre el viejo principio "nul n'est censé ignorer la loi"[75], mientras que sin embargo el art. 122-3 del nuevo Código penal ha cambiado hacia el reconocimiento del error de prohibición como causa de exclusión de la culpabilidad[76]. El Derecho penal *belga* siguió anteriormente la línea marcada hasta hace poco por Francia, aunque la jurisprudencia y la Comisión de Reforma se inclinan por la consideración del error de prohibición invencible como causa de exclusión de la culpabilidad[77]. Anteriormente, en *Italia* el art. 5 C.p. excluía por lo general la relevancia del error de prohibición pero el Tribunal Constitucional en la sentencia de 23.3.1988 núm. 364 ha reconocido al error de prohibición invencible como causa que excluye la culpabilidad[78]. En la

---

[70] Sobre esta cuestión vid. *Schwander*, Das schweiz. StGB págs. 91 ss., 98 ss.; *Trechsel*, art. 20 StGB núm. 6; *Rehberg*, Strafrecht I pág. 167; crítico *Schultz*, Einführung I pág. 232; *Graven*, L'infraction pág. 180. Actualmente, el art. 23 del Anteproyecto (Exposición de Motivos págs. 63 ss.) sigue al § 17 alemán.

[71] Por el contrario *Germann*, Das Verbrechen págs. 186 ss. defiende la teoría del dolo que restringió en SchwZStr 68 (1953) pág. 374 a través de la teoría de la ceguera jurídica. En relación con la cuestión de la vencibilidad, tratando críticamente a la jurisprudencia que desarrolla criterios similares a los de los tribunales alemanes *Noll*, Schweizer Beiträge págs. 215 ss.; *Noll/Trechsel*, Allg. Teil I pág. 140. Casuística en *Trechsel*, art. 20 núm. 18.

[72] Vid. *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 631 ss.; *Mir Puig*, Adiciones Tomo I págs. 640 ss.; *Cobo del Rosal/Vives Antón*, Derecho penal págs. 512 ss.; *Cerezo Mir*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 473 ss.; *Mir Puig*, Der Irrtum págs. 303 ss.; *Jescheck*, Loyola-Gedächtnisschrift págs. 403 ss.; *Strien*, Einflüsse des deutschen Strafrechts págs. 99 ss. [El art. 5 del Código penal de 1995 señala que "no hay pena sin dolo o imprudencia"; asimismo, en relación con el error de prohibición, el art. 15.3 del citado texto punitivo señala que "el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados" (N del T)].

[73] Al respecto, y básicamente en torno al error de prohibición, *Figueiredo Dias*, O problema da consciência da ilicitude, 1987.

[74] Vid. *Pompe*, Handboek pág. 163; *van Bemmelen/van Veen*, Ons strafrecht págs. 220 ss.; *Hazewinkel-Suringa/Remmelink*, Inleiding págs. 358 ss. comenta la nueva tendencia jurisprudencial dirigida al reconocimiento del error de prohibición. Vid., además, *Jescheck*, Criminal Law in Action págs. 9 ss.

[75] Vid. *Bouzat*, Traité Tomo I págs. 270 ss.; *Merle/Vitu*, Traité I núms. 550 ss.; *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal général núm. 380 (con ejemplos relativos al error jurídico extrapenal). Acerca del origen de este principio *Kiefner*, Deutsche Landesreferate 1967 págs. 87 ss.

[76] Al respecto *Desportes/Le Gunehec*, *Présentation* núm. 35; *Pradel*, Le nouveau Code pénal págs. 88 ss.

[77] *Dupont/Verstraeten*, Handboek núms. 493 ss.; *Hennau/Verhaegen*, Droit pénal général núms. 361 ss.; *Tulkens/van den Kerchove*, Introduction págs. 244 ss.; *Commission pour la Révision du Code pénal*, Observations pág. 15.

[78] Acerca de la sentencia del Tribunal Constitucional *Mantovani*, Diritto penale págs. 364 ss.; *Pagliaro*, Principi págs. 398 ss.; *Fiandaca/Musco*, Diritto penale págs. 294 ss. Básicamente sobre toda la cuestión

jurisprudencia *anglo-americana* el desconocimiento de la antijuricidad es considerado la mayoría de las veces como un aspecto irrelevante [79]. En el nuevo Derecho *brasileño* está reconocido el error de prohibición invencible como causa de exclusión de la culpabilidad, mientras que el de naturaleza vencible conduce a una atenuación de la pena del delito doloso (art. 21 C.p.) [80] [81].

§ 42 El tipo de culpabilidad y sus elementos

Bloy, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs-und Strafaufhebungsgründe, 1976; *Engisch,* Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-Festschrift, Tomo I, 1960, pág. 401; *Frank* Über den Aufbau des Schuldbegriffs, Gießener Festschrift, 1907, pág. 3; *Gallas,* Täterschaft und Teilnahme, Materialien, Tomo I, 1954, pág. 121; *Geilen,* Unterlassene Verbrechensanzeige und ernsthafte Abwendungsbemühung, JuS 1965, pág. 426; *Goldschmidt,* Normativer Schuldbegriff, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 428; *Hardwig,* Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, ZStW 68 (1956) pág. 14; *Hegler,* Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915) pág. 184; *el mismo,* Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 251; *Kantorowicz,* Tat und schuld, 1933; *Küper,* Zur irrigen Annahme von Strafmilderungsgründen, GA 1968, pág. 321; *Lampe,* Das personale Unrecht, 1967; *Lange,* Die Schuld des Teilnehmers, JR 1949, pág. 165; *Langer,* Das Sonderverbrechen, 1972; *Maihofer,* Objektive Schuldelemente, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 185; *Martens,* Der Irrtum über Schuldmilderungsgründe, Strafr. Abh. Heft 246, 1928; *Mezger,* Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, NJW 1953, pág. 2; *Noll,* Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955; *Nowakowski,* Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStW 63 (1951) pág. 287; *Schmidhäuser,* Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958; *el mismo,* Der Unrechtstatbestand, Festschrift für Karl Engisch, 1969, pág. 433; *Schweikert,* Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957; *Stratenwerth,* Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale, Festschrift für H. v. Weber, 1963, pág. 171; *Thierfelder,* Objektiv gefaßte Schuldmerkmale, Strafr. Abh. Heft 308, 1932; *Tiedemann,* Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; *Wendt,* Anmerkung zu BGH 1, 203, JZ 1951, pág. 723; *Würtenberger,* Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, 2.ª ed. 1959.

I. Naturaleza y función del tipo de culpabilidad

1. El tipo en sentido amplio comprende a todos aquellos elementos de los que depende el merecimiento de pena de una acción (vid. *supra* § 7 I 1). Incluye tanto elementos del injusto como de la culpabilidad y por ello es equivalente al tipo delictivo (por ejemplo, asesinato, infanticidio [1], puesta en peligro del tráfico viario). **Dentro del concepto de tipo en sentido laxo**

Pulitanò, L'errore di diritto, 1976; desde una perspectiva de Derecho comparado *Jescheck,* Recht in Ost und West págs. 889 ss. También el art. 15 del Proyecto de Código penal prevé la impunidad del error de prohibición invencible.

[79] Vid. *Grünhut,* Das englische Strafrecht pág. 197; *Honig,* Das amerikanische Strafrecht págs. 131 ss; *Glanville Williams,* Criminal Law págs. 288 ss.; *J. Hall,* Principles págs. 407 ss.; *Smith/Hogan,* Criminal Law pág. 83; *Kaplan,* Mistake of Law págs. 1167 ss.; *Kenny/Turner,* Outlines págs. 60 ss.; *Robinson,* Criminal Law Defenses Tomo I p.252. Acerca del Proyecto de un Código Criminal para Inglaterra y Gales (1989) *Jescheck,* R. Schmitt-Festschrift pág. 66.

[80] Al respecto, *Fragoso,* Lições págs. 212 ss.; *da Costa jr.,* Comentários art. 21 comentario núm. 3.

[81] Vid. sobre la historia y Derecho comparado de la cuestión en su conjunto *Jiménez de Asúa,* Tomo VI págs. 357 ss.; acerca del Derecho griego *Mangakis,* Das Unrechtsbewugtsein págs. 17 ss., 79 ss.

[1] El delito de infanticidio (anteriormente regulado en el § 217 StGB) se encuentra actualmente derogado (N del T).

hay que distinguir entre el tipo de injusto y el tipo de culpabilidad (vid. *supra* § 25 I 3)[2]. Al tipo de injusto pertenecen aquellos elementos del tipo delictivo que describen el comportamiento prohibido así como la disposición del autor referida al mismo (dolo o imprudencia) (vid. *supra* § 25 I 2), mientras que por el contrario el tipo de culpabilidad está integrado por aquellos factores que caracterizan más detalladamente a la actitud jurídica interna del autor actualizada en el hecho.

Naturalmente, en lo que respecta al tipo de la culpabilidad hay que hacer dos restricciones: *de un lado*, en aquél sólo pueden contarse elementos que describen *exclusiva* e *inmediatamente* el contenido de culpabilidad del hecho pues, de lo contrario, decaería la distinción entre el injusto y la culpabilidad[3]. Pero con ello no se hace aquí referencia al contenido de la culpabilidad del hecho que consiste en la imputación subjetiva del injusto cometido, sino que sólo se tienen en cuenta elementos adicionales que caracterizan a la culpabilidad de forma *autónoma* y no como un reflejo de los componentes del injusto. *De otro*, el tipo de la culpabilidad sólo abarca aquellos *elementos típicos* de una determinada clase de delito, de modo que la capacidad de culpabilidad y la conciencia de la antijuricidad no entran en consideración por ser elementos *generales* (desvinculados típicamente) de la culpabilidad. Asimismo, en este lugar no se integran las causas de exculpación puesto que éstas, por regla general (constituyen una excepción los §§ 157 y 258 V), tampoco están referidas a una determinada clase de delito (vid. *infra* §§ 44-47)[4].

2. Ya en el StGB de 1871 aparecían elementos del tipo delictivo de la culpabilidad[5], aunque la proclividad por su aplicación, sobre todo como manifestación de los componentes de la actitud interna, fue sólo un dato característico del moderno desarrollo del Derecho penal. Esto está relacionado con el empeño del legislador en orientar más intensamente los criterios jurídicos hacia la *personalidad del autor* (**"individualización del Derecho penal"**) y de diferenciar los tipos delictivos de acuerdo con conceptos valorativos de índole ética (**"moralización del Derecho penal"**)[6]. Presupuesto para ello fue el reconocimiento de un concepto material de culpabi-

---

[2] Acerca del tipo de la culpabilidad *Gallas*, Beiträge págs. 43 ss.; anteriormente ya en este sentido, *Goldschmidt*, Frank-Festgabe Tomo I págs. 461 ss.; *Lange*, JR 1949, pág. 166; *Mezger*, NJW 1953, pág. 2. Vid. también *Stratenwerth*, v. Weber-Festschrift pág. 190. Entretanto esta teoría ha seguido progresando; vid. *Engisch*, DJT-Festschrift Tomo II pág. 413; *Maihofer*, H. Mayer-Festschrift págs. 199 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 452 ss.; *el mismo*, Studienbuch págs. 185 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 17/43; *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 53 antes del § 3; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 44 antes del § 13; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen pág. 229. Son adversarios de tal teoría *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 55 ss.; *Hirsch*, Negative Tatbestandsmerkmale pág. 13 nota a pie núm. 1; *LK* (11.ª) *(Hirsch)* nota preliminar núm. 187 antes del § 32; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil § 24 núm. 2; *Welzel*, Lehrbuch pág. 55. Estos autores o niegan la existencia de elementos especiales de la culpabilidad o su tipicidad para determinadas clases de delito.

[3] Al respecto vid. *Gallas*, Beiträge pág. 44; vid., además, la crítica de *Stratenwerth*, v. Weber-Festschrift págs. 181 ss. a la aplicación extensiva del concepto de actitud interna por *Schmidhäuser*, Gesinungsmerkmale págs. 175 ss., sobre cuya base *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 246 ss., ha variado su teoría.

[4] Por el contrario, *Jakobs*, Allg. Teil 17/44 ss., configura un "tipo global de la culpabilidad" que debe incluir, en primer lugar, el injusto como punto de referencia de la culpabilidad, en segundo lugar, la totalidad de los elementos positivos de la culpabilidad e, incluso, finalmente, los supuestos de inexigibilidad. De modo similar, con un planteamiento integrador *Schmidhäuser*, Engisch-Festschrift pág. 447.

[5] La "premeditación", único elemento subjetivo caracterizador del asesinato hasta 1941, fue entendida correctamente como un elemento de la culpabilidad (*Frank*, § 211, anotación I 2: "ponderación de los motivos que se contrastan") y, sin embargo, considerada como elemento subjetivo del injusto por parte de la jurisprudencia (RG JW 1936, pág. 1128; RG 74, 84 [86]).

[6] La funcionalización del principio de culpabilidad por parte de *Jakobs*, Allg. Teil 17/21, ha dado lugar a un nuevo alejamiento de los conceptos ético-valorativos.

lidad que no sólo divisa a ésta como la suma de las causas de imputación subjetiva, sino como la falta de una actitud jurídica interna que es valorativamente reprochable (vid. *supra* § 38 II 5), viniendo así a convertir a la culpabilidad en una magnitud susceptible de graduación. De ahí que, desde siempre, aunque en los últimos tiempos cada vez más, sean aplicados elementos especiales de la culpabilidad para delimitar el ámbito del merecimiento de pena (elementos de la culpabilidad que fundamentan o excluyen la pena) o para graduarlo (elementos de la culpabilidad que agravan o atenúan la pena). Para los elementos de la culpabilidad rigen reglas especiales sobre el error y la participación (vid. *infra* § 42 III).

Ejemplos: La puesta en peligro de otro en el tráfico viario que, de acuerdo con los §§ 1 II, 49 núm. 1 StVO es infracción administrativa, será punible bajo determinadas circunstancias cualificadoras del injusto si, además, el autor actúa "sin consideración" (§ 315 c I núm. 2) (BGH VRS 23, 292; OLG Köln VRS 59, 123: actitud hacia el tráfico vial "extremadamente" reprochable). Elemento de la actitud interna es, asimismo, la "maliciosidad" en los §§ 90a núm. 1, 130 I núm. 2 y 223b [7]. La joven edad de un interviniente puede ser causa de atenuación de la culpabilidad. Por ello quedan impunes por el yacimiento entre parientes, los descendientes y hermanos si los mismos, al tiempo de la comisión del hecho, no habían cumplido los 18 años (§ 173 III). El asesinato (§ 211) es particularizado como un tipo cualificado frente al homicidio a través de elementos que en parte expresan una culpabilidad intensificada (por ejemplo, móviles abyectos). En el infanticidio (§ 217 [8]) la culpabilidad disminuida se caracteriza por la maternidad no matrimonial y su influjo psíquico sobre el nacimiento.

3. El **sentido del tipo de culpabilidad** es el de integrar aquellos elementos autónomos del tipo delictivo que muestran la posición actualizada del autor en el hecho frente al específico mandato jurídico, bien como algo especialmente reprochable o bien como algo relativamente íntegro.

II. Los elementos del tipo de culpabilidad

Dentro del tipo de la culpabilidad hay que distinguir *tres grupos* de elementos:

1. En primer lugar, hay **elementos de la culpabilidad concebidos objetivamente** [9]. De acuerdo con la doctrina clásica, el legislador ha anudado aquí la existencia de ciertas circunstancias exteriores que son idóneas para ejercer influencia sobre la formación de la voluntad atenuando o excluyendo el reproche culpabilístico, a la *presunción irrefutable* de que, efectivamente, han desarrollado tal influjo [10]. Por el contrario, *Maihofer* no fundamenta los elementos de la culpabilidad sobre una presunción, sino directamente sobre una "típica culpabilidad social y de disposición" para determinadas situaciones [11]. También aquí lo correcto es partir del pensamiento básico del principio de culpabilidad: la posición del autor frente al Derecho se muestra diversa ante

---

[7] El § 223b se corresponde con el actual § 225 (N del T).

[8] El delito de infanticidio (§ 217) se encuentra actualmente derogado (N del T).

[9] Vid. *Frank*, Aufbau des Schuldbegriffs págs. 5 ss.; *Hegler*, Frank-Festgabe Tomo I págs. 252 ss.; *v. Liszt/Schmidt*, págs. 189 ss.; *Mezger*, Lehrbuch pág. 270; *Thierfelder*, Objektiv gefaßte Schuldmerkmale págs. 44 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 123 antes del § 13; *LK* (11.ª) *(Jescheck)* nota preliminar núm. 81 antes del § 13; *Küper*, GA 1968, pág. 326; *Wessels*, Allg. Teil núm. 422. En contra del reconocimiento de elementos de la culpabilidad comprendidos objetivamente *Blei*, Allg. Teil, 17.ª ed. pág. 162; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 56.

[10] Vid. *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 123 antes del § 13; *Nowakowski*, ZStW 63 (1951), pág. 320; *Küper*, GA 1968, pág. 325.

[11] *Maihofer*, H. Mayer-Festschrift pág. 215.

la existencia de una causa de atenuación de la culpabilidad y, ciertamente, digna de un menor reproche que en un caso normal en la medida en que el autor ha conocido la circunstancia que le beneficia (vid. también *infra* § 42 III 1a). Pero el hecho de que la simple *aptitud* de tal circunstancia baste para su eficacia privilegiante, sin que se atienda a su verdadero significado para la formación de la voluntad, es algo que no perjudica al autor puesto que los elementos de la culpabilidad concebidos objetivamente son en su totalidad causas de atenuación o exclusión de aquélla y, por ende, nunca pueden damnificarle sino sólo favorecerle. No obstante, deben haber sido conocidas por el autor pues de lo contrario nunca pueden haber intervenido motivándole.

Ejemplos: El privilegio del infanticidio (§ 217 [12]) tiene en cuenta la situación mental de la madre soltera y las repercusiones psíquicas del nacimiento, incluso aunque estas circunstancias no hubieran influido en el hecho (RG 77, 246) [13]. Por el contrario, la atenuación punitiva del homicidio a petición (§ 216) descansa sobre un menor injusto a causa de la similitud del caso con el consentimiento [14]. Causas de exculpación concebidas objetivamente son también los privilegios a favor de los parientes en la omisión de denuncia de los delitos (§ 139 III) [15] y en el encubrimiento personal (§ 258 VI) [16], que encuentran su fundamento en constituir situaciones similares al estado de necesidad. La juventud del autor o de los demás codelincuentes es tenida en cuenta en el falso testimonio realizado sin estar bajo juramento (§ 157 II) y en el yacimiento entre parientes (§ 173 III) [17].

2. Por el contrario, en los **elementos de la culpabilidad configurados subjetivamente** [18] no basta su idoneidad para beneficiar al autor. La circunstancia correspondiente debe, antes bien,

---

[12] El delito de infanticidio (§ 217) se encuentra actualmente derogado (N del T).

[13] Vid. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Bes. Teil I § 2 núm. 66. Demostrando que el legislador quiso tener en cuenta *ambos* puntos de vista, *Goltdammer*, Materialen Teil II págs. 279 ss.

[14] Vid. *R. Schmitt*, Maurach-Festschrift págs. 117 ss. Por el contrario, *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Bes. Teil I § 2 núm. 62, también destacan aquí, junto con la doctrina dominante, la "situación de conflicto similar al estado de necesidad", lo que conduce a que el autor también disfrute de la causa de atenuación de la culpabilidad en el supuesto de que acepte erróneamente la solicitud.

[15] La cuestión es discutida; en el mismo sentido que aquí, *Geilen*, JuS 1965, pág. 432; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 139 núm. 4; *SK (Rudolphi)* § 139 núm. 6; *LK* (10.ª) *(Hanack)* § 139 núm. 23; *Welzel*, Lehrbuch pág. 518. Por el contrario, *Lackner*, § 139 núm. 3; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Bes. Teil II § 98 núm. 26; *Dreher/Tröndle*, § 139 núm. 6, aceptan en estos casos la existencia de una causa personal de exclusión de la pena.

[16] Asimismo, *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 490. Sin embargo, y pese al reconocimiento de su naturaleza similar al estado de necesidad, en este caso es aceptada por la mayoría de la doctrina la existencia de una causa personal de exclusión de la pena; vid. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Bes. Teil II § 100 núm. 24; *Dreher/Tröndle*, § 258 núm. 16; *Lackner*, § 258 núm. 17; *SK (Samson)* § 258 núm. 50. En el mismo sentido que aquí, sin embargo, *Kantorowicz*, Tat und Schuld pág. 255. *Schönke/Schröder/Stree*, § 258 núm. 39, acepta aquí una causa personal de exclusión de la pena que "sin embargo está enraizada en el ámbito de la culpabilidad".

[17] La cuestión es discutida; en el mismo sentido que aquí, *Frank*, § 173 anotación III; *Hegler*, ZStW 36 (1915) pág. 215; *Bloy*, Strafausschließungsgründe págs. 146 ss. Por el contrario, a favor de una causa personal de exclusión de la pena, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 173 núm. 9; *Dreher/Tröndle*, § 173 núm. 8; *SK (Horn)* § 173 núm. 9; *LK* (10.ª) *(Dippel)* § 173 núm. 18. A favor de un elemento negativo del tipo RG 19, 391 (393); *Kohlrausch/Lange*, § 173 anotación III 3.

[18] Vid. *Thierfelder*, Objektiv gefaßte Schuldmerkmale págs. 80 ss.; *v. Liszt/Schmidt*, págs. 291 ss.; *Martens*, Der Irrtum über Strafmilderungsgründe pág. 23; *Wessels*, Allg. Teil núm. 422; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 123 antes del § 13.

haber influido *realmente* en la formación de la voluntad del autor; y esto puede suceder también en el caso en el que el autor únicamente se ha representado de forma equivocada la situación que sirve de base para la atenuación de la culpabilidad.

Ejemplos: Un elemento de la culpabilidad configurado subjetivamente es la declaración en juicio bajo estado de necesidad (§ 157 I) [19] y la provocación en el homicidio (§ 211). En el asesinato (§ 213), un elemento de la culpabilidad configurado subjetivamente y que determina una *agravación de la pena*, es poseer la intención de posibilitar u ocultar la comisión de otro hecho punible [20].

3. Los **elementos de la actitud interna** son discutidos en su delimitación y dudosos en cuanto a su posición en el concepto de delito.

a) Las situaciones anímicas caracterizadas a través de los elementos de la actitud interna (por ejemplo, la codicia, la brutalidad o la desconsideración), debido a que ningún juez posee el don de leer en el interior de la persona, no pueden ser comprobadas directamente sino que sólo se deducen de las circunstancias externas del hecho a través de un *proceso deductivo* [21]. Los elementos de la actitud interna presuponen ya, pues, una situación de hecho externa demostrable a través de los medios procesales (BGH 18, 102 [107]), algo en lo que coinciden con los elementos de la culpabilidad concebidos objetiva y subjetivamente. Su peculiaridad reside en que aquí el «*comportamiento anímico contrario a la moral*» es indicado *inmediatamente* en el tipo [22], por lo que permanece en manos del juez la extracción de aquellas circunstancias de la configuración del caso concreto que permiten la deducción de los elementos de la actitud interna exigidos en el tipo. Sin embargo, dado que los factores de los cuales puede ser deducida una determinada actitud interna pertenecen en parte al injusto y, en parte también, a la culpabilidad, los elementos de la actitud interna no han de considerarse unitariamente como elementos de la culpabilidad sino parcialmente como tales y, parcialmente también, como elementos del injusto (**concepción diferenciadora**) [23]. Sólo pueden ser considerados como verdaderos elementos de la culpabilidad aquellos componentes de la actitud interna que carecen del correspondiente punto de referencia en la zona del injusto y que se deducen inmediata y exclusivamente de aquellas situaciones de hecho que integran el ámbito de la culpabilidad. Por el contrario, los elementos de la actitud interna que sencillamente se muestran como el reverso subjetivo de componentes específicos del injusto no son otra cosa que elementos subjetivos de éste (elementos impropios de la actitud interna). A menudo la distinción es difícil pero debe ser llevada a cabo porque, de lo contrario, no se solucionan adecuadamente problemas relativos al error y a la participación (vid. infra § 42 III).

Ejemplos: En el asesinato (§ 211) las motivaciones contrarias a la moral (el placer de matar, la satisfacción del instinto sexual, la codicia o los móviles abyectos) son genuinos elementos de la actitud interna, mientras que los componentes que se refieren a la peligrosidad o reprochabilidad de la forma de comisión del hecho (alevosía, crueldad, utilización de medios comúnmente peligrosos) pertenecen al tipo de injusto

---

19 Vid. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Bes. Teil II § 74 núm. 107; *LK* (10.ª) (*Willms*) § 157 núms. 10 ss.

20 A pesar de su estructura final, no es aceptable como elemento subjetivo del *injusto* porque la intención no afecta ni al bien jurídico ni a la forma de comisión del hecho sino que, más bien, caracteriza a la actitud del autor durante el hecho y, con ello, suministra información acerca de la motivación del mismo.

21 Vid. *Stratenwerth*, v. Weber-Festschrift pág. 177.

22 Según la definición de *Schmidhäuser*, Gesinnungsmerkmale pág. 217 y Allg. Teil pág. 455.

23 Así, *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 247; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 286; *Lampe*, Das personale Unrecht pág. 234; *Langer*, Sonderverbrechen págs. 346 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 122 antes del § 13; *Stratenwerth*, v. Weber-Festschrift pág. 187; *Welzel*, Lehrbuch pág. 79; *Wessels*, Allg. Teil núm. 137. Vid. también *Hardwig*, ZStW 68 (1956) págs. 29 ss.

como distintivos de un especial desvalor de acción y sólo mediatamente describen la actitud interna. Elementos propios de la actitud interna son, además, la «brutalidad» y la «malicia» en el maltrato de personas especialmente protegidas (§ 223b [24]), así como la «desconsideración» en la puesta en peligro del tráfico viario (§ 315c I núm.2) (OLG Stuttgart VRS 41, 274); en cambio, la «gravedad» en la comisión de la acción (§§ 167 I núm. 1, 170d, 315c I núm. 2) y la «astucia» (§ 223a [25]) pertenecen al tipo de injusto porque se refieren al modo y forma de ejecución del hecho.

Algunas opiniones *doctrinales divergentes* consideran a los elementos de la actitud interna en parte como una intensificación del dolo del hecho [26], en parte como exclusivas características del injusto personal de la acción [27] y en parte como puros componentes de la culpabilidad [28]. Sin embargo, únicamente resulta fundada la concepción diferenciadora que estima que los puntos de referencia externos de los elementos de la actitud interna se encuentran distribuidos por todo el ámbito del injusto y de la culpabilidad.

b) Sin embargo, frente a la creciente utilización de los elementos de la actitud interna en Derecho penal se erigen **objeciones propias del Estado de Derecho** [29]. En primer lugar, porque, a causa de su tensa ubicación en la estructura del delito entre el injusto y la cupabilidad, dificulta la diferenciación de ambos aspectos del delito. En segundo lugar, porque contradice el principio de determinación de los tipos al atribuírsele al juez la libertad de elegir discrecionalmente aquellos puntos de partida de los que puede deducir la existencia de la actitud interna presupuesta por el tipo. Finalmente, la inevitable subjetividad de los criterios dirigidos al enjuiciamiento de los elementos de la actitud interna pone en peligro la igualdad de la aplicación del Derecho. En cualquier caso, parece haber sido sobrepasado el punto álgido en el empleo de este tipo de elementos. La legislación más reciente muestra, sin embargo, una tendencia contraria [30].

III. Problemas relativos al error y la participación

1. El tratamiento de las **cuestiones relativas al error** en el ámbito del tipo de la culpabilidad es objeto de discusión. Para su solución hay que partir de la distinción entre tres grupos de elementos:

a) En los *elementos de la culpabilidad concebidos objetivamente* el autor debe conocer el punto de referencia objetivo pues, de lo contrario, está excluida la influencia sobre la formación de su voluntad y, por ende, su actitud hacia el Derecho actualizada en el hecho cometido no puede verse afectada. En cambio, no necesita ser probado que la circunstancia conocida por el autor haya desempeñado realmente algún papel en la motivación del hecho. Pero si ha aceptado erró-

---

[24] El § 223b se corresponde con el vigente § 225 (N del T).

[25] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 224 I 3 (N del T).

[26] Así, *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 254.

[27] Así, *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 56; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe págs. 31 ss., 41 ss.; *Schweikert*, Tatbestandslehre pág. 138. Según *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 22 núm. 56 son elementos del tipo objetivo.

[28] Así, *Lange*, JR 1949, págs. 166 ss.; *Gallas*, Beiträge pág. 57; *Würtenberger*, Situation págs. 56 ss.

[29] Vid. *H. Mayer*, Grundriß pág. 54; *Stratenwerth*, v. Weber-Festschrift pág. 190; *el mismo*, Allg. Teil I núm. 334.

[30] Y así, en el § 170d (actual § 171) ha sido eliminado el elemento de la "mala fe" y el § 170c, que también lo acogía, ha sido completamente derogado. Lo mismo sucede con el § 170a (también derogado) que aludía a la "maliciosidad". Este último ha sido asimismo suprimido en el § 134. No obstante, en el § 90a I núm. 1 y § 130 I núm. 2 sigue subsistiendo la alusión a la "maliciosidad".

neamente la existencia de un elemento de la culpabilidad concebido objetivamente ello debe beneficiarle, pues entonces la formación de su voluntad ha tenido lugar bajo las mismas condiciones que en el caso de que la circunstancia hubiera concurrido realmente *(subjetivización de los elementos de la culpabilidad concebidos objetivamente)* [31].

Ejemplos: Si la mujer cree que su hijo extramatrimonial posee la condición de matrimonial entonces no puede acogerse al § 217 [32], mientras que sí encuentra aplicación en la hipótesis opuesta. La mujer que considera jurídicamente válida su promesa de matrimonio por creer erróneamente disuelto el matrimonio con el hombre al que encubre debe beneficiarse del § 258 VI (en otro sentido, RG 61, 270, donde es aceptada una causa personal de exclusión de la pena). Por el contrario, el error acerca de la propia edad (§§ 157 II, 173 III) así como el que versa sobre de la capacidad de culpabilidad es irrelevante, pues sólo se trata de puntos de apoyo legales para el reproche de la culpabilidad y no de situaciones que puedan influir sobre la motivación.

b) En los *elementos de la culpabilidad concebidos subjetivamente* las circunstancias externas que el tipo toma por referencia deben haber sido conocidas por el autor y haber influido realmente sobre la formación de su voluntad. No obstante, también es suficiente con que acepte erróneamente esas circunstancias y que la simple representación de las mismas haya influido en la formación de su voluntad.

Ejemplos: Si el testigo no era consciente del riesgo objetivo existente de una condena judicial, entonces no es aplicable el § 157 I. Por el contrario, la declaración bajo estado de necesidad entra en juego sólo si erróneamente el autor ha aceptado tal riesgo (RG 69, 41; 77, 219 [222]; BGH 8, 301 [317]) [33].

c) En los *elementos de la actitud interna* que pertenecen al tipo de la culpabilidad lo esencial es, sencillamente, que las circunstancias sean comprobadas de un modo objetivo o subjetivo, que no afecten al injusto y que permitan inferir qué comportamiento moral es contrario al valor ético reclamado por el tipo. Incluso cuando el autor se equivoca tal inferencia es posible bajo ciertas circunstancias.

Ejemplo: El miembro de un partido que, conscientemente y con una clara actitud interna hostil, menosprecia en un mitin a la República Federal, actúa maliciosamente en el sentido del § 90 a I núm.1 incluso aunque erróneamente tenga por ciertos los hechos sobre los que fundamenta su crítica.

2. En el marco de la **participación** todos los elementos del tipo de la culpabilidad deben ser tratados de acuerdo con el principio según el cual la culpabilidad del coautor, del inductor y del cómplice es independiente de la del resto de codelincuentes (§ 29). Esto rige para los elementos que fundamentan, excluyen, agravan o atenúan la pena. En este punto se diferencian los componentes de la culpabilidad de los elementos subjetivos del injusto, pues en estos últimos una relajación de la accesoriedad sólo tiene lugar cuando se trata de "circunstancias personales especiales" (§ 28) (vid., más detalladamente, *infra* § 61VII 4, 5).

Ejemplos: Si el inductor actúa movido por móviles abyectos y, por el contrario, el autor tan sólo interviene dolosamente, entonces aquél deberá ser castigado por una inducción al asesinato (§ 211) (de otra

---

[31] Así, ya, *Binding*, Normen Tomo III págs. 322 ss.; vid., además, *Thierfelder*, Objektiv gefaßte Schuldmerkmale pág. 100; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Bes. Teil I § 2 núm. 69; *Dreher/Tröndle*, § 217 núm. 2; *LK (10.ª)(Jähnke)* § 217 núm. 11; *Welzel*, Lehrbuch pág. 287; *Schönke/Schröder/Eser*, § 217 núm. 11; *Küper*, GA 1968, pág. 326.

[32] Actualmente, el § 217 que acogía el delito de infanticidio se encuentra derogado (N del T).

[33] Vid. *Maumch/Schroeder/Maiwald*, Bes. Teil II § 74 núm. 107; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 157 núm. 6; *LK (10.ª)(Willms)* § 157 núm. 10; correlativamente acerca del § 213 vid. *Wendt*, JZ 1951, pág. 723.

opinión BGH 1, 368 [371] en la que se considera a tales móviles como un elemento del injusto). De igual modo, el propio cómplice debió actuar maliciosamente en el sentido del § 1 I KWVO, no bastando con que simplemente conociera la concurrencia de la maliciosidad en la persona del autor (de otro criterio, OGH 2, 50 [57]). Si el inductor a un delito doloso contra la seguridad del tráfico no actúa con desconsideración según el § 315c I núm. 2, debido a que el recorrido a gran velocidad perseguía una finalidad merecedora de aprobación, entonces únicamente puede ser castigado con una sanción pecuniaria por la comisión una infracción administrativa de conformidad con los §§ 1 II StVO, 14 OWiG, 49 I núm. 1 StVO.

Subsección c): Las causas de exculpación

§ 43 Fundamentos de la exculpación de acciones típicamente antijurídicas

Bernsmann, "Entschuldigung" 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 Kriminologie, 1987, pág. 29; *Fletcher*, The Individualisation of Excusing Conditions, Southern California Law Review 47 (1974) pág. 1269; *Fornasari*, Il principio di inesigibilità nel diritto penale, 1990; *Gallas*, Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 311; *Goldschmidt*, 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*, Strafrechtswidrigkeit 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; *el mismo*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *Küper*, Noch einmal: Rechtfertigender Notstand usw., JuS 1971, pág. 474; *el mismo*, Grundfragen der "Differenzierung" 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 repro-

che 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 exculpación 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, 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 falta desde un primer momento 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

---

[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).

[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).

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 la 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 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 la pena* por no ser alcanzado el límite del merecimiento de la misma.

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 poder 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 culpabi-

---

[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.

[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)(Hirsch)* 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 inesigibilità, 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.

lidad 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 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. De ello 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 particularidades 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 no obstante la subsistencia 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-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).

---

[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).

[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.

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 la 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 exculpación 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; *Bernsmann*, Zum Handeln von Hoheitsträgern usw., Festschrift für G. Blau, 1985, pág. 23; *el mismo*, "Entschuldigung" durch Notstand, 1989; *Blei*, Zumutbarkeit und Vorverhalten beim 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, Österr. Zeitschrift für Strafrecht 1913, pág. 129; *Hanack*, Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrechen, 1967; *Hefermehl*, Der verursachte entschuldigende Notstand, Diss. Tübingen 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 Entschuldigung im Defensivnotstand, NJW 1980, pág. 21; *el mismo*, Rechtfertigungs-und Entschuldigungsgründe 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 I, HRG, Tomo III, 1984, Sp. 1063; *el mismo*, Darf sich der Staat erpressen lassen?

---

[12] Así, *Jakobs*, Allg. Teil 20/4: sólo procede la exculpación "si el conflicto es fruto del 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.

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*, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 3.ª ed. 1978; *Perron*, Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht, 1988; *Platzgummer*, Die "Allgemeinen Bestimmungen" des Strafgesetzentwurfs usw., JBl 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 "Verantwortlichkeit" 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 bei Dauergefahr, JuS 1980, pág. 336; *Siegert*, Notstand und Putativnotstand, 1931; *Timpe*, Strafmilderungen 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

[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*, "Entschuldigung" págs. 379 ss. considera al estado de necesidad como una causa de exclusión de la pena. En el caso del "voyeur" 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 de pena que no descansa en otra cosa más que en una

inciso 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 un tablón 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].

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 susceptibles de ser amparados por 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 (yendo más allá, BGH NJW 1979, pág. 2053). Los menoscabos leves a la

---

fuerte disminución del contenido de injusto y de la culpabilidad del hecho. En contra de Roxin *Bernsmann*, "Entschuldigung" 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 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.

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 procedente de 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). 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, manteniendo relaciones sexuales con el hijo menor de edad (BGH GA 1967, pág. 113); muerte de una persona por un joven que fue obligado a ello mediante 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

---

[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.

[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.

cuanto más grave sea la intervención bajo el 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 el grado de exigencia 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).

Ejemplos: Quien es obligado por el servicio secreto soviético a prestar 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 tratara 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 yerno, 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 tenidos en cuenta los vínculos personales 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].

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 con-

---

[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 subsiste la posibilidad de atenuación de la pena mediante la aplicación analógica de la segunda mitad de dicho inciso.

[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.

tar 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 excluidos 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 acción de 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].

Ejemplos: Quien con plena 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 por coacción*", 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].

---

[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.

[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; *Schmidhäuser*, Allg.

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 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 el perjuicio 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 parece querer afirmar ya la exigibilidad cuando el autor tan sólo ha *causado* el peligro. Sin embargo, ello únicamente 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 hecho de que el contenido de culpabilidad por el 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

---

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. Yendo 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.

[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".

ajustada a la verdad ha "causado" la situación de apuro al observar el delito). De ahí que la idea rectora de esta primera restricción de 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 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 no 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 quién hay que referir el requisito de la inculpabilidad de la situación de conflicto en caso de estado de necesidad de un pariente (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 igual aunque al amenazado le sea imputable la situación de necesidad en la que se ve envuelto (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 a sensu contrario.

---

[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] Así, *Dreher/Tröndle*, § 35 núm. 11; *SK (Rudolphi)* § 35 núm. 17; *Stree*, en: *Roxin* y otros, Einführung págs. 58 ss.; *Schmidhäuser*, 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/Lenckner*, § 35 núm. 20a; *LK(11.ª) (Hirsch)* § 35 núm. 65; *Hefermehl*, Notstand pág. 134.

[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.

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 de grisú 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].

En los casos en los que existe el deber de soportar el estado de necesidad son determinantes para la eliminación 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 incluso bajo la presión de un peligro para sus vidas, pues es precisamente en 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 situa-

---

[19] En profundidad acerca de los concretos grupos de casos, *Otto*, Pflichtenkollision págs. 89 ss. y *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 norteamericano 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 *Bernsmann*, 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 Tübingen 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; *Stratenwerth*, 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*,

ción de necesidad encuentra sus límites 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 surge, 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 en el proceso se respetaran los principios del Estado de Derecho (BGH LM § 52 núm. 8; BGH ROW 1958, pág. 33) [28]. También los parientes deben tolerar la ejecución de una pena de prisión impuesta a un miembro de la familia en un procedimiento 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 de igual gravedad. 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.

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; *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.

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 también 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 ordinario [32]. No obstante, también en estos casos la atenuación es 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 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 de prohibición 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].

---

[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.

[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 del 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 situación concreta 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 mismo cuando, como mínimo, el bien jurídico puesto en peligro posee igual valor que aquel que se lesiona [43]. En el art. 64 del C.p. *francés* napoleónico el "contrainte" se presentaba, ciertamente, como una causa de exculpación pero la jurisprudencia venía siendo enormemente restrictiva en el reconocimiento de supuestos de estado de necesidad [44]. La misma regulación contiene el nuevo "Code pénal" en el art. 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

---

[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.

[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.

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 *neerlandesa* 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 [51]. El Derecho *brasileño* conoce la fuerza irresistible y el estado de necesidad exculpante (art. 24 C.p.) como causas de exculpación (art. 22 C.p.) [52].

§ 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 el agredido se defiende frente a un ataque que

---

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,* Handboek 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".

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 turbación, 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 derivado de un arrebato "asténico" sencillamente no debía ser imputado al autor [1].

2. Actualmente, de acuerdo con el § 33, el autor "no será castigado" si sobrepasa los límites de la legítima defensa a causa de turbación, miedo o pánico. La Parte General de 1975 ha sustituido el elemento anterior del "aturdimiento" por el de "turbación" 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 de que el hecho es todavía antijurídico y de que su contenido

---

[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. Liszt/Schmidt*, pág. 199; *Schönke/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

de culpabilidad está simplemente reducido, el legislador renuncia a la formulación del reproche culpabilístico porque 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 turbación, el temor o el pánico han dificultado esencialmente la formación de una voluntad adecuada a la norma[4]. Ciertamente, aunque la turbación, 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 estados 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 como 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 supuesto de exceso *consciente* o, incluso, *intencionado* sobre 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].

---

teoría sobre la imputabilidad escalonada (responsabilidad por el hecho) (vid. la tercera ed. de esta obra pág. 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. Yendo 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,* 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] Sin embargo, 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.

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 arrendatario 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]).

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 turbación, 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].

---

[8] Y así, fue ya *Goltdammer*, Materialen Tomo I pág. 422, quien 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-

No obstante, en casos concretos de legítima defensa putativa puede también decaer el reproche por un comportamiento imprudente si por turbación, 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].

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 militaire", Revue de droit pénal militaire X (1971) Heft 1; *Müller-Rappard,* L'ordre supérieur militaire et la responsabilité pénale du subordonné, 1965; *Nuvolone,* Valori costituzionali 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 Jiménez,* La obediencia debida en el Código penal, 1986; *Rodríguez Devesa,* La obediencia debida en el CPM de 1985, Festschrift für E. Correia, 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; *Schwinge,* Befehl und Gehorsam, ZAK 1938, pág. 147; *Stoecker,* § 47 MStGB in geschichtlicher, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Betrachtung, Diss. Marburg 1938; *Stratenwerth,* Verantwortung und Gehorsam, 1958; *Vogler,* Zum Einwand des Handelns auf Befehl im Völkerstrafrecht,

---

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 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.

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: § 56 II 3 BBG, § 38 II 2 BRRG, § 75 II 3 LBG Baden-Württemberg: si *no es reconocible* por el funcionario 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 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

---

[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.

[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.

acción punible 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 subordinado advierte o resulta 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 estimado de obligado cumplimiento y pudo considerarlo de tal**

---

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

[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.

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 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, que 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 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.

---

[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.

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

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 objeciones 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 Federación 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

---

[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 hospital inglés 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 hospital (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.

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

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 militar 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 las circunstancias en las que se encontraba ejecutando la orden dificultaban 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 intervención). 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

---

[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.

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 Derecho *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 *neerlandés* 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 *neerlandés* la orden manifiestamente antijurídica no es vinculante y el superior es responsabilizado 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 tampoco 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 del § 5 WStG se encuentra en la mitad de ambos extremos y coincide con otros grandes Ordenamientos jurídicos.

---

[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.

[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*, Correia-Festschrift (edición especial). En relación con la Guardia Civil, *Queralt 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 o 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*, Handboek 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.

§ 47 Conflicto 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 Fahrlässigkeit, 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 "Differenzierung" 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,* Gewissensfreiheit 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 Strafmilderungsgrund, 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 contestada por el legislador penal y no puede quedar abandonada a la valoración subjetiva del aplicador del Derecho [1]. Por ello, las causas de exculpación supralegales 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 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 otros 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 a la preservación de un valor porque, simultáneamente, infringe un deber del mismo rango frente a aquellos que deben ser sacrificados (vid. *supra* § 33 V 1b y c).

---

[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 1 § 33 núm. 15; *Schönke/Schröder/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.

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 totalmente 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 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 *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 su parte, sea la que considera jurídicamente vinculante porque, por ejemplo, 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**

---

[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.

[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,* Lehrbuch 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

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 sólo 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 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 penuria en 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 generalmente 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

---

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.

[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 Fahrlässigkeit 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

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 praxis vid. *infra* § 47 II 3).

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

a) De acuerdo con el § 258 V queda impune quien a través del encubrimiento personal de otro intenta eludir su propio castigo. La toma en consideración de una situación similar al estado de necesidad

---

Z 20 núm. 2. Advirtiendo sobre la conexión de este planteamiento con el pensamiento de *Wessely* y *Wahlberg*, *Moos*, Der Verbrechensbegriff in Österreich 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 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 "que el individuo se sacrifique en contra de los intereses individuales y en beneficio de la comunidad". 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.

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 distinto (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 (*Verkehrsunfallflucht*) (§ 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]; Caso "Leinenfänger"; 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].

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 tales libertades 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:

---

[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. 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.

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 "Unión Evangélica de Hermanos", 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 podría recibir una transfusión de sangre. 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" sería 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 sociedad: 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 intento de suicidio, espera sin hacer nada hasta el comienzo de la muerte de ésta para internarla en la unidad de cuidados intensivos. Tal juicio 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 obligado a traicionar un secreto o a cometer una coacción. Sin embargo, debe ser rechazada la extensión de la decisión adoptada en

---

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

[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.

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.

§ 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 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].

---

[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.

[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.

[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.

Ejemplos: La testigo comete perjurio en beneficio del acusado que le 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 joven 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, se pone al volante de un coche a pesar de no estar 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. Hasta entonces fue discutida la cuestión de cómo habría de ser tratado el error **vencible** sobre los presupuestos de una causa de exculpación (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 sancionado 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

[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)* § 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.

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 el marco punitivo doloso 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, habrá de llevarse más allá del estado de necesidad y ser aplicada de modo correlativo a otros casos [6].

Ejemplos: El soldado que acepta erróneamente la existencia de una orden y cree que quien le manda es su superior jerárquico, estima equivocadamente que se encuentra de servicio o que se le exige obediencia (§ 5 WStG). También 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 que todavía posee el paciente 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 advenimiento 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

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

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 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 Vorbereitungshandlung 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; *Dicke*, Zur Problematik des untauglichen Versuchs, JuS 1968, pág. 157; *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 bei 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 formell 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 con continuaciones; *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 Tatbestandes: 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; *Mittermaier*, 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 rechtswidrigen Handlung, 1959; *Otto*, Schadenseintritt und Verjährungsbeginn, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 715; *Paeffgen*, Die erfolgsqualifizierten Delikte – eine in die allgemeine Unrechtslehre integrierbare Deliktsgruppe? 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 Beihilfe, 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 Wirtschaftskriminalität, 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, ZStrW 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., ZStrW 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; ZStrW 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 [1], la CCC en su art. 178 contenía ya una definición general de tentativa que, sobre la base de la doctrina penal italiana medieval [2], poseía un alto rango científico y fue dominante hasta entrado el siglo XIX [3]. 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 [4]. 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 [5], posteriormente, bajo la influencia del pensamiento liberal de la restrticción del poder estatal, acabó imponiéndose la concepción opuesta [6]. En la controversia relativa a la punibilidad de la tentativa inidónea, a comienzos del siglo XIX ya estaban enfrentadas entre sí una dirección objetiva [7] y otra subjetiva [8]. La primera negaba su punibilidad y la segunda la afirmaba con ciertas restricciones. Apoyándose en el art. 2 del

---

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

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

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

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

[5] 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.

[6] 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*, ZStrW 99 (1987) pág. 115.

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

[8] 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.

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 [9]. También la jurisprudencia siguió al principio esta dirección [10]. 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* [11] (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 punibilidad de la tentativa

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

1. De acuerdo con la *doctrina clásica* [12] el fundamento reside sólo en la **puesta en peligro del objeto de la acción protegido por el tipo** (*teoría objetiva*). Dado 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 de la tentativa frente a la acción preparatoria y al rechazo del castigo 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 ya 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 a la puesta en marcha 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 [13].

---

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

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

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

[12] 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 Schmidt*, 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" (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".

[13] 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.

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*) [14]. Lo decisivo no es, en consecuencia, la puesta en peligro material del objeto de 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]), al igual que 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 equivocadamente 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 [15].

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, ciertamente, 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, pudiéndose menoscabar así la paz jurídica **(teoría de la impresión)** [16]. El merecimiento 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

---

[14] 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.

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

[16] 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 núms. 40 ss.

voluntad del hecho (**teoría del autor**) [17]. **Otras teorías** también combinan de forma diversa elementos objetivos y subjetivos de la tentativa [18]. 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 otra opinión RG 77, 172). Tampoco es punible como tentativa el uso de medios supersticiosos para matar a una persona (RG 33, 321 [323]). Por el contrario, fue ya afirmado un robo en grado de tentativa para el caso en el que el autor sólo daba sacudidas al volante de un coche aparcado para comprobar si aquél 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 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 [19]: 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 siempre deben estar orientados a un tipo especial. La **tentativa** es, por lo tanto, un **tipo dependiente** [20] pues sus elementos siempre tienen que estar

---

[17] 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; *Waiblinger*, 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.

[18] Y así, *Schmidhäuser*, Studienbuch págs. 338 ss., y *Alwart*, Strafwürdiges Versuchen págs. 122 ss., hacen coexistir la "tentativa como finalidad" y la "tentativa como 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 "manifestación de la infracción de la norma".

[19] 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.

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

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 [21]. Del mismo modo que en el delito consumado también aquí 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 también voluntad de acción incondicionada si el autor toma en consideración la posibilidad del desistimiento (resolución delictiva con *reserva de desistimiento*) [22].

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 [23]. 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]), y 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 los autores pretenden 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) [24].

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

---

[21] 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).

[22] 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]).

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

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

figura de delito exija, puesto que estos componentes se encuentran en el mismo plano que el dolo en la estructura del delito [25].

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 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 a la base 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) [26].

También en los **tipos cualificados** importa saber si el autor pone en marcha inmediatamente 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 [27]) sólo existe tentativa de un delito de incendio si la cumplimentación 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 [28]) 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) [29].

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 [30]. 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 [31]. La jurisprudencia acepta que los ejemplos

---

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

[26] 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. Interpretando rigurosamente la fórmula de la puesta en marcha 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.

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

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

[29] 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.

[30] 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.

[31] Así, *LK(9.ª)(Heimann-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 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.

reglados del § 243 también desarrollan 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 haber sido 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 [32]. 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) [33].

La distinción entre consumación y terminación posee un *significado práctico* que se proyecta en diversas direcciones [34]. 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

---

[32] 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.

[33] Crítico con la teoría de la terminación del delito a causa del descuido en la descripción 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. 189. Objeciones también en *Lackner*, nota preliminar núm. 2 antes del § 22.

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

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])[35]. 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 del hecho". En la reforma 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 (la puesta en marcha inmediata de la realización del tipo). Esta **"teoría objetivo-individual"**[36], que ya fue defendida con anterioridad[37] (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[38].

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).

---

[35] 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.

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

[37] 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.

[38] 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.

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** [39]. De ahí que para responder a la pregunta de si concurre la inmediata puesta en marcha de la realización del tipo hay que atender a cómo se ha imaginado el autor el curso del hecho, así como a cuándo y de qué forma quiso comenzar con la acción ejecutiva típica.

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" [40]. Por tanto, acciones intentadas son sólo sucesos "que están inmediatamente situados delante de la realización de un elemento del tipo" [41]. 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) [42].

Ejemplos: Los autores, que decididos a cometer un atraco en una gasolinera, cubiertos con máscaras y armados con pistolas preparadas para disparar, llaman a la puerta del 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 [43]). 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 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

---

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

[40] 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.

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

[42] 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.

[43] 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.

no es tentativa de robo (BGH *Dallinger* MDR 1966, pág. 197). En la instalación 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. [44]). También lo es cuando se entra en la oficina de correos que se iba a atracar (BGH GA 1980, pág. 24), así como 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 debían ser usados 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 debía 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, en su caso, a los restaurantes es ya tentativa [45]. 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 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 [46].

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 [47]). La

---

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

[45] Expresando objeciones político-criminales frente a la fórmula legal de la inmediata puesta en marcha para 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.

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

[47] 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.

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) [48]. 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 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 de 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]) [49].

V. La penalidad 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 integrantes de la criminalidad de tipo medio en los que el estímulo del hecho es especialmente poderoso, algo que por ejemplo sucede con el quebrantamiento de condena (§ 120 III), lesiones corporales peligrosas (§ 223a II [50]), 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) [51]. Para la delimitación de ambas clases de acciones punibles es decisivo el punto de vista *abstracto* (vid. *supra* § 7 IV 2).

---

[48] 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.

[49] 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.

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

[51] 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.

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

2. De acuerdo con el § 23 II la tentativa *puede* ser castigada más levemente que el delito consumado [52]. 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 [53] (BayObLG NJW 1951, PÁG. 284).

Ejemplo: En una agresión sexual intentada (§ 178 [54]) 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 merece 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 [55].

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 como un delito suficientemente grave o relativamente benigno [56]. 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,

---

[52] 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.

[53] 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 para el supuesto 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.

[54] 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).

[55] 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.

[56] 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.

de lo contrario, una circunstancia que fue decisiva para el establecimiento del marco legal de la pena sería valorada por segunda vez [57].

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) [58]. Además, 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 siempre una menor gravedad que el consumado [59].

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.

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 [60], 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 [61].

2. Sólo por *razones especiales de política criminal* se comprende por qué el legislador únicamente castiga de modo excepcional las conductas preparatorias [62].

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 secretos del

---

[57] 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.

[58] 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.

[59] 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.

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

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

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

Estado (§ 96 I), la preparación de un secuestro político (§ 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 abortivos para la interrupción ilegal del embarazo (§ 219 b), la estafa de seguro (§ 265 [63]) 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 ejemplo, el incendio provocado bajo la creencia errónea de que la cosa está asegurada como tentativa de estafa de seguro de acuerdo con el § 265 [64], 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 [65]. 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) [66]. También resulta imaginable una *participación* punible en actos preparatorios, se trate o no de conductas configuradas autónomamente [67].

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 tal consecuencia,

---

[63] 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).

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

[65] 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.

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

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

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, en los §§ 177 III [68], 251); en cambio, hay que negarla cuando la consecuencia cualificada se estructura sobre el *resultado* del delito básico (verbigracia, en los §§ 224, 226 [69] [70], 307 [71], 309 [72]), pues en este segundo supuesto la tentativa del delito básico no representa de conformidad con el tipo una base suficiente para la imputación del resultado más grave [73].

Ejemplos: Existe tentativa de violación con resultado de muerte (§ 177 III [74]) si el uso de la violencia conduce ya al fallecimiento 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 [75]), 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") [76]. Si ese resultado no tiene lugar 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,

---

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

[69] 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.

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

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

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

[73] 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.

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

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

[76] 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. 273 ss. En contra, respecto al Derecho austríaco *Schmoller,* JBl 1984, págs. 654 ss. con referencias adicionales en nota a pie núm. 13.

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 [77].

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 punible, porque antes está ausente tanto una puesta en peligro inmediata del bien jurídico protegido como la fuerza de impresión externa del suceso [78]. 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 [79]. 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 **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 [80]:

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

---

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

[78] Asimismo, *Schönke/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.

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

[80] 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 reflejándose en la tentativa y que está reconocido por la jurisprudencia y la doctrina.

de la tentativa"— son impunes pues de lo contrario esa fase previa se adelantaría demasiado [81]. 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 [82]) son aplicables analógicamente a todos los delitos de emprendimiento, incluidos los "impropios" (vid. *infra* § 51 V 3) [83]. En los delitos de emprendimiento "impropios" (vid. *supra* § 26 II 7) sólo 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 [84].

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 meramente el autor cree erróneamente que el objeto al que va referida la prestación del auxilio procede de un hecho antijurídico previo.

IX. Derecho extranjero [85]

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 [86] mantenido hasta ahora (vid., por ejemplo, OGH EvBl 1975, 71) [87]. La tentativa absolutamente

---

[81] 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.

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

[83] 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*, § 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.

[84] 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.

[85] 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.

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

[87] 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.

inidónea queda impune (§ 15 III) [88]; en la delimitación frente a los actos preparatorios se recurre a la teoría de la impresión [89]. La jurisprudencia *suiza* ha subjetivizado intensamente la fórmula de delimitación objetiva del art. 21 I StGB en el sentido de la "teoría de la irrevocabilidad" [90] (BGE 71, IV 211; 83 IV 145; 87 IV 155) [91] y castiga también, de conformidad con el art. 23 I StGB, la tentativa inidónea [92]. En *Francia* el Código penal de 1994 acoge en el art. 121-5 la definición de tentativa contenida en el Código penal de 1810 [93]; 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 [94] y castiga también la tentativa inidónea [95]. 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 [96]. 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 [97]. 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) [98]. En la abundante praxis *norteamericana* son asimismo empleados criterios objetivos en la delimitación entre preparación y tentativa, y en la tentativa inidónea se acepta la impunidad en los supuestos de "legal impossibility" y de "apparent impossibility" [99]. 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.) [100]. En Derecho *neerlandés* (el art. 45

---

[88] 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.

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

[90] 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.

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

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

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

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

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

[96] *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.

[97] 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.

[98] 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.

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

[100] 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: impu-

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 [101] y la tentativa absolutamente inidónea es excluida del ámbito de la punibilidad [102]. 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 [103]. La tentativa absolutamente inidónea no es punible [104]. El Derecho *brasileño* 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 [105].

§ 50 La tentativa inidónea y el delito putativo

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; *Blei*, 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 Subjekt, 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

---

nidad 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)].

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

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

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

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

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

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 normative 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 velado 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 hoy 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 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 resultado (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 "representación 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).

---

[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.; su teoría dualista de la tentativa deja impunes los casos de dolo eventual en la misma; 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 del intento cometido por el autor que cree en la idoneidad de los medios que son inidóneos por la propia ley de la naturaleza (por ejemplo, el caso resuelto por la RG 1, 439).

5. En atención al requisito de la impresión del suceso jurídicamente lesiva y 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 conforme a 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.

---

[4] Vid. *Lackner*, § 23 núm. 6; *Roxin*, Einführung pág. 18; *Schönke/Schröder/Eser*, § 23 núm. 15. Manifestando objeciones en este punto, *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.

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, sin embargo, a la completa impunidad (como sí sucede con el § 15 österr. StGB) [9], sino tan sólo a la posibilidad de remisión 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).

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 putativo

1. Distinto de la tentativa inidónea es el **delito putativo** 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 no existe (**error de prohibición inverso**) [14]. Además, el autor puede errar acerca de la *existencia* misma de la norma

---

[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.

[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 antípoda 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.

[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

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 cree 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 permisivo inverso)** [15].

Ejemplos: Delito putativo 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 putativo 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 putativo 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 putativo es sencilla en los casos de error sobre la existencia de una norma prohibitiva o 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 putativo [16].

Ejemplos: Delito putativo 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

---

entre ésta y el delito putativo; 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.

[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. Yendo 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 putativo. 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.

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 de la transmisión fiduciaria 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 a través del cual alcanza a conocer tal 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 putativo.

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 suponía 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, piensa 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 actúa en virtud de obediencia debida 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.

---

[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.

[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.

a) Mayoritariamente se reconoce que estamos ante 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]), según ello, el error debe ser considerado como un error inverso sobre el tipo [20]. Vid. también la RKG 2, 53 y 164.

b) La opinión contraria divisa en la tentativa del autor inidóneo un *subcaso del delito putativo 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 putativo 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.*

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,

---

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

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 siniestro y se aleja del lugar de los hechos cometía antaño una tentativa punible del delito de huida del lugar del accidente según el § 142 II en su redacción anterior (BayObLG 1952, 31). Quien de acuerdo con el § 218 no evita la comisión de un aborto ilegal 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 del autor sigue ya a la del objeto**, entonces existe asimismo una tentativa inidónea si el sujeto da erróneamente 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 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; *Geilen,* 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 Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue, 1963; *Haft,* Der Rücktritt des Tatbeteiligten bei

---

[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.

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 strafbefreienden 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 Straflosigkeit 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 fehlgeschlagenem Versuch bei erneuter Ausführungshandlung, Jura 1987, pág. 527; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 36, 224, JZ 1989, pág. 1128; *Roxin,* Krimlinalpolitik 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,* Die 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 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 críti-

---

[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.

[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).

ca 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 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 tam-

---

[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; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 625; *Welzel*, Lehrbuch pág. 196; *Wessels*, Allg. Teil núm. 626. Diferenciando entre tentativa acabada e inacabada *Arzt*, GA 1964, pág. 9. Históricamente 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".

poco 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 la idea de la teoría del perdón de que el autor debería librarse de una sanción 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 exculpación 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 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

---

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

[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.; *Hafi*, 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.

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 pueden 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 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

---

[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.

[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.

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 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.

---

[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.

[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.

5. La jurisprudencia del BGH favorable al desistimiento acepta también una tentativa inacabada y, con ella, una posibilidad más sencilla de desistir, 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 (sentencia del Pleno 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 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 resistencia de 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 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

---

[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 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 injustamente, *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 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 sólo se había proyectado un robo que conduce al homicidio de la misma [30].

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 perspecti-

---

[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; *Heinitz*, 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 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,

va 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* § 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 violación 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

---

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 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 de 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.

[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.

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 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 *después* 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 impedido 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, entonces se le responsabiliza por el delito consumado (BGH VRS 61, 262) [38]. Únicamente cuando la evitación del resultado es impedida 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

---

[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.

[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.

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 insuficientes, 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, por haberla intentado matar, 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 Derecho anterior (§ 46 núm. 2, en su anterior 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 para el 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

---

[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.

[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 impedimiento de 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 acogían 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]). No obstante, 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

---

[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).

[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).

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]).

Es aconsejable 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 supresión 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 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 volun-

---

[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).

[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 de la exclusión de la responsabilidad *Roxin*, Allg. Teil I § 23 núm. 17. Yendo 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.

tariedad del desistimiento puede comprender a éste como una causa personal de supresión 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 con 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, 296 [300]; 17, 1 [2]; OLG Düsseldorf NJW 1983, pág. 767: aún cuando ésta decayera en caso de consumación por 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 abstracto y con-

---

[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).

[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).

creto [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 ó III).

3. Cuando **intervienen varias personas en el delito** [72] el desistimiento, como causa *personal* de supresión 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

---

[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 actual § 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.

[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.

delito (§ 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 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 sea 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 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 definitivamen-

---

[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 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 hecho. 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.

te 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 pueden 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 supresión de la pena (vid. *infra* § 52), así como por las condiciones objetivas de punibilidad (vid. *infra* § 53).

§ 52 Las causas personales de exclusión y de supresión 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 "Familiendiebstahl", 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 interna 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

---

[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, los § 37 y § 186 que, en consecuencia, surten 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" con 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".

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).

II. Clases de excepciones personales de la punibilidad

Las excepciones personales de la punibilidad se clasifican en causas de *exclusión* y causas de *supresión* 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 informes auténticos 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].

---

[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/Malwald*, 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.

2. Las **causas personales de supresión 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 desistimiento 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 remisión de la pena (por ejemplo, §§ 83a, 84 V, 87 III, 158 I, 316a II [8]) [9]. Una causa personal de supresión 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 supresión 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 supresión 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].

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].

---

[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.

[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.

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 supresión 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 supresión 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.

§ 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 Vollrauschtatbestand, GA 1964, pág. 140; *Haß,* Die Entstehungsgeschichte der objektiven Strafbarkeitsbedingung, Diss. Kiel 1969; *el mismo,* Zu Wesen und Funktion der objektiven Strafbarkeitsbedingung usw., Rechtstheorie 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 objektiven 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

---

[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.

bei der Strafzumessung, GA 1957, pág. 1; *el mismo,* Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht, ZStW 73 (1961) pág. 210; *H. Mayer,* Die folgenschwere Unmäßigkeit (§ 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; *Schmidhäuser,* 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 constituyen 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. 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.

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 supresión 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 (§ 104a) 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 supresión 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 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

---

[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 externas 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.

[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.

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]. 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 en la que se producen lesiones corporales (§ 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].

---

[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 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.

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 disociadas del contexto del injusto y de la culpabilidad.

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

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 se 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 juicio oral 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 llevarla a cabo [23].

---

[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 que 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 *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]). La nueva redacción del § 113 III, IV, pretende resolver el problema (N del T).

[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" hipotética 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 consecuencia más grave en la riña tumultuaria con lesiones (§ 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 requisito 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, la circunstancia 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

---

[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.

[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.

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 hecho 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, incluso 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].

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

---

[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.

[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.

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[1]. La estructura básica del delito como acción típica, antijurídica 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 la 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* de las teorías generales desarrolladas hata ahora a estas formas especiales de aparición del delito.

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,

[1] 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.

Tomo I, 1960, pág. 401; *Enneccerus/Nipperdey,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Tomo I, 2, 15.ª ed. 1960; *Erenius,* Criminal negligence and individuality, 1976; *Exner,* Das Wesen der Fahrlässigkeit, 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 Fahrlässigkeit, unter besonderer Berücksichtigung des Verkehrsstrafrechts in Österreich, ZfRV 1964, pág. 18; *Hall,* Über die Leichtfertigkeit, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 229; *el mismo,* Fahrlässigkeit 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; *Kadeëka,* 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 Fahrlässigkeit, 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 bei 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 Fahrlässigkeit, 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 Fahrlässigkeitshaftung 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 Annahme 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 sozialadäquaren 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. Schmidt,* 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 subjektive 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 Pflichtverletzungen 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 [2] y a la ciencia penal italiana de los siglos XV y XVI [3], mientras que, en cambio, el Derecho germánico y el Derecho alemán medieval conocieron hasta el momento de su recepción las "ungefährwerke" como modalidades castigadas con una pena atenuada, pero que fre-

[2] 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.

cuentemente sólo pudieron ser comprendidas de modo casuístico de la mano de dudosos elementos externos [4]. 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 [5]. La **imprudencia** no es, por tanto, una forma atenuada del dolo sino que **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 contraviene voluntariamente 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) [6].

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 [7], sino un **tipo** ("*Typus*") **de acción punible** que muestra tanto en el ámbito del injusto como en el de la culpabilidad una estructura autónoma [8]. La imprudencia se determina de acuerdo con un **doble criterio**. Se examina, por un lado, qué

---

[3] Vid. *v. Hippel*, Tomo II pág. 355; *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren págs. 146 ss.

[4] Vid. *Eb. Schmidt*, Einführung págs. 32, 71; *Wilda*, Strafrecht der Germanen págs. 544 ss.; *His*, Strafrecht des deutschen Mittelalters págs. 86 ss.

[5] 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 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 hecho a evitar". Vid., además, el resumen contenido en *LK (11.ª)(Schroeder)* § 16 núms. 122 ss.

[6] 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.

[7] 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.

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) [9]. 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 [10]. En ello no reside ninguna infracción del mandato de certeza (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 [11].

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 deberes de cuidado que han sido desarrolladas (BGH 13, 190 [191]; 18, 359 [362]) [12]. Para el necesario deber de cuidado en el tráfico viario resultan decisivas ante todo las regulaciones contenidas en la StVO.

---

[8] 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*, Fahrlässigkeit im Vorsatz pág. 22; *Henkel*, Mezger-Festschrift pág. 282; *Hirsch*, 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*, Fahrlässigkeit 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 praxis 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.

[9] En torno a la discusión sobre la posición del resultado en el tipo de injusto del delito imprudente vid. *infra* § 55 II 1a.

[10] Vid. *Welzel*, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte pág. 15; *Roxin*, Allg. Teil I § 24 núms. 87 ss.

[11] Vid. *Bockelmann*, Verkehrsrechtliche Aufsätze págs. 208 ss.; *H. Mayer*, Grundriß pág. 129; en cuanto al resultado también *Bohnert*, ZStW 94 (1982) pág. 80.

[12] Vid., al respecto, *Dreher/Tröndle*, § 163 núm. 5; *LK (10.ª)(Willms)* § 163 núms. 6 ss.; *Kühl*, Allg. Teil § 17 núm. 17.

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**) [13].

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 [14]: 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 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 [15].

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 [16], de la actua-

---

[13] 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.

[14] En contra, *Jakobs*, ZStW Beiheft Teheran 1974 pág. 20 nota a pie núm. 45; *el mismo*, Allg. Teil 9/8 ss.

[15] 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, 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 que "el cuidado requerido 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.

[16] 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.

ción que en atención a dicho peligro no observa el **cuidado objetivamente debido** [17] y (en los delitos imprudentes de resultado) del **acaecimiento del resultado típico** a consecuencia de la infracción de aquel cuidado [18]. En *Derecho civil,* para la fundamentación de la responsabilidad en la 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 [19]. 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 [20]. *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 [21]. 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 [22]. 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 [23]. Otros, por el contrario, niegan el conteni-

---

[17] 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.

[18] 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 Gefährdungsdelikte 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.

[19] En este sentido se pronuncia la doctrina dominante; vid. *Larenz,* Schuldrecht Tomo I págs. 284 ss. y el resumen de *Kaminski,* Der objektive Maßstab 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.

[20] Vid. *Boldt,* Böhmer pág. 387.

[21] *Feuerbach,* Lehrbuch 13.ª ed., págs. 9 ss.

[22] Vid. *Köstlin,* System pág. 165; *Berner,* Imputationslehre págs. 227 ss.

[23] *Binding,* Die Schuld pág. 127; también *Mezger,* Lehrbuch págs. 355 ss., exige "un aspecto del *querer que conscientemente es contrario a deber*".

do de culpabilidad de la imprudencia por la ausencia general de una voluntad dirigida al resultado [24] o lo hacen, en todo caso, en el ámbito de la imprudencia inconsciente (vid. *infra* § 54 II 1) [25].

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 [26]. 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 [27]; en cambio, no se responde jurídico-penalmente por 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 [28]. En la era de la técnica, tal y como lo demuestran 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.

---

[24] Vid. *Baumgarten*, Verbrechenslehre págs. 116 ss.; *Germann*, SchwZStr 49 (1935) págs. 32 ss.

[25] Así, por ejemplo, *Bockelmann*, Verkehrsrechtliche Aufsätze págs. 213 ss.; mostrando sus dudas, *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 168 ("desconocimiento del riesgo"); *Germann*, Das 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, *Erenius*, 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) que se encuentran a disposición del autor frente al reproche de la imprudencia.

[26] Así se pronuncia, en contraste con la "teoría de la voluntad", la "teoría del sentimiento"; vid. *Exner*, Fahrlässigkeit págs. 173 ss.; *Kadečka*, Gesammelte Aufsätze pág. 69; *Engisch*, Vorsatz und Fahrlässigkeit pág. 470. Acerca de la imprudencia consciente como culpabilidad por la voluntad, *Köhler*, Fahrlässigkeit págs. 37 ss.

[27] Así, con razón, *Nowakowski*, JBl 1953, pág. 508; vid. también *el mismo*, JBl 1972, pág. 31.

[28] 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/Cramer*, § 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.

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 [29]), sino sólo *determinados tipos imprudentes* que raras veces han sido acogidos en el StGB pero que *sí* aparecen con frecuencia en el Derecho penal especial. Al igual que en los delitos dolosos se diferencia entre *delitos de mera actividad* (§§ 163, 316 II) y *de resultado* (§§ 222, 230 [30], 309 [31], 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 [32], 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** [33]. 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, 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 [34].

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

---

[29] 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).

[30] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 229 (*N del T*).

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

[32] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 264 IV (N del T).

[33] 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.

[34] 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.

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, sí 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) [35]. El significado práctico de la distinción entre ambas clases de imprudencia [36] reside sobre todo en su delimitación frente al dolo eventual. La imprudencia consciente es en su estructura similar al dolo eventual [37]; 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) [38] 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) [39]. 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 [40], 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 [41], 177 III [42], 178 III [43], 239a III, 251, 316c II [44]). 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) [45]. Esta modalidad de imprudencia se corresponde con la imprudencia grave del Derecho civil (E 1962, Fundamenta-

---

35 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.

36 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.

37 Desde el punto de vista de su delimitación divergente 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.

38 Vid. *Boldt*, Böhmer pág. 402.

39 Vid. *Larenz*, Schuldrecht Tomo I págs. 291 ss.

40 La remisión debe entenderse realizada al vigente § 264 IV (N del T).

41 La remisión debe entenderse realizada al vigente § 176 b (N del T).

42 La remisión debe entenderse realizada al vigente § 178 (N del T).

43 La remisión debe entenderse realizada al vigente § 178 en su único apartado (N del T).

44 La remisión debe entenderse realizada al vigente § 316c III (N del T).

45 Vid. *Göhler*, § 10 OWiG núm. 20.

ción, pág. 132; BGH 14, 240 [255]; 20, 315 [327]; 33, 66) [46]; existe cuando el cuidado debido ha sido infringido "en 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 [47].

El AE contiene en el § 16 II la propuesta atendible de dejar siempre *impune* la *imprudencia leve* por faltar en ésta una culpabilidad criminal [48].

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; *Gössel* 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*, 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/Schneider*, 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.

---

[46] 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. 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.

[47] Yendo 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 norteamericano, 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.

[48] Asimismo, *Bockelmann*, Verkehrsrechtliche Aufsätze págs. 21 ss.; *Stratenwerth*, Basler Juristische Mitteilungen 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 viario *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.

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[49] 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[50] en atención a cuestiones prácticas como la participación (OLG Stuttgart VRS 50, 265), la tentativa (por ejemplo, § 353b I 3)[51] y la determinación de la pena (§§ 56g II, 66). En realidad, la parte dolosa del tipo conjunto no aparece conminada autónomamente 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 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

---

[49] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 308 V (N del T).

[50] 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.

[51] Así, *Dreher/Tröndle,* § 11 núm. 38; *Schönke/Schröder/Eser,* § 11 núm. 76. Disienten, *Krey/Schneider,* NJW 1970, pág. 644; *SK (Rudolphi)* § 11 núm. 36.

"cuando éste, por lo menos, ha provocado por imprudencia el resultado" [52]. 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 [53], 225 [54], 226 [55], 229 II [56], 239 II [57], III [58], 307 núm. 1 [59], 312 [60], 318 III, 330, 340 II [61]) incluso como tipos básicos en combinación con un hecho imprudente (§§ 309 [62], 314 [63]) [64]. 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 [65].

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 [66] 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 [67]. Por el contrario, el golpe por sí solo se castiga según el § 223a [68] 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).

---

52 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)].

53 La remisión debe entenderse realizada al vigente § 226 (N del T).

54 Vid. la nota a pie núm. 52 *in fine* (N del T).

55 La remisión debe entenderse realizada al vigente § 227 (N del T).

56 Las lesiones corporales graves o la muerte ya no constituyen un delito cualificado por el resultado 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).

57 La remisión debe entenderse realizada al vigente § 239 III núm. 1 (N del T).

58 La remisión debe entenderse realizada al vigente § 239 IV (N del T).

59 La remisión debe entenderse realizada al vigente § 306c (N del T).

60 La remisión debe entenderse realizada al vigente § 313 II en conexión con el § 308 II a VI (N del T).

61 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).

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

63 La remisión debe entenderse realizada al vigente § 313 II en conexión con el § 308 III, V y VI (N de T).

64 Acerca del Derecho penal especial vid. *Hänle*, Die Teilnahme pág. 14.

65 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.

66 La remisión debe entenderse realizada al vigente § 227 (N del T).

67 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).

68 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 [69]), 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) [70]. 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) [71].

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) [72]. 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 [73].

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 [74].

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 con resultado de muer-

---

[69] 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).

[70] 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.

[71] 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.

[72] 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.

[73] 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.

[74] 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.

te (§§ 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[75]. 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 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)[76]. 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 negar la 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 producción 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]).

---

[75] 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.

[76] Vid. *Spendel*, JuS 1974, págs. 753 ss.

Para casos de esta naturaleza es admitida de diferentes modos una **prohibición de regreso** [77], 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 debe ser no obstante rechazada [78]. 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" [79]. 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 también en aquellos supuestos en los que el autor posee una posición de garante en beneficio del ofendido [80].

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 [81] 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 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

---

[77] 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.

[78] 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).

[79] *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1164.

[80] 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.

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

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.] [82]).

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* [83], *Suiza* [84] y *Canadá* [85]. 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 [86]; la jurisprudencia se inclina hacia una posición extensiva y rigurosa sobre la base de la identidad entre la imprudencia del Derecho civil y la del Derecho penal [87]. 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 [88]. Lo mismo puede decirse del estado actual de la doctrina *española* [89]. La originalidad del

---

[82] 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.

[83] 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.

[84] 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 más leve de culpabilidad.

[85] Vid. *Binavince*, Fahrlässigkeit págs. 227 ss.

[86] 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 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.

[87] 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.

[88] 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*, Diritto 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.

[89] Vid. *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 472 ss. No obstante, la influencia de

Derecho español reside en su art. 565 C.p. que contiene un tipo general para la imprudencia [90] [91]. También en los *Países Bajos* 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 [92]. La doctrina *belga* siguió anteriormente a la francesa [93], pero ahora diferencia claramente entre la norma de cuidado objetivamente vigente y la actitud psíquica del autor [94]. 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 a la que se denomina "criminal, culpable" o "gross negligence", de modo que la responsabilidad criminal está notablemente restringida [95]. 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 [96].

§ 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,* Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 1963; *Ebert,* Kausalität und objektive 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

---

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.

[90] Vid. *Córdoba Roda,* ZStW 81 (1969) págs. 429 ss.

[91] 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).

[92] 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.

[93] Vid. *Cornil,* ZfRV 1964, pág. 35.

[94] Vid. *Dupont/Verstraeten,* Handboek núm. 443; *Hennau/Verhaegen,* Droit pénal général núm. 381.

[95] 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 Fahrlässigkeit im amerikanischen Strafrecht, 1972; además, *Jescheck,* Fahrlässigkeit págs. 15, 19 ss.

[96] *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.

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 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 strafrechtliches 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 Fahrlässigkeit, 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 Ursächlichkeit beim fehlerhaften Risiko, DRechtsw 8 (1943) pág. 46; *Mühlhaus,* Die Fahrlässigkeit in Rechtsprechung und Rechtslehre, 1967; *Münzberg,* Verhalten und Erfolg als Grund der Rechtswidrigkeit 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 Pflichtwidrigkeit 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; *Trifterer,* 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 la definición general de que actúa imprudentemente **"quien desatiende en el tráfico el cuidado exigible"** [3]. Decisivo resulta, según ello, lo que la comunidad entiende como diligencia y atención "*exigibles*" 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 exigible 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

---

[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 involuntarias, *Jakobs*, Welzel-Festschrift págs. 309 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 142; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 124.

[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.

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, 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 de armas distintas 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 maestro 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].

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 "automovilista de carreras 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 un ejercicio de prácticas de tiro de precisión (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

[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".

[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.

la vida cotidiana también le es inherente un cierto nivel de riesgo (vid. *supra* § 25 IV 1). Solamente es contrario al cuidado exigible la *superación del límite 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 extraordinario y difícilmente identificable en el material de 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 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 externo"**) [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 se contienen en 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

---

[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).

[10] Vid. *Engisch*, Vorsatz und Fahrlässigkeit págs. 273 ss. El hecho de que el "cuidado externo" sea sólo consecuencia del "interno", 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. 668.

alguien, a pesar de carecer de conocimientos en la materia, lleva a cabo o asume una acción que podría ser confiada sin más 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).

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 el deslizamiento a alta velocidad (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 especialmente en comprender el alcance de disposiciones jurídicas y otras normas de comportamiento impuestas para una actividad determinada.

Ejemplos: El obligado tributario debe asesorarse sobre la materia 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

---

[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.

origen del hierro vendido ante la sospecha sobre su procedencia (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 externo 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 adapte 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 mutuas profesionales dirigidas a la prevención de accidentes de trabajo [17]. Asimismo, para el tratamiento de enfermedades rigen reglas de general reconocimiento [18].

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 al que pertenece 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 cuida-

---

[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] Según este principio, 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.

[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.

do, 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 distribución 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 su función 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 por principio 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).

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

---

[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.

[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.

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 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.

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].

---

[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.

[32] Vid. *Welzel*, Lehrbuch pág. 137; *Lackner*, Niederschriften 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.

[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.

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 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

---

[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.

[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.

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 puede ser negada incluso 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, 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* §

---

[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 su beneficio como para su perjuicio.

[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 personale 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.

28 IV 4)[41]. Aquí se trata de una limitación general de la imputación objetiva que rige también tanto para la responsabilidad civil 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, hubiera 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 interviniente 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 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

---

[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 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 *in fine*).

[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.) sobre la previsibilidad del sueño por parte del conductor al volante.

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).

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 proelividad 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 incorrecto (OLG Stuttgart VRS 18, pág. 365), de la muerte de un enfermo de corazón debida a una colisión 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 concurrencia 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 Motivbündels, GA 1983, pág. 433: *Baumann*, Die Rechtswidrigkeit der fahrlässigen Handlung, MDR 1957, pág. 646; *Becker*, Sportverletzung und Strafrecht, DJ 1938, pág. 1720;

---

[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.

[50] Al respecto vid. *P. Frisch*, Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, 1973.

Berz, Die Bedeutung der Sittenwidrigkeit für die rechtfertigende Einwilligung, GA 1969, pág. 145; *Bickelhaupt*, Einwilligung in die Trunkenheitsfahrt, NJW 1967, pág. 713; *v. Caemmerer*, Wandlungen 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 Fahrlässigkeitstaten usw., Diss. Bonn 1963; *Himmelreich* 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 Fahrlässigkeitdelikten? 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.

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 **exa-**

---

[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; *Schmidhäuser*, 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.

men 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 mera 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).

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.

---

[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; *Zielinski*, 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).

[7] Ejemplos adicionales pueden encontrarse en *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 96 antes del § 32.

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 lesivo 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 del fútbol enfurecido 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 el agresor (RG JW 1925, pág. 962).

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 a una paciente que se encontraba en peligro de muerte, sobrepasa con descuido el límite máximo de velocidad permitida en distintas poblaciones, actúa justificadamente si con ello no pone en riesgo 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

---

[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.

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 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 así 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 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].

---

[10] Diferenciando según los casos, *Geppert*, ZStW 83 (1971) pág. 986. En el sentido del texto *Schaffstein*, Welzel-Festschrift pág. 574.

[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 el resultado*; asimismo, *Geppert*, ZStW 83 (1971) pág. 974. En cambio, resulta 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.

[15] Básicamente sobre ello, *Stoll*, Das Handeln auf eigene Gefahr págs. 305 ss.; además, *Hansen*, Die Einwilligung des Verletzten págs. 146 ss.

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 (por ejemplo, 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].

§ 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 Fahrlässigkeit bei Straßenverkehrsunfällen, 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 — strafbegtenzendes 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;

---

[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.

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].

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-mental 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 sean 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

---

[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).

[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.

exigencias de cortesía o de la 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, aumentar la velocidad en el momento de ser adelantado o cerrar el paso, 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 perteneciente al círculo del autor *(criterio objetivo)*, sino 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

---

[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.

[6] El ejemplo procede de *Herzberg*, Jura 1984, pág. 411.

[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*,

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 externas e internas del cuidado debido que eran demandadas 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 incorrecto 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 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 realización 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

---

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.

[10] Vid. *Larenz*, Schuldrecht Tomo I pág. 285; en relación con el Derecho civil vid., además, BGH JZ 1968, pág. 103.

exigencias necesarias en la actividad asumida por él [11]. Pero, sea como fuere, este requisito no ha sido demandado expresamente por la jurisprudencia, de 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]; en otro sentido, 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 punible; 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.

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 previsibles objetivamente en sus rasgos esenciales [16] (vid. *supra* § 55 II

[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.

[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 aquél no habría acontecido".

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 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 maestro 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 retroceda ante el 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 lado 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 en 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 un local cerrado al 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.

IV. La inexigibilidad del comportamiento adecuado a la norma

El reproche culpabilístico de la imprudencia también puede decaer si las circunstancias externas convierten en *inexigible* el cumplimiento del deber objetivo de cuidado [19]. De modo di-

---

[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*, 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.

[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;

verso a como sucede en los delitos dolosos en los que también se exige obediencia al Derecho frente a la más fuerte de las presiones motivadoras, 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.

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 si se negaba a trabajar con un caballo que siempre se desbocaba (no obstante, en la actualidad este supuesto 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 Memel, 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 conductor 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).

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.

[24] Así, *Bockelmann*, Verkehrsrechtliche Aufsätze pág. 211; *Mühlhaus*, Fahrlässigkeit págs. 43 ss.

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*" [1], 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 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 *frustración* de la 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 Entstehungsvorausserzungen 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

[1] 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.

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'omission,* 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,* Pflichtwidrigkeit 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*, Steuerunehrlichkeit 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; *Separović*, Die Behandlung der Unterlassungsdelikte in Jugoslawien, ZStW 77 (1965) pág. 149; *Sgubbi*, Responsabilità 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 bis],

[1 bis] 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 la época de 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.

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. 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

---

[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.

[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.

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).

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 infracciones 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

---

[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.

[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; *Schmidhäuser*, 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.

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 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 se debe 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 naturópata 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

---

[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.

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].

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

[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 págs. 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 *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 Unterlassungsdelikte 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.

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 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 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).

---

[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.

[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 Pflicht 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) (Heimann-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 aviso 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) puede ser impedido 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).

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

---

[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.

[38] En este aspecto se basa la opinión contraria de *R. Schmitt*, JZ 1959, pág. 432.

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]. 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 ejecutar un comportamiento o a evitar un resultado).

---

[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 "referido 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.

[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.

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.

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 mera actividad la jurisprudencia ha llegado por vía interpretativa a la conclusión de que en ciertos delitos de esta clase el tipo también puede ser cometido por medio de una simple actitud pasiva, tal y como sucede con la prevaricación (§ 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 personas sujetas a custodia por medio de la desatención de su deber de atención y cuidado (§ 223b tercera forma de acción [51]), la puesta en peligro del tráfico viario por medio de la no señalización de vehículos detenidos en la carretera (§ 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.

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

---

[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.

[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).

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 antes **modificado** en tres sentidos: en primer lugar, se partió del presupuesto de que *por lo general* 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 presuponen 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 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 certeza* 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

---

[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.

[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*, Unterlassungsdelikte págs. 151 ss.; *Schönke/Schröder*, 17.ª ed. comentario introductorio a la Parte General.

(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 sobre 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].

4. Sin embargo, por medio del § 13 todavía no se satisface en toda su extensión el **mandato de certeza** [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 certeza 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

---

[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 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 certeza, BVerfGE 26, 41 (43) (relativa al § 360 I núm. 11 StGB en su redacción anterior).

permite alcanzar una conclusión definitiva en la Parte General [61], por lo que no puede ser 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 resolución delictiva por medio de una acción positiva muestra generalmente una actitud interna más hostil al Derecho que aquel que, en 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

---

[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 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.

[64] Detalladamente sobre la cuestión, *Bruns*, Tröndle-Festschrift págs. 125 ss. Además, *Dreher/Tröndle*,

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 si el marido empuja a la mujer al agua con intención homicida que en el caso en el que simplemente 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 calefacción 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 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).

---

§ 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.

[68] Vid. *SK (Rudolphi)* § 13 núm. 66; *Bruns*, JR 1982, pág. 466; *el mismo*, Tröndle-Festschrift págs. 131 ss.

4. La **atenuación de la pena**, de acuerdo con el § 13 II, **no rige** ni 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 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 sigue 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 la 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]. Del mismo modo, el Código penal de 1994 contiene sólo delitos de omisión propia (arts. 223-6, 434-11). En *España*, ciertamente, se alzan también ciertas objeciones sobre la base del principio de legalidad frente a la

---

[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 general realizada por *Novoa Monreal* sobre el tema "Infractions d'omission" del XIII. Congreso Internacional de Derecho Penal. Acerca del anterior Derecho yugoslavo *Separović*, 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.p. 1810 (omisión del deber de denuncia de delitos) y en el art. 63 C.p. 1810 (omisión del deber de socorro) *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal général núm. 260.

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 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 *neerlandesa*, 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].

§ 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

---

[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 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.; *Eiandaca*, Il reato commissivo mediante omissione, 1979; *Romano*, Commentario, art. 40 núm. 28.

[78] Vid. *van Bemmelen/van Veen*, Ons strafrecht págs. 75 ss., 164 ss.; *Hazewinkel-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 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.

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 inesigibilità 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 objektive 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. v. 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*, Überzeugungstäter 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 Bewußtseinsform 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*, Straftarsystematische 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]. El cómo la acción esperada y omitida tendría que haberse producido, es algo que en muchos de los deli-

[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 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.

tos de omisión propia se deriva 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 de forma más general. 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 acuerdo con su sentido.

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 sujeto activo 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 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

---

[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).

[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.

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 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 quienes apoyan 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 quien exige el cono-

---

[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).

[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.

cimiento 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].

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 impropia

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 rectificación (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 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

---

[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.

[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.

[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.

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 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 (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 espe-

---

[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. Liszt/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.

[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*, Unterlassungsdelikte 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.

rada 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, 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 ático a los brazos del personal de socorro situado debajo, causa la muerte por abrasamiento de aquéllos si de ese modo 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 sobre 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

---

[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 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.

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 no basta con el hecho de que una acción posible hubiera evitado el resultado para poder hacer responsable de la lesión del bien jurídico a cualquiera que posea capacidad de acción, puesto que no existe un deber de ayudar en todo momento que sea necesario cuyo incumplimiento sea punible. 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. Por ello, la equivalencia de la omisión con el hacer positivo presupone que el autor de la primera responda como "garante" de la evitación del resultado [31]. Todos los deberes de impedir el resultado descansan 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 omisión 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 tradicional que se suministra se apoya en la *causa que origina* el deber jurídico **(teoría formal del deber jurídico)** [34]. De

---

[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.

[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

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 las **estrechas relaciones de vida** (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 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 implicados o que el titular del bien jurídico (o cualquier otra persona responsable de su protección por el motivo que sea) haya soportado

---

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.

[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.

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 el **vínculo natural** que, sin embargo, para poder desplegar efectos jurídico-penales debe descansar sobre una relación *jurídica*. 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 dependan 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].

---

[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.

[40] Mostrando su acuerdo, *Geilen*, FamRZ 1964, pág. 391; críticamente, 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;

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 al miembro de la expedición que, a causa de su debilidad, se había 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 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 de lo acordado (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 DR 1943, pág. 897; RG 74, 350 [354]), el médico de guardia 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 médi-

---

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.

[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.

co 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 en una empresa 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 (§ 242 BGB), para el pago del 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 impedir 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 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) basada 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 en este caso sobre el deber de supervisión de una fuente de peligro (vid. *infra* § 59 IV 4b), pues el riesgo 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.

---

[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.

[50] Sobre la cuestión vid. *Odersky*, Tröndle-Festschrift págs. 295 ss.; *Pfohl*, NJW 1994, pág. 419; *Nestler*, GA 1994, pág. 530 (quien como máximo acepta una complicidad).

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 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 en la infracción de la norma que sirve precisamente para la pro-

---

[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, *v. 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.*

tección 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 de la rectificación 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 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 para cuero pero 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

---

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 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.

[58] Vid. al respecto *SK (Horn)* § 221 núm. 6.

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 capaz 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 garantizar la seguridad del tráfico en Derecho civil (BGH NJW 1961, 868 [869]; NJW 1962, 791 [792]) [61], también en Derecho penal existe un **deber de garante para el control 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 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 echar arena contra el hielo (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 que 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

---

[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.

[64] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 229 (N del T).

(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 dueño 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 sobre 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 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

---

[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.

[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.

(RG 71, 176 [177]). Lo mismo sucede con el deber de garante que posee el maestro 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).

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, sin haber bebido alcohol durante el camino, provoca un accidente y respeta el deber de no alejarse del lugar del siniestro (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 un hijo que 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 aquél 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 una *forma y manera determinada*.

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 un hecho "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 sim-

---

[72] *H. Mayer*, Materialen Tomo I pág. 275, a la vista de la actual praxis, habla de "responsabilidad parental". 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 de filtro" de la posición de garante.

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

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

ple 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, procurando una oportunidad o empleando 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 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 el error 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.

---

[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/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 cláusula general 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").

2, 340, o la 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 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 se 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].

---

[81] Vid. *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte pág. 288; *Rudolphi*, Gleichstellungsproblematik pág. 63; *SK (Rudolphi)* § 13 núm. 10.

[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.

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].

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 el autor al menos 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 conciencia 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 siempre 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 una 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).

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 **conciencia** 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,

---

[84] Así, la doctrina mayoritaria; vid. *Geilen*, JuS 1965, pág. 427; *Welzel*, NJW 1953, pág. 329.

[85] Acepta 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.

[88] Así, *Grünwald*, H. Mayer-Festschrift pág. 289. Negando en todo caso el dolo en la omisión, *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte pág. 126.

como mínimo, se mueva dentro de los límites de la conciencia[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 disuadir 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 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 conciencia" 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

---

[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.

[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.

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).

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 averiado no cae en la cuenta de 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].

---

[94] Ello sucede con mayor frecuencia en Derecho penal especial (vid., por ejemplo, § 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).

[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.

Ejemplo: Actúa imprudentemente la maestra 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.

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 sujeto 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].

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 por avería en la calzada (§ 315c I núm. 2g) no puede objetar que para él habría sido demasiado 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

---

[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.

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 tenida 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 considerada 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 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 ac-

---

[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.

ción 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 del comportamiento 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 del 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 com-

---

[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.

prende 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 I— del plan de robar un banco (BGH 19, 295 [296, 299]), por su error acerca del deber de acción 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 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).

---

[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 Commissivdelikte 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 putativo); 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.

[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.

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 un cambio 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, 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,

---

[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 fórmula del § 22 *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 40 núm. 106; *LK (10.ª) (Vogler)* § 22 núm. 115.

[10] Así, *Herzberg,* MDR 1973, pág. 89; *Maihofer,* GA 1958, pág. 297; *Lönnies,* NJW 1962, pág. 1950.

[11] Así, *Armin Kaufmann,* Unterlassungsdelikte 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).

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 salvada mediante auxilio médico (BGH 7, 287 [288]) o cuando el herido sobrevive 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 golpear a la víctima junto con otro coautor hasta que aquélla pierde la consciencia, la abandona sobre la vía del tren de cercanías —donde 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 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].

---

[14] Incorrectamente en contra de esta jurisprudencia, *Welzel*, JZ 1958, pág. 495; mostrando también sus dudas, *Grünwald*, JZ 1959, pág. 46.

[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, 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

La *inducción* consiste aquí en la provocación dolosa de la resolución 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 cumplimiento 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.

---

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. 59.

[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.

[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.

Capítulo cuarto: 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*, Grundbegriffe 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,* Complicity, 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 Handlungslehre 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; *Piotet,* 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. Schmitt,* 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 normative 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

[1] 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.

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 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.

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 no deseara aparecer 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

---

[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 participación" 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 "urgencia". En contra, *Küper*, ZStW 105 (1993) págs. 470 ss., así como *LK (11.ª)(Roxin)* § 25 núms. 12 ss., 160 ss.

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 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 sólo 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 nin-

---

[4] Rechazado en Alemania por la doctrina mayoritaria; vid. *Blei*, Allg. Teil págs. 248 ss.; *Bloy*, R. Schmitt-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 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; ésta 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 normative 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.

guna 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 la determinación de la pena porque excluye la posibilidad de un marco punitivo atenuado para la inducción y la complicidad.

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 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 si bien de otro modo a como lo hace 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

---

[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.

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 *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 se arguye que las razones que hablan a favor de una diferenciación no rigen aquí. Pero, en todo caso, la inclusión 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 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

---

[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.

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 "comete" 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:

---

[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 venga 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 intentaban atravesar 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.

[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.

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 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 porque lo determinante es la forma y modo de la dirección del curso causal.

---

[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.

[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.

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.

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 de 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**; 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 hizo 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.

---

[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.

[23] Las bases teóricas también han sido aquí sentadas por *v. Buri*, Die Causalität págs. 41 ss.

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 poder 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, puede 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 en marcha, 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, si el autor quiere como un hecho propio 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 particular, 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 la circunstancia 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 cri-

---

[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.

[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 Tatbestand 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.

terio 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 posiblemente 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].

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 pun-

---

[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.

[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 de 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 del hecho como totalidad*" de *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 582, que se comprende no de un modo definitorio sino de forma fenomenológica. Una profunda crítica a la

to de partida para la solución del problema es 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 mismo [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 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].

---

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 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 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 en virtud del 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/*

b) El segundo grupo de casos 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, además, 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 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 nacional-socialismo 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

---

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 da 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 intentaban atravesar 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.

[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.

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 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 voluntad 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 implicados 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

---

[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.

[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.

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 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 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), cerró esta polémica en el sentido de que la inducción y la complicidad presuponen la **comisión de un hecho**

---

[40] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 229 (N del T).

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

[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.

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 revelación imprudente 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].

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

---

[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.

[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.

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 al 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 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 autor, 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 dicha cualidad exigida para ser autor tampoco puede convertirse en tal por medio de su colaboración con la persona que sí posee aquélla (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 distinguir entre elementos personales referidos al hecho y los referidos al autor (por ejemplo,

---

[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.

[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.; *Jähnig*, 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*

en el delito de asesinato entre los primeros se encontraría la alevosía según la 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 vinculados con el 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]. 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

---

(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, § 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; de otra opinión, *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.

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 supresión 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 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,

---

[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).

[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.

el § 217 [68]) la cuestión de su clasificación en el § 28 ó 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].

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 ganarse unos de marcos en caso de necesidad reparte octavillas en contra de la CSU en 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 desconsideración en la inobservancia de la prioridad de paso (§ 315c I núm. 2a), el partí-

---

926; *Vogler*, Lange-Festschrift pág. 267; *Grünwald*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 566 ss. El § 14 II del 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).

[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.

cipe en el que en cambio sí concurre cuando, por ejemplo, le mete prisa al conductor de un taxi, queda no obstante impune porque entonces para el taxista 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 ésta 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 éste 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 de *autoría unitaria* son los §§ 12 y 14 del StGB *austriaco* [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

---

[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.

[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.

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 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 las distintas formas de intervención y toma por base la accesoriedad limitada [89]. En los *Países Bajos* se distingue, del mismo modo

---

[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, *Desportes/le 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] Disiente *Detzer,* Einheitstäterlösung págs. 112 ss. Críticamente *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.

[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, evidenciando así una redacción similar —aunque no idéntica— a la del texto alemán) y quienes meramente "se consideran" como tales a los simples 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.

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 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, 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 formas 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*, Eigenhändige Delikte, Strafr. Abh. Heft 212, 1926; *Exner*, Fahrlässiges Zusammenwirken, 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

---

[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.

[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.

beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1973, pág. 89; *el mismo,* Der Anfang des Versuchs der mittelbaren Täterschaft, JuS 1985, 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 Teilnahme 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 "**instrumento**" para la ejecución de la acción

[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. 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 sobre 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

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 aplicada sin ningún tipo de límites. La **posibilidad de apreciarla finaliza** allí donde el instrumento es un *autor plenamente responsable*, pues la Ley penal parte 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 (*deli-*

---

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.

[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.

tos 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].

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 (verbigracia, 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].

---

[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.

[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*).

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 las cuestiones de su delimitación y de la fundamentación.

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 ejecutor [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 conjuntamente (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 con independencia del error en los motivos que sufre (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 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 supuesto 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

---

[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.

[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.

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, instigado por "Loki", muere por el objeto que lanza el 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 ferroviario (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 supuesto 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 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 supuestos 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 intervención 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].

---

[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.

[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.

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 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 legalmente (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 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].

---

[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.

[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.

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 tan sólo disminuida 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 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 le 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 nece-

---

[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.

[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.

sidad, 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 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. No obstante, es también imprescindible 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].

---

[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 (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; *Hünerfeld*, 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.

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]).

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 conciencia 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 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 supuesto del autor enfermo mental al que no se ha reconocido su estado 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

[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.

[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.

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). 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 a que mate a su enemigo C; pero B dispara a D al sufrir una equivocación en la identidad 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].

[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.

[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.

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 supuesto 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].

Ejemplo: La presentación de un inventario incorrecto de mercancías al síndico de la quiebra que actúa de buena fe para que éste transfiera aquéllas 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]).

No obstante, 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 al-

---

[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").

[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.

guien no evita la acción punible del instrumento en contra de su deber de garante [47]. Por ejemplo, en un establecimiento sanitario el enfermero 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, 214, NStZ 1991, pág. 124; *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., 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

---

[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.

[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.

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 la abrazadera que conecta 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].

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

---

[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*, 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.

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). También 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 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 extranjero 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 ejecutor pierde para uno de los coautores la dirección exigida por el tipo de actuar "contra otro".

---

[5] Con acierto subraya *Kühl*, Allg. Teil § 20 núm. 99, que éste es el "aspecto central 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.

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 del herido 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.

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 concurran 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].

---

[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.

[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).

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 la circunstancia 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, 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 conjunta. 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]) o 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]). Lo mismo sucede si fueron objeto de apropiación indebida bienes distintos de los que se pactaron (RG 57, 307), si un coautor comete un robo a pesar de que sólo fue planificada una coacción (BGH GA 1968, pág. 121) o cuando 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

---

[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.

[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).

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 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 debe evidenciar que la responsabilidad por la ejecución del hecho pesa 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 conciencia" (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 perjudican a los coautores que se adhieren con posterioridad (BGH *Dallinger* MDR 1969, pág. 533) (*coautoría sucesiva*) [19].

---

[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.

[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.

[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

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 hijastra 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 al 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 contrapunto 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 confluyen en 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 co-

---

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.

[21] Igualmente, *Fincke*, GA 1975, pág. 176; *SK (Samson)* § 25 núm. 56.

[22] Vid. *Kion*, JuS 1967, pág. 499.

mún, 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 delito 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 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 concurrir ya 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,

---

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.

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.

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].

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 por parte del hombre de atrás 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].

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

---

[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; *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 mayoritaria; 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; *Schönke/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).

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].

V. La penalidad 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

---

[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 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.

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 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,* Alternativfeststellung 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 zweierlei 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

---

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.

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; *Martin,* 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,* Abweichung der Teilnehmervorstellung 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 provocateur, 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,* Der 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 zeitlichen 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; *Schwind,* 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 mis-*

mo, 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 inculpable [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 partici-

---

[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.

[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 era perturbado en la estructuración de su 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/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 50 núm. 57; *Baumann*, JuS 1963, pág.

pación 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; es ello lo que determina su propia actuación culpable. 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 responsabilizado 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].

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 accesoriedad, dado que atiende a que el partícipe debe lesionar *un bien jurídico también 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.

[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);

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 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

---

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.

[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. Yendo demasiado lejos en la vinculación entre los intervinientes que no se exige en el § 26, *Puppe*, GA 1984, págs. 112 ss., quien demanda 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.

[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.

inductor no aparece 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 dolo del 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 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];

---

[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. 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 punible; 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.

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].

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 sólo 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 al que ya está decidido a cometer un robo a emplear en la ejecución del mismo un arma (*circunstancia más grave*) no sólo 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

---

[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.

[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 es "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.

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 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 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 sólo declara sin embargo no saber nada del tema (BGH LM § 154 StGB núm. 37).

---

[25] Igualmente, *Bemmann*, Gallas-Festschrift pág. 273; *Eser*, Strafrecht II núm. 43 A núm. 8; *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.

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]. 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 intentada 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 superado el estadio

---

[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/Gössel/Zipf*, 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; *Bemmann*, 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 Schiller "Der Gang nach dem Eisenhammer", pues aquí el error sobre la individualización de la víctima tiene lugar en el inductor mismo.

[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.

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 de la inducción los casos más graves 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 ésta se presenta como *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 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

---

[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.

[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.

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 al ganado vacuno sustraído 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" sin promover el hecho 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 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

---

[37] Vid. *Schönke/Schröder/Cramer*, § 27 núm. 12; *SK (Samson)* § 27 núm. 11; *Lackner*, § 27 núm. 4.

[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.

[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.

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).

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 ni siquiera concurre un favorecimiento del hecho con-

---

[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.

[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 (8.ª) (Mezger)* § 49 comentario núm. 2; *Samson,* Hypothetische Kausalverläufe pág. 55.

[45] En este sentido, con razón, *Puppe,* ZStW 95 (1983) pág. 292.

creto 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 sin embargo desarrollada por autores que ven en ella un delito de peligro abstracto [46] o concreto [47].

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 otro lado, se pierde con ello 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 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).

---

[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. 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.

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).

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 III) 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

---

[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.

[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.

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 contenido de injusto de la complicidad, a causa de que 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.

---

[59] Acerca de la sustitución de la atenuación obligatoria por una de carácter facultativo vid. *Nagler*, GS 115 (1941) págs. 36 ss.

[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.

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 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].

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].

---

[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.

[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.

V. La participación necesaria

1. Concurre la *participación necesaria* cuando un tipo está configurado de tal manera que para su realización es imprescindible conceptualmente 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 intervinientes, 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

---

[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.

[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.

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 que depende del 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].

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 alumno permite que tenga lugar el tocamiento impúdico por parte del maestro. Pero también es impune como persona protegida la alumna 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 de la 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

---

[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. 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 más 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.

§§ 120, 258V, es la sustancial *disminución de la culpabilidad* (situación análoga al estado de necesidad) la que conduce a la impunidad [83].

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 semejantes. 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. 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

---

[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 § 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 nl 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.

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 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

---

[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 § 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.

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. Sin embargo, demasiado lejos va 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 de concluir un acuerdo [5].

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

---

[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*, Literaturbericht, 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.

[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).

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).

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

---

[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.

[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; *Heinitz*, 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.

grave (por ejemplo, en el caso de tentativa del § 313, en cuyo apartado segundo no se criminaliza), se disipa 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 el supuesto 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].

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

---

[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 la declaración bajo juramento del autor es impune como tentativa inidónea. Por ello también se muestran 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.

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 aquél 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 se haya tomado en serio su propuesta (BGH 18, 160).

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) pero *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

---

[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.

[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.

(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 dirigen 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 estrecha es la OLG Hamm MDR 1948, pág. 368 (para el acuerdo de llevar a cabo un robo con extorsión no es suficiente proyectar su ejecución "en alguna parte 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 haya de 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. Más 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 declara-

---

[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.

[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.

ción. Este supuesto comprende al presunto autor en la inducción ineficaz [25]. De acuerdo con lo que de forma expresa se 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 menos importantes 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 un delito grave el núm. 2 de dicho precepto, se 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

---

[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.

[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.; *Schönke/Schröder/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.

[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/Cramer,* § 31 núm. 8; *SK (Samson)* § 31 núm. 17.

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]. 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 incitado 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 quinto: 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

---

[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.

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 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 se aplican 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*,

---

[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 añadidos muy clarificadores); *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 § 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.

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 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*, Fortsetzungszusammenhang 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

[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;

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 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, pluralidad 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,

---

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 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 igualmente *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren págs. 212 ss., 218 ss.

[8] Vid. al respecto *Goltdammer*, Materialen Tomo I págs. 447 ss., 453 ss.

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 sola 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).

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 cometen 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 y 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 hay unidades sociales de acción de naturaleza prejurídica a las que el punto de vista normativo pueda referirse sin más, ni tampoco pue-

---

[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.

[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.

de 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 yacimiento 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 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

---

[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 yacimiento (matrimonial o extramatrimonial) (N del T).

[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.

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 de 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 la atadura 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 (§ 227 [18 bis]) [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 resulta-

---

[18] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 171 (N del T).

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

[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.

do típico [23]. Este es el supuesto, por ejemplo, del paso de la tentativa a la consumación en 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 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* tiende a *extender* el concepto de unidad natural de acción. Son incluidos, por ejemplo, casos en los que las distintas acciones se emprenden simultáneamente, allí donde entre las mismas existe una estrecha relación espacio-temporal o en el supuesto 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 masa" 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 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

---

[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.

[25] Asimismo, *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.

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 mera 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 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 ingente"; más prudentemente, sin embargo, BGH 5, 136 [138]). A este fin ha servido 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 restringido 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 limita la posibilidad de aplicar

---

[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.

[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.

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); y 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].

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 las proposiciones 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

---

[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.; *Schultz*, 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 § 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.

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 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 la 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 relativamente estrecha del delito continuado merece aprobación pues 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].

---

[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/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 a 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;

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 ocasión [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 bicicletas; no concurre, sin embargo, cuando simplemente se ha propuesto realizar 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 de 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. Sólo hay que fijar una 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 exasperar la sanción a imponer (RG DR 1944, pág. 329; BGH *Dallinger* MDR 1975, pág. 724) [43]. En el senti-

---

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.

[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.

do 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 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 concreto 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; *Wilhelm*, 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 del § 66.

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

---

[44] Así, acertadamente, *Lackner*, nota preliminar núm. 18 antes del § 52; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 66 antes del § 52.

[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.

[1] La expresión "concurso ideal" hay que entenderla en el sentido de que una acción supone la realiza-

es doble: por un lado, debe concurrir **unidad de acción** (BGH 33, 163) (vid. *supra* § 66 II-V) y, por otro, a través 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 múltiples veces, tiene que valorarse con un contenido de culpabilidad inferior al de una pluralidad de hechos; no obstante, deben ser considerados 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 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].

---

ción 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. 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.

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 a una de las normas penales integrantes del concurso ideal por parte de la resolución por la que abre el juicio oral no conduzca a la absolución del acusado.

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].

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 en las 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

---

[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 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.

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 un anuncio engañoso 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 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]; 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).

---

[12] Así, sin embargo, *LK (10.ª)(Vogler)* § 52 núm. 35; *Schönke/Schröder/Stree*, § 52 núm. 29.

[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.

[16] Actualmente el § 237 se encuentra derogado (N del T).

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

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 con la adquisición ilícita de la misma y 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 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

---

[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. 107 ss., 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.

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 permanentes** (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 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, pues-

---

[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.

[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.

to 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 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 mediante 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]).

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

---

[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).

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 la 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 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 desleal (§ 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 desleal 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 *individualización 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].

---

[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.

[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.

4. **Procesalmente**[38] es relevante que no haya 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].

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.p. 1810; art. 132-3 C.p. 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 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

---

[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.

[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.p. 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 real 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 a la "naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva" (art. 74.3 C.p.) (N del T).

neerlandés rige el mismo criterio para el concurso ideal (art. 55 W.v.p.). En la 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 künftigen Recht, Strafr. Abh. Heft 278, 1930; *Sacksofsky*, Die Problematik der doppelten 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

---

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.

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 tal 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 ocurrir 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 viario 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 la fijación 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 modificaba la gravedad de la pena en perjuicio del condenado y era, asimismo, desproporcionada (§ 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

---

[1] Vid. al respecto *Niederreuther*, Die prozessuale Behandlung der Realkonkurrenz págs. 12 ss.

[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., comprende 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.

pecuniaria (OLG Köln NJW 1979, pág. 379) [5]. Hasta cierto punto se recurre, pues, al principio de acumulación. También deben 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 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 no 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 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,

---

[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.

[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.

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 una responsabilidad subsidiaria por impago de multa que hubiera de aplicarse en lugar de la pena pecuniaria 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 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

---

[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.

[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.

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 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 glo-

---

[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.

bal 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.

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 con ulterioridad 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 la orden penal en la que lo relevante es 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 una disminución de la pena operativa, BGH 31, 102 [104] mediante la toma en consideración de ciertas tareas vinculadas con 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) ésta 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 suspensión (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 § 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

---

[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.

[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.

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 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. Schmitt*, 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 desplaza-

[23] Acertadamente, en contra de esta jurisprudencia *SK (Samson)* § 53 núm. 9.

[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; *Seier*, 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

da 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 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, respectivamente, se insertan en

---

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 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.

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 deba 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), mientras que el robo con armas y en cuadrilla (§ 244), así como algunos delitos patrimoniales entre parientes (§ 247) lo son 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

---

[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 limitan 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).

[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)].

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 subsidiariedad no responde a la idea de subordinación sino a la de coincidencia parcial (interferencia) [18].

Ejemplos: Hay casos de la denuncia falsa (§ 164) que, simultáneamente, suponen la simulación de 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 dispositivos automáticos (§ 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].

---

[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.

[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.

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 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 autónomos (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 de la infracción previa 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 infanticidio (§ 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 tipos penales no se encuentran entre ellos en una determinada relación lógica, pero sí es-

---

22 Vid. *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núm. 107 antes del § 52; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 70 antes del § 52.

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.

tán 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** impune 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 su entrada en el 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 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

---

[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) 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 *Dalling*er 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.

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 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 desleal (§ 266) (OLG Stuttgart JZ 1973, 739 [741] con comentario aprobatorio de *Lenckner*, JZ 1973, pág. 796). La idea de la consunción 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].

---

[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.

[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.

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 se querellan sólo por *allanamiento de morada* (§ 123) y *daños* (§ 303).

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 el espíritu de un sistema jurídico-penal quizás 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* (§§ 61-72); además, en el StGB están también previstas las "*consecuencias accesorias*" del delito, esto es, la inhabilitación para cargos públicos 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 neuer 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 Maßregeln 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 (1994) 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 Sanktionsbereichrecht 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, ZStrW 95 (1983) pág. 32; *Weigend*, "Neoklassizismus" — ein transatlantisches Mißverständnis, ZStrW 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 Fakultat 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 Tater-Opfer-Ausgleich, en: *Marks/Meyert Schreckling/Wandrey* (edrs.), Wiedergutmachung und Strafrechtspraxis, 1993, pág. 37; *Weßlau*, Neue Methoden der Gewinnabschopfung? StV 1991, pág. 226; *Zipf*, Die Integrarionspravention, 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]. Para 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 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

[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, *Maunch/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.

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].

b) Aproximadamente desde finales de los años sesenta, sobre todo en el espacio de habla inglesa, se comprueba una vuelta hacia atrás de la **teoría de la pena que se orienta a la culpabilidad** [5]. Este cambio de tendencia 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

---

[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 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).

[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.

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 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 no resultan en general adecuadas para su reinserción en la sociedad libre. 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].

---

[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.

[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.

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 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 sirven 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 por una pena de multa o, en su caso, la suspensión condicional de ésta) cuando la imposición de una pena más severa venga exigida por "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 la aplicación práctica conduce con frecuencia a una represión

---

[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.

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]. En el porcentaje de las penas privativas de libertad, de la totalidad de las sanciones penales Alemania se sitúa favorablemente en comparación con el resto de los países de Europa [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].

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

---

[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.

[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.

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 los Países Bajos 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 la "cruzada contra las penas cortas de prisión", a la que el propio Franz von Liszt se había sumado [29], debería pensarse en el argumento 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 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 completa procede por penas de hasta dos años de duración y es asimismo posible para las restantes penas de prisión la suspensión de un tercerio de la pena (bajo ciertas circunstancias, incluso, hasta la mitad) después de que el autor haya cumplido el resto. 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 efica-

---

[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.

[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.

cia podría ser mejorada aún más por medio de una ampliación del servicio personal de asistencia durante el periodo de prueba (vid. *infra* § 79 I 8d) [33].

3. Con un porcentaje que 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 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 renta 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 prisión sustitutoria por impago de multa* (§ 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 supuestos 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 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

---

[33] Vid. al respecto *Kaiser*, Kriminologie § 116 págs. 31 ss.

[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] La prisión sustitutoria 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 *Länder*.

[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).

solución hablan las evidentes ventajas de esta sanción: al autor se le somete a un esfuerzo 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 autor 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 pro-

---

[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).

[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.

blema 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 intensamente 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 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 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 sancio-

---

[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.

[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*, Bestandsaufnahmen, 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 *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege, Reihe 2: Gerichte und Staatsanwaltschaften 1991, 1993, págs. 66, 72, 86.

nar (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 del acusado hacia un modo informal de sancionar [50]. En Derecho penal juvenil son de especial importancia diferentes formas de "Diversion", en cuya virtud pueden ser adoptadas distintas 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 por 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 sanciones 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], 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 más 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

---

[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 acordados sin 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 Diversionsansarz, 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.

[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).

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 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 resulten 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 fenómeno 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.

---

[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.

[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.

§ 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 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 digni-

[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.

dad 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 otra, lleva consigo diversas desventrajas 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 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 al libre 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].

---

[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 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.

[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.

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.

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 [16 bis]. El Convenio Europeo de Extradición de 1959 (BGBl. II pág. 1371) dispone en el art. 11 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].

---

[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.

[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.

[16 bis] En el año 2002, también Turquía ha procedido a la abolición de la pena de muerte (N de T).

[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.]).

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 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 asiáticos y 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 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

---

[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)].

[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.

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 primero: 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 "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 a elementos de naturaleza patrimonial (§§ 45, 73-76a). Junto con las penas se tratan aparte las medidas (*infra* §§ 77, 78) de corrección y aseguramiento que sirven en un primer plano a fines preventivos pero que, sin embargo, en su ejecución 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

---

[27] Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972). Vid. al respecto *Herrmann*, JZ 1972, pág. 615.

[28] Gregg. v. Georgia, 428 U.S. 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 *Frankowski*, ZStW 100 (1988) págs. 971 ss.

[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 se hace necesaria la ejecución la prisión sustitutiva por impago (§ 43).

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 verfassungsrechtliches 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,* 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; *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 Straffälligenhilfe* (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.° 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,* Kriminalpolitische 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; *Triffterer,* Die lebenslange Freiheitsstrafe usw., ZRP 1976, pág. 91; *Triffterer/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; *Wasik,* 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 (§ 220a I núm. 1); en algunas disposiciones se prevé como pena ordinaria 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 ordinaria 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

---

[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 extraordinarias; 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).

prisión. En los supuestos 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, y 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 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 tal delito, 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).

---

[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.

[9] Vid. *Ancel*, Fox-Studies págs. 11 ss.; *Dreher*, Lange-Festschrift págs. 327 ss.; *Röhl*, Über die lebenslange Freiheitsstrafe 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.

II. La prisión temporal

1. La **duración máxima** 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 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 tope 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 *prisión sustitutoria por impago de multa* 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. Políticocriminalmente 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 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

---

[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 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; *Wasik*, 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.

[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

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 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].

---

impuestas un 77% fueron suspendidas condicionalmente de modo que sólo fueron realmente ejecutadas alrededor de 10.000. Las cifras 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 los *Países Bajos* (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.

[21] Más detalladamente al respecto *Weigend* en: *Deutsche Bewährungshilfe* (ed.), Die 13.º Bundestagung págs. 50 ss.

[22] Crítico, con razón, *SK (Horn)* § 47 núms. 10-13. Sin embargo, el § 47 *no es inconstitucional* por este motivo (BVerfGE 28, 386).

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 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 tenidas 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 sólo 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 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, verbigracia, 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

---

[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.

[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.

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 justifica 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 pudiera contribuir a su consecución, puede ser dictada entonces 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 asuma el sacrificio económico 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 la prisión sustitutoria (§ 43) [36]; y, finalmente, el pago de la multa a través de un tercero no 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 la "defensa del Ordenamiento jurídi-

---

30 *Dreher/Tröndle*, § 47 núm. 3; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 47 núm. 9.

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.

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.

co" (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. A efectos del § 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 restringida 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 corrección y aseguramiento** 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), cuyo principio básico 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 amplia-

---

[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.

[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. Sobre 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.

mente 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). A cada preso se le 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 solos 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 unirarias 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 Con-

---

[42] La disposición pone de relieve el papel que cumple el preso y el principio de colaboración en el sentido de la 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.

[44] El incremento salarial originalmente planificado todavía no se ha conseguido; vid. *Matzke*, en: *Schwind/Böhm*, StVollzG § 200 núms. 1 ss. Actualmente, según me indica el prof. Jescheck, dicho porcentaje se eleva al 9 por 100 (N del T).

[45] Existe, 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.

sejo 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 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 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 la prisión sustitutoria por impago de multa [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

---

[48] Recommandation núm. R (87) 3 et Exposé des motifs, Strasbourg 1987.

[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*, Sankrionensystem págs. 209 ss.

[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).

prisión cuya ejecución puede ser evitada mediante la suspensión condicional dentro de unos límites determinados [57]. En los *Países Bajos* 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 llega 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 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 más bien 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.

---

[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.

[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.

§ 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; *Ashworth,* 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 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 Unternehmen 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*, Anmerkung 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.º 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 Gewinnabschöpfung? 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 es siempre posible 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

---

[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.

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 ó 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].

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 supuesto 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 privar al autor de sus ganancias ilícitas –para ello está prevista la confiscación 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 disponibles a cambio de dinero. Por otra,

---

[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.

[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.

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 el que se sacrifica económicamente 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 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

---

[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.

[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.

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].

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 dererminación 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 no exceden de treinta cuotas y sólo raras veces se imponen en una cuantía superior a noventa [21].

---

[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 ("Laufzeitgeldstrafe" que, aunque es verdad que también depende 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.

[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

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 partir de la suma de lo que el autor gana en un día o de lo que podría ganar en función de 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 ahorros para la vivienda puedan ser detraídos de los ingresos netos; por otra parte, sin embargo, al autor se le

---

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.

[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); *Dreher/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.

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) El legislador ha dispuesto un marco punitivo que es en sí mismo 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 ó un 20 %) sobre sus ingresos que es el método más sencillo [30]. Para los 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

---

[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.° DJT págs. C 26 ss. La Ley sobre la Introducción del euro de 13.12.2001 (BGB I pág. 3574) fijó la cuantía del día-multa a 1 euro como mímino y a 5.000 euro como máximo Dicho cuerpo legal también llevó a cabo la correspondiente modificación de las cuantías de las sanciones administrativas pecuniarias previstas en la OWiG y otras normativas especiales (N del T).

[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 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.

neto el importe real de su percepción dineraria [32]. Sin embargo, dado que una pena de multa con un elevado número de cuotas, aun cuando calculada de acuerdo con el § 40 II, menoscabaría con frecuencia el mínimo existencial, en estos casos la jurisprudencia tiende a no cuantificar 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 usuales de capital que, verbigracia, 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]. También aquí es recomendable actuar con cautela debido a que el § 43 ofrece la posibilidad especial de intervención en el patrimonio del autor que el legislador ha limitado conscientemente a determinados delitos.

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 desmedido 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 adecuadas a la culpabilidad por el

---

[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.

[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 sobre el importe de la multa *Lackner*, § 40 núm. 10; *SK (Horn)* § 40 núm. 14.

hecho, pero también 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, 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 también puede *con posterioridad* acordar los pagos aplazados, especialmente si su no adopción

---

[37] *Horn*, JR 1977, pág. 99; *Lackner*, § 40 núm. 13; *LK (10.ª)(Tröndle)* nota preliminar núm. 61 antes del § 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.

[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 de la prisión sustitutoria por el impago; *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 quien realmente hace el sacrificio económico 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 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).

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 **la prisión sustitutoria por impago de multa** (§ 43, inciso primero). Ésta 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 aquélla esta última queda liquidada [46]. Tras una intimación previa la autoridad penitenciaria ordena la ejecución de la pena de prisión 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 la prisión si ello determina una "severidad injusta" con el condenado [47]. La jurisprudencia interpreta este concepto de modo muy estricto: la severidad injusta o inequitativa 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

---

[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 la prisión sustitutoria. En cierta medida, pues, esta última 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 de prisión; *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 la ejecución parcial de la prisión sustitutoria 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.

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 de la responsabilidad subsidiaria es ya injusta 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 prisión. 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 la prisión sustitutoria no puede ser suspendida condicionalmente ni total ni parcialmente (vid. *infra* § 79 II 3).

En la práctica, la prisión sustitutoria 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 de la prisión sustitutoria frente a deudores de la pena de multa carentes de patrimonio, el art. 293 EGStGB prevé el **"trabajo no remunerado"** como sustitutivo de la prisión 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 de la prisión sustitutoria que con frecuencia se encuentra desintegrada socialmente y que, no obstante, con una información, asistencia y organización suficiente pueden

---

[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 de la prisión sustitutoria, 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 de la prisión que resulta adecuada a la culpabilidad del autor.

[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.

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 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 una prisión sustitutoria 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 (§ 261 VII 3) y establecimiento ilegal de

---

[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.

[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 los *Países Bajos* 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.

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 (unidad de ley) [63]. No puede ser superado el marco punitivo del tipo legal correspondiente a través de la acumulación de la pena de prisión y de la responsabilidad subsidiaria 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].

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 millo-

---

[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 acumular, 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 supuesto 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.

[67] *Dreher/Tröndle*, § 43a núm. 6; *Lackner*, § 43a núm. 7.

nes DM (10.000 DM por 720 días) [68]. Se resuelve así también de un modo aproximado el segundo problema, esto es, la *fijación de la pena de prisión sustitutoria*, 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 de la prisión sustitutoria: ésta 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 sobre 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 de pago (§ 43a II). Si la pena patrimonial no es abonada o no se cobra por vía ejecutiva entonces entra en su lugar la prisión sustitutoria anteriormente determinada. En cambio, esta última no puede ser compensada 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 a esto 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

---

[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. Vid. *supra* nota a pie núm. 28 *in fine* (N de T).

[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.

[72] El art. 293 EGStGB remite sólo a la prisión sustitutoria 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".

no se ha plasmado directamente 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] cuya incautación 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 confiscación 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 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) Aun 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 [80 bis] (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 éste 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 § 43a 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 una prisión sustitutoria 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 atenua-

---

[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.

[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.

[80 bis] Vid. *supra* nota a pie núm. 28 *in fine* (N de T).

[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 Beräubungsmitteldelikten pág. 33; *Dessecker*, Gewinnabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtspraxis págs. 120 ss.; *Kaiser*, Tröndle-Festschrift pág. 685; *Perron*, JZ 1993, págs. 920-923.

ción de la pena para delincuentes acaudalados: quien carece de patrimonio debe cumplir la totalidad de una pena de prisión adecuada a su 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 prisión sustitutoria es más favorable dado que dos cuotas de multa equivalen a un día de privación de libertad (§ 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 privación de libertad 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 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 acumulativa 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

---

[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 *Obendorfy 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.

[89] *Trechsel*, Schweiz. StGB, art. 49 núm. 3.

[90] Vid. al respecto *Zieschang*, Sanktionensystem págs. 224-232.

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 de la prisión sustitutoria 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 contraria a la norma fundamental la prisión sustitutoria 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 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 los *Países Bajos* 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 (art. 23 niederl. StGB). En *Bélgica* la multa

---

[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.

[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.

sólo puede ser impuesta como pena única en delitos menos graves y faltas; tratándose de delitos graves se prevé como pena accesoria [98]. La prisión sustitutoria es determinada 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 acumulativamente (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 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 la prisión sustitutoria 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 hacia 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 prisión sustitutoria es inadmisible si el autor no puede pagar la multa y no es culpable de su 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 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 sobre la existencia de un enérgico "llamamiento a cumplir con el deber" por medio de la

---

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.

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.

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 inadecuado 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 medida puede ser también 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 en el marco de una estafa (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

---

[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).

[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.

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 cumplan 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 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 la orden 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].

---

[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.

[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 que 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.

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 prohibición de conducir ya han sido efectivos. A pesar de esto último en tales casos la prohibición también debe aparecer en el tenor de la sentencia para la completa inscripción —al menos en el registro federal de penados— 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 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 desempeñar cargos públicos 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 desempeñar cargos públicos 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

---

[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.

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 capacidad para el ejercicio de funciones públicas 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 con 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 con la penalidad correspondiente a una consecuencia adicional, a saber, la pérdida de la capacidad para participar en la conformación de la vida pública. Dado que evidentemente la Ley no se 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

---

[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 desempeñar cargos públicos; 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.

[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,

existen ya objeciones de naturaleza constitucional puesto que el art. 38 II GG en conexión con el principio de democracia garantiza 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].

3. a) Según el § 45 I las consecuencias que afectan al status personal se fundan en la condena por un **delito grave** a una pena de prisión de al menos un año de duración. 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, por ejemplo, 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 representantes de los partidos 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 pena de prisión o la medida de seguridad es objeto de

---

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 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.

suspensión condicional entonces la duración de esta última se abona al cumplimiento de la consecuencia accesoria (§ 56g) en la medida en que, finalmente, se ordene la suspensión definitiva (§ 45a III) [14].

4. a) La privación de la capacidad para el desempeño de cargos públicos y el derecho de sufragio pasivo 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. La capacidad para ser investido de atribuciones públicas únicamente puede ser retirada 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 fraude electoral) 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 fraude electoral, no existe ningún motivo evidente para sostener que quien que ha insultado al presidente de la República 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 activo si, en virtud de la gravedad y naturaleza del delito cometido, es necesario evitar el peligro de que la población pierda la confianza en las instituciones estatales afectadas a causa de una determinante participación 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 desempeñar cargos públicos (pero no de recuperar un *cargo* público anterior [18]) o del derecho de sufragio que fue impuesta en la condena de acuerdo con el

---

[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.

[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 con el 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.

§ 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]. 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 al reo 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 la mayoría de los casos que aquí resultan relevantes, el Derecho civil ofrece la posibilidad de 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].

---

[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 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 BGB 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.

§ 76 La confiscación 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 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 confiscación 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 confiscación 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 confiscación 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 ejemplo, restitutorios), su centro de gravedad puede variar en función del objeto afectado y de los motivos por los que se ordena una 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 ("*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.

[1] Al respecto vid. resumidamente *Schönke/Schröder/Eser,* nota preliminar núms. 12-19 antes del § 73.

I. Confiscación de los beneficios (§§ 73-73e)

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 confiscación 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 confiscación 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. Aquél 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.

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 confiscación 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 esrafador sufre un accidente en el que queda destrozado el automóvil que ha obtenido mediante su engaño, entonces la confiscación 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 confiscación

---

[2] Vid., sin embargo, el § 41 (pena de multa acumulativa) y el § 43a (pena patrimonial); esta última es, no obstante, subsidiaria frente a la confiscación de los beneficios (§ 43a I 2). En *Derecho administrativo sancionador* la multa 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 confiscación 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.

[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 confiscación 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.

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 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 confiscación 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 confiscación de los beneficios, hasta entonces designada 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 confiscación 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 confiscación 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 confiscación 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 confiscación 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 obligado esfuerzo destinado a su averiguación proporcione una base suficiente para su evaluación (BGH NStZ 1989, pág. 361) pero no suministre o no permita esperar ningún resultado inequívoco (§ 73b) [13].

---

[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.

[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.

[13] Vid. *NK (Herzog)* § 73 núm. 2; *Schönke/Schröder/Eser*, § 73b núm. 6 ("recurso de urgencia ante la falta de mejores posibilidades de investigación").

4. Aun cuando concurran los requisitos para la confiscación al autor de los beneficios, ésta **no tiene lugar** en dos supuestos:

a) No debe ser decretada cuando pueda suponer para el afectado una medida de un "*rigor injusto*" (§ 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 injusto" puede concurrir sobre todo cuando el autor ha perdido o 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 confiscación 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 doble uso 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, 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 confiscación de los beneficios, durante la vigencia del "principio de la ganancia neta" (vid. *supra* § 76 I 3) fue aceptado mayoritariamente

---

[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] De acuerdo con la opinión mayoritaria también el erario público se cuenta entre los "ofendidos" cuyos derechos son preferentes a la confiscación de los beneficios; LG Berlin 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.]).

[19] La importancia práctica de la confiscación 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). *Eberbach*, NStZ 1987, pág. 491, califica al § 73 I 2 como "sepulturero de la confiscación 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 confiscación de los beneficios, siempre que concurran 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).

que se trataba de una "*medida compensatoria cuasi-restitutoria*" [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 confiscación 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 confiscación 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 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 confiscación 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 al autor 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 (**confiscación 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 confiscación (ampliada) de los bene-

---

[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.

[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).

ficios 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 manifestación de la "criminalidad organizada"; así sucede, por ejemplo, con 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 confiscación 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 del hecho, como producto de éste *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 confiscación 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 confiscación 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 confiscación [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 restitución (por ejemplo, en virtud del § 812 BGB).

c) La disposición que acoge la confiscación 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, 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 confiscación 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 de la ganancia bru-

---

[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 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.

ta", 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 confiscación (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 confiscación de los beneficios se extiende a objetos *ajenos* al delito, 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 confiscación ampliada de los beneficios: en relación con 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 beneficio neto y, por ende, posea un carácter "cuasi-restitutorio", 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 corregi-

---

[29] Igualmente, *Lackner*, § 73d núm. 4; vid. también *Weßlau*, StV 1991, pág. 231. El perjuicio patrimonial anudado a la confiscación 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 "caducidad" 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).

[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 ésta no expresa nada acerca del alcance de la prueba con la que aquélla puede ser desvirtuada; vid. *Hoyer*, ZStW 105 (1993) pág. 538.

[34] Con diferentes argumentos en la doctrina se intenta fundamentar la "similitud punitiva" de la confiscación 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

do acertadamente el tenor literal del § 73d I 1, por medio de una interpretación conforme a la Constitución, según la cual para poder ordenar la confiscación 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 confiscación 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 procedencia, la imposición de la medida sólo puede tener lugar bajo el principio del beneficio neto.

A pesar de 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 confiscación ampliada de los beneficios puede comprender 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 confiscación 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 instrumental para favorecer su comportamiento pero no a los que su utilización o presencia es ya presupuesta por el tipo penal correspondiente [37].

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.

[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.

[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.

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 el punto de vista del fin de la pena (compensación de la culpabilidad, prevención) [42]; resulta difícil averiguar el motivo por el que al autor se le priva precisamente del instrumento del delito o del producto de su comportamiento 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 puni-

---

[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.

[42] Haciendo mención a 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

tivo, 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 el alcance del comiso —que, bajo ciertas circunstancias, puede ser considerable— deberá ser tenido 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 ha transferido su dominio 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 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 a satisfacer el derecho del propietario formal frente al autor [48] y dicho propietario 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 obje-

---

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.

[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 obrener 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); con todo, 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

tos 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 al que los cosas no puedan serle incautadas. 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 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 una responsabilidad subsidiaria por el impago) 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; de igual forma, 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 el delito 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

---

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.

[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 de propiedad en el sentido del art. 14 I 2 GG, pero la privación de tal derecho ante simples "perturbaciones situacionales" debe respetar rigurosamente el requisito de la proporcionalidad; vid. *Papier*, en: *Maunz/Dürig*, art. 14 núms. 512, 524.

a la comisión de hechos punibles [56]. Su alcance se 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 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 contenido (§ 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).

---

[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).

[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.

III. Efectos de la confiscación de los beneficios y del comiso

Tanto en la confiscación 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 confiscación de beneficios y el comiso

La particular naturaleza de las medidas aquí tratadas 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.

1. Si existen claros motivos para suponer que en la sentencia se va a acordar la confiscación 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 confiscación 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 al 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 *audiencia 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). Éstas 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 de la prisión sustitutoria por impago (§ 459g II StPO).

---

[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).

Capítulo segundo: 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; *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 der 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 Maßnahmensystem 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,* Dogmatische 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 Maßregelvollzug 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 Strafrechtsreform— 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 Hang? 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,* Maßregelvollzug, 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 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 puede ser dictada exclusivamente 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].

---

[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.

[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

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" 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)[7 bis]. 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) (ver nota a pie 7 bis).

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 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

---

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).

[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.

[7 bis] Téngase en cuenta la vigente redacción de este precepto. La misma se reproduce *supra* en nota a pie núm. 110 (N del T).

[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.

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 *continuación* 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 acuerdo 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 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]. El sacrificio excepcional que normalmente está ligado con la adopción de la medida es situado 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.

---

[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 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.

Ello afecta sobre todo al **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 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 sacrificio propio del cumplimiento de la medida si junto a ello aparece vinculada la oportunidad de mejorar su padecimiento (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 amplian las medidas de tratamiento ambulatorio (art. 67) [21]. El sistema de la doble vía se aplica también, por ejemplo, en Austria (§§ 21-25 österr. StGB), Países Bajos [22], Polonia [23] y Hungría [24]; también en Italia posee una larga tradición donde, sin embargo, debido sobre todo

---

[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.

[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.

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.

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 haber cambiado sustancialmente [33]. A la vista de esta si-

---

[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.

[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.

[33] *LK (11.ª)(Hanack)* § 63 núm. 10; *NK (Böllinger)* § 63 núm. 33.

tuación 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 ésta sirve para su curación o asistencia y resulta necesaria (BGH 37, 373).

c) Desde hace varias décadas se viene haciendo un 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 a un día fijado 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.

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

---

[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.

[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).

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 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 al dolo como elemento de la *culpabilidad* (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).

---

[40] *LK (11.ª)(Hanack)* § 63 núms. 31, 34; *NK (Böllinger)* § 63 núm. 74; *SK (Horn)* § 63 núm. 3.

[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.

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 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, éste 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 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].

---

[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.

[49] Tienden acertadamente hacia este criterio *LK (11.ª)(Hanack)* § 63 núms. 53 ss.; *SK (Horn)* § 63 núm. 12.

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 supuestos 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 no 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 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 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

---

[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 *adopción* 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 *Kammeier* (ed.), Maßregelvollzugsrecht págs. 409 ss., así como en *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.

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 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,

---

[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.

[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.

el autor debe depender física y psíquicamente del consumo de estupefacientes de tal forma que cada vez le sea más difícil poder 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].

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 (§

---

[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 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 en el periodo en el que la medida se encontraba suspendida condicionalmente (§ 67d II); *Lackner*, § 67d núm. 2.

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 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 y 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*)

1. Esta clase de internamiento es la **"última medida de emergencia 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 de los cuales no se plantea un tratamiento cura-

---

[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 (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.

* 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).

tivo [78]. 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 [79]; 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 se introdujo en el año 1933, fue aplicada frecuentemente en tiempos del III *Reich* a delincuentes de todo tipo [80]. Con posterioridad a 1945 los tribunales mostraron una mayor reserva en su aplicación, sopesando así la importancia de la libertad ante la gravedad de una intervención practicada con independencia de la culpabilidad por el hecho [81]. 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 [82]. Por medio de las sucesivas reformas del Derecho penal 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 [83]. No obstante, esta figura permanece como un importante prototipo de una medida que político-criminalmente sólo está destinada al simple aseguramiento [84].

En numerosas ocasiones se ha puesto en duda la **constitucionalidad** de la custodia de seguridad [85]. 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 que sean independientes de la culpabilidad; 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 punición puesto que la custodia de seguridad no pretender ser un mal punitivo [86]. Una cuestión distinta es, naturalmente, si en el caso concreto son garan-

---

[78] *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 724; *Lackner*, § 66 núm. 1; *LK (11.ª)(Hanack)* § 66 núm. 1; *Schönke/Schröder/Stree*, § 66 núm. 2.

[79] 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.

[80] 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.

[81] Vid. al respecto *Dreher*, DRiZ 1957, pág. 52.

[82] *Grünwald*, ZStW 76 (1964) págs. 643 ss.; vid. además las referencias contenidas en *LK (11.ª)(Hanack)* § 66 núms. 25 ss.

[83] *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.

[84] 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 en un primer momento que esta medida no sería adoptada en los territorios de nueva incorporación (§ 1a en su redacción anterior del EGStGB).

[85] *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.

[86] *Frisch*, ZStW 102 (1990) págs. 361 ss.; de otra opinión, *Weichert*, StV 1989, págs. 270 ss.

tizados 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) [87].

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) [88]. 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 [89]. En este punto, de acuerdo con el § 66 III [90] 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) [91]. Dado que la adopción obligatoria de 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 la firmeza de la condena por el hecho precedente (BGH 35, 12; 38,

---

[87] En 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 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.

[88] 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).

[89] 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.

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

[91] 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 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]).

259)[92]. 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[93]).

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)[94]. El cumplimiento de dos años de duración puede derivarse también de la acumulación de varios periodos cortos de internamiento[95], 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 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[96]. 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)[97]; 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 in-

---

[92] 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.

[93] 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).

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

[95] *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.

[96] Con un criterio aún más restrictivo *NK (Böllinger)* § 66 núm. 91 (sólo perjuicios que "no sean reparables o socialmente compensables").

[97] 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.

terpretación no se ajusta a la importancia de la medida. Una reclusión del autor de hasta diez años de duración (§ 67d I [98]) 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* [99].

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 [100]. Con frecuencia ésta es de carácter circular: la propensión a la comisión de hechos punibles es deducida de la perpetración de los mismos y de ello se deriva nuevamente el pronóstico acerca de delitos adicionales [101]. Sin embargo, 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 [102]— 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) [103].

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) [104]. Requisito para su mandamiento es que el autor,

---

98 Véase el vigente § 67d III (N del T).

99 *NK (Böllinger)* § 66 núm. 71; *Schönke/Schröder/Stree*, § 66 núm. 21; *Weihrauch*, NJW 1970, pág. 1897.

100 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.

101 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.

102 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.

103 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.

104 *Horstkotte*, JZ 1970, pág. 155; *LK (11.ª)(Hanack)* § 66 núm. 52; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 68 núm. 27.

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 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 [105]. Únicamente son tenidos en cuenta delitos anteriores si ya han sido objeto de una sentencia firme [106] o 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 casación 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 [107]) 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 [108]; 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) [109].

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) [110]. 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 puede efectuarse inmediatamente después del cumplimiento de una pena de prisión y antes de que comience a ejecutarse la medida (§ 67c I). La 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* [111].

---

[105] *LK (11.ª)(Hanack)* § 66 núm. 63; *Schönke/Schröder/Stree*, § 66 núm. 55; de otra opinión, *NK (Böllinger)* § 66 núm. 68.

[106] 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.

[107] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 66 IV, 3, 4 (N del T).

[108] 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.

[109] Por razones constitucionales, a favor de una fuerte restricción de esta excepción *NK (Böllinger)* § 66 núm. 60.

[110] 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).

[111] *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.

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 [112]. 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 ampliamente 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 [113].

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 [114]. 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,

---

[112] 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.

[113] 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.

[114] 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 sujera a la regulación contenida en el § 67 (OLG München NStZ 1988, pág. 93; OLG Dresden NStZ 1993, pág. 511).

pág. 252; 1993, pág. 437) [115]. 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*) [116]. La Sala de Ejecución Penitenciaria también puede cambiar 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 la estancia en el establecimiento psiquiátrico o desintoxicador, para de esta forma hacerse merecedor de la suspensión condicional del resto de la pena (que ya 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) [117] las amplias dudas que se ciernen sobre la constitucionalidad de esta regulación (vid. OLG Celle NStZ 1991, pág. 356 con comentario de *Müller-Dietz*) [118].

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) [119]. 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* [120]. 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) [121]. Para el caso en el que la ejecución de la medida ya haya comenzado, la suspen-

---

[115] 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.]).

[116] *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.

[117] 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).

[118] Igualmente, *LK (11.ª)(Hanack)* § 67 núm. 19; *Ungewitter*, MDR 1989, pág. 685; *Volckart*, Verteidigung in der Strafvollstreckung núm. 118.

[119] 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.

[120] Profundizando al respecto *Frisch*, ZStW 102 (1990) págs. 766-783.

[121] 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, 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.

sión 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) [122]. 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; *Kopič*, 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*, 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; *Gontard/Janker*, 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 Krminalpolitik im deutschen StGB, ZStW 89 (1977) pág. 547; *Jacobsen*, Forschungsergebnisse zum Themenkomplex Führungsaufsicht, en: *Dertinger/Marks* (Edrs), Führungsaufsicht, 1990, pág. 10; *Jagusch/Hentschel*, Straßenverkehrsrecht, 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;

[122] 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.

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,* Führerscheinentzug und 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, NJW 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 bei 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 ellas haya que observar estrictamente el principio de proporcionalidad (§ 62).

I. La libertad vigilada (§ 68-68g*)

1. Esta medida fue introducida por la Reforma del Derecho penal de 1975 [1]. 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

* 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).

[1] Acerca de su historia *Floerecke,* Die Entstehungsgeschichte der Gesetzesnormen zur Führungsaufsicht, 1989; *LK (11.ª)(Hanack)* nota preliminar núms. 16-23 antes del § 68.

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 reglas de conducta (§ 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 supervisión e imposición de limitaciones a su libertad [2].

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**:

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 [3]), de la receptación (§ 262), de las lesiones corporales (§ 228 [4]), 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 seis meses [5] de prisión y que además exista el peligro de comisión de delitos adicionales de considerable importancia [6]. 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 [7]) [8] o cuando es puesto en libertad tras ser sometido por primera vez a una custodia de segu-

---

[2] *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.

[3] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 263 VI (N del T).

[4] Actualmente esta medida ya no se prevé para las lesiones corporales (N del T).

[5] Si al autor se le ha impuesto una pena global la libertad vigilada sólo es posible en tanto 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.

[6] 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.

[7] 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).

[8] 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*

ridad de una duración máxima de diez años [9]. 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) [10]; 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 [11].

4. La figura de la libertad vigilada se caracteriza por la posibilidad de influir sobre el modo de vida del condenado a través de **reglas de conducta** impuestas judicialmente (§ 68b). 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 reglas están especificadas más detalladamente en el § 68b I. La inobservancia dolosa de las reglas 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 [12]. Esta disposición

---

global de dos años de duración dé asimismo 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 (con numerosas referencias jurisprudenciales); *NK (Frehsee)* § 68f núm. 4; *Schönke/Schröder/Stree*, § 68f núm. 4; con un criterio diferenciador *SK (Horn)* § 68f núm. 5.

[9] Vid. *supra* § 77 V 5, nota a pie núm. 110 (N del T).

[10] 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.

[11] 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.

[12] 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.

penal fue considerada necesaria pues sin su presencia las más graves infracciones de las reglas de conducta quedarían siempre sin respuesta después del cumplimiento íntegro de la pena por parte del autor (especialmente en los casos del § 68f[13]) [14]. Bajo el punto de vista del art. 103 II GG nada hay que objetar en contra de esta norma penal siempre que las reglas 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 [15], 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 [16].

5. De acuerdo con el § 68c la libertad vigilada posee una **duración** mínima de dos años y máxima de cinco [17]. Esta regulación plantea problemas puesto que 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 [18] —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 liber-

---

[13] Véase *supra* § 78 I 2 b, nota a pie núm. 7 (N del T).

[14] Vid. BT-Drucks. V/4095 pág. 46; *AK (Schild)* § 145a núms. 3, 7; *Schönke/Schröder/Stree*, § 145a núm. 1.

[15] 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.

[16] 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.

[17] 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

1. no accede a la regla que se le impone en virtud del § 56c III 1 6

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).

[18] Profundizando en este problema *LK (11.ª)(Hanack)* § 68e núms. 10-25; *NK (Frehsee)* § 68e núms. 8-12.

tad 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 [19], 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 [20].

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 de dos años de prisión. En el año 1989 12.400 personas estuvieron sometidas a esta medida [21]. En la mayoría de las ocasiones se trataba de supuestos del § 68f [22] (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 [23].

La **valoración** político-jurídica de esta medida es bastante diversa [24]. 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 [25]. 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 liberación que una libertad vigilada que es sentida como una imposición [26]. 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 [27].

---

[19] La remisión en este punto al § 67d IV debe entenderse ya sin contenido pues se refería al supuesto 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).

[20] *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 casos aquí mencionados debe "ser aplicada lo más benignamente posible".

[21] *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.

[22] Véase *supra* § 78 I 2 b, nota a pie núm. 7 (N del T).

[23] Vid. las referencias que en relación con el *Land* de Nordrhein-Westfalen se encuentran en *NK (Frehsee)* § 68 después del núm. 20.

[24] 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.

[25] Igualmente, *Kaiser*, Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise? pág. 46; *Schöch*, NStZ 1992, pág. 370.

[26] *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.]).

[27] Vid. al respecto *Rasch*, en: *Dertinger/Marks* (edrs.), Führungsaufsicht págs. 163-171.

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 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) [28]. 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) [29]. 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) [30].

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) [31]. De modo diverso a como sucede con la prohibición de conducir (vid. § 25 StVG), la privación 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 aplicable a los jóvenes (§ 7 JGG). Se sabe poco acerca de la *eficacia preventivo-especial* que esta medida despliega tras su imposición en el sentido de evitar la comisión de nuevos delitos de tráfico [32]. 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 [33].

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 el primero (§ 4 II, III StVG): durante un proceso penal en curso la autoridad 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 [34].

---

[28] Vid. *Cramer*, NJW 1968, pág. 1765.

[29] *Dreher/Tröndle*, § 69 núm. 2; *LK (10.ª)(Rüth)* § 69 núm. 1; *NK (Herzog)* § 69 núm. 5; *SK (Horn)* § 69 núm. 2.

[30] *NK (Herzog)* § 69 núm. 6; *SK (Horn)* § 69 núm. 3.

[31] *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege, Serie 3: Strafverfolgung 1991, 1993, pág. 68.

[32] 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.

[33] *Geppert*, BA 1990, págs. 27 ss. Acerca del "reciclaje" de adictos al alcohol vid. *Stephan*, DAR 1995, pág. 41; *Winkler*, NZV 1988, pág. 41.

[34] 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.

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 capacidad de culpabilidad del autor, en el **hecho cometido** deben cumplirse todos los requisitos de la punibilidad [35]. 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 [36]. 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) [37]. 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 [38].

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 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 [39]. 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]) [40]— un *pronóstico* [41]. 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 [42]. La decisión acerca de la apti-

---

[35] *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.

[36] A favor de una modificación de la *prohibición de conducir* en este sentido, *Schöch*, Gutachten C zum 59. DJT p. C 120.

[37] Pueden encontrarse numerosas referencias adicionales en *Dreher/Tröndle*, § 44 núms. 6 ss.; *Kulemeier*, Fahrverbot págs. 222-229; *Schönke/Schröder/Stree*, § 69 núms. 12-16.

[38] 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 después de una violación no constituye un hecho motivador suficiente).

[39] 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.

[40] *Lackner*, § 69 núm. 6; *LK (10.ª)(Rüth)* § 69 núm. 31; vid. también la 4.ª ed. de esta obra pág. 745.

[41] *NK (Herzog)* § 69 núm. 26; *Schönke/Schröder/Stree*, § 69 núms. 30 ss.; *SK (Horn)* § 69 núm. 14; *Streng*, Sanktionen pág. 124.

[42] 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]).

tud 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) [43]. 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) [44].

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 [45]; 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 [46].

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 [47]. Básicamente hay que privar del permiso para conducir en su conjunto [48]. Sin embargo, en virtud del § 69a II el tribunal puede dejar abierta a la autori-

---

[43] 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.

[44] *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, 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.

[45] 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.

[46] 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.

[47] Acertadamente crítico al respecto *Baumann*, Forensia 1987, págs. 49 ss.; *NK (Herzog)* § 69 núms. 36-38.

[48] 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.

dad administrativa la posibilidad de conceder enseguida 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 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) [49]. 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 [50].

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 [51] 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 [52]. 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 [53] si existen razones para suponer que la aptitud para conducir del autor se restablecerá antes de lo esperado (§ 69a VII 1) [54]. Es suficiente con que ya no pueda ser mantenido el pronóstico negativo que resultó determinante para la privación del permiso de conducir [55]; si a partir de ese momento el tribunal (que conoce de la ejecución) [56] 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 reduce según el tiempo durante

---

[49] 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.

[50] *Lackner*, § 69a núm. 12; *Nettesheim*, DtZ 1991, pág. 365.

[51] 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).

[52] 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.

[53] 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.

[54] 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.

[55] *NK (Herzog)* § 69a núm. 25; *SK (Horn)* § 69a núm. 14.

[56] Acerca del procedimiento vid. §§ 462, 463a V StPO.

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 [57]. Dicha normativa es sin embargo problemática porque puede impedir al condenado en primera instancia la interposición de un recurso [58] que alargaría el procedimiento y, con ello, la duración global de la privación del permiso de conducir [59].

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 o su fusión con la prohibición de conducir (§ 44) [60] 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 [61].

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 [62]. En este sentido, pues, los tribunales hacen con acierto un uso muy restrictivo de esta posibilidad [63]. Es dudoso

---

[57] *Lackner*, § 69a núm. 5.

[58] 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 de la revisión no se corre el riesgo de retrasar la restitución del permiso de conducir.

[59] 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 (correcto, pero sin fundamento legal) *Dreher/Tröndle*, § 69a núm. 9a.

[60] 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.

[61] También a favor del mantenimiento de la medida de seguridad con pequeñas modificaciones, *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.

[62] *LK (10.ª)(Hanack)* § 70 núm. 3.

[63] Desde el año 1970 la inhabilitación profesional se viene aplicando regularmente 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

que la inhabilitación profesional tenga que preverse generalmente como sanción penal 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) [64].

2. La imposición de la inhabilitación profesional presupone un **hecho motivador** y un **pronóstico desfavorable**.

a) Como *delito desencadenante* es tenido en cuenta cualquier hecho antijurídico que el autor ha cometido con abuso de su 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* [65]. 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) [66].

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 alumnos. 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) [67].

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

---

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.

64 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.

65 *LK (10.ª)(Hanack)* § 70 núm. 8; *SK (Horn)* § 70 núm. 3.

66 Pueden encontrarse ejemplos en *Dreher/Tröndle*, § 70 núm. 4; *LK (10.ª)(Hanack)* § 70 núms. 20-27.

67 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.

centro de desintoxicación, ser objeto de una inmediata suspensión condicional [68]. Para no perjudicar al autor con una medida que al final pueda ser superflua, en estos casos debería 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 [69]. 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 [70].

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 [71]. 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 maestro pierde su condición de funcionario a causa de las relaciones sexuales que mantiene con sus alumnos, puede resultar necesario impedir que continúe con su comportamiento en una escuela privada a través del pronunciamiento adicional de una inhabilitación profesional [72]. 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 régimen fundamental de libertad y democracia, tal y como presupone el art. 18 GG [73]. 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) [74].

---

68 Vid. la problemática que con ello se genera, *LK (10.ª)(Hanack)* § 70 núms. 45 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, § 70 núm. 13.

69 *Dreher/Tröndle*, § 70 núm. 17; *Lackner*, § 70 núm. 7; *Schönke/Schröder/Stree*, § 70 núm. 14.

70 De forma similar *LK (10.ª)(Hanack)* § 70 núms. 44, 47 ss.

71 *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 302; *LK (10.ª)(Hanack)* § 70 núms. 32 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 69 núm. 36.

72 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.

73 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.

74 Igualmente, *Ćopić*, 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).

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 profesional 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 un año 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 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 tercero: Suspensión condicional de la pena, amonestación con reserva de pena y remisión 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 Kaufmann, 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,* Kriminalpolitische 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 strafrechtlicher 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 deta-

lladamente 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 reglas de conducta 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 reglas de conducta mencionadas en el § 56c III) o de una combinación entre pena y medida de seguridad. La ventaja de la suspensión de la 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

---

[1] Fuente: *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege, Serie 3: Strafverfolgung 1991, 1993, págs. 46 ss.

[2] Vid. las referencias contenidas en *Dünkel/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.

[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.

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 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"

---

[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.

[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 del C.p. portugués: 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.

(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].

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 órganos judiciales 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 más 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 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 libre 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

---

[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.

[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).

[16] En definitiva, coincide también *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56 núm. 14.

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 ambulatoria 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 del delito** (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].

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 inclina-

---

[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.

[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).

ción 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 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]. De igual forma, las *circunstancias del hecho* sólo son consideradas en perjuicio del autor cuando de ellas se deriva de un modo 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 aquél 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 reglas de conducta (§ 56c) [26]. Así pues, sólo puede

---

[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 en el Registro Federal de Penados no pueden ser traídos a colación para la fundamentación de un pronóstico desfavorable.

[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.

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* algunos 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 en los pasajes antes citados esto 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 las condiciones para la suspensión (§ 56b) no se presentan como reacción suficiente del Estado, ordenará la ejecución de la sanción aún cuando ello pueda

---

[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.

[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.

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 qué 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]. Asimismo, en la franja de entre uno y dos años no puede suspenderse condicionalmente la 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 rechazada la suspensión de la pena [36].

7. La decisión por la que se adopta la suspensión a prueba ha de ser 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 y reglas de conducta. Dicho auto se publica con la sentencia (§ 268a I StPO) pero es impugnable separadamente en virtud de queja (§ 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)

---

[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 aun 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.

[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.

si se comprueba, por ejemplo, que las reglas de conducta 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 **obligaciones**, que como **sanciones similares a la pena** cumplen la función de conseguir una *satisfacción* por el injusto realizado [39], se evita que el delito quede para el condenado sin la más mínima 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 obligación [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 obligación que se situaba así al servicio de la **reparación del daño** en beneficio del ofendido: la obligación 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 obligación 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 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 princi-

---

38 *Dreher/Tröndle*, § 56a núm. 1; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56a núm. 4.

39 Sin embargo, la obligación 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 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 reglas de conducta (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.

pios 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 obligación de 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 obligación 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 obligación 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 obligaciones 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 dentro de un plazo adecuado, entonces el tribunal prescindirá de imponer la obligación 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 **reglas de conducta** (§ 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

---

[45] Afirmativamente *SK (Horn)* § 56b núm. 9. *Horn*, StV 1992, págs. 539 ss., quiere incluso ir más lejos y calcular la obligación 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 obligación 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 obligación 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 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 obligaciones. 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.

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 reglas 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 reglas de conducta pueden extenderse a las medidas que sean indispensables para el *control* de los mandatos de carácter primario pues, de lo contrario, las reglas 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 reglas de conducta [53 bis]; de ahí que, verbigracia, resulte inadmisible una 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 reglas de conducta 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 regla 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 reglas que atentan contra la dignidad de la persona; pero tampoco pueden afectar a la libertad de religión (art. 4 GG) o de asociación (art. 9 GG) (por ejemplo, a través de una regla 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 de 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 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.

---

[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 reglas de conducta 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 dichas reglas.

[53] Mostrando sus dudas *Lackner*, § 56c núm. 4; disiente *Mrozynski*, JR 1983, págs. 402 ss. También la regla 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.

[53 bis] *Dreher/Tröndle*, § 56c núm. 1; *LK (11.ª) (Gribbohm)* § 56c núm. 3; *SK (Horn)* a 56c núm. 5.

[54] Pueden verse ejemplos adicionales en *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56c núm. 2. Exigible debe ser, sin embargo, la regla de conducta que prohibe todo consumo de alcohol (OLG Düsseldorf NStZ 1984, pág. 332).

[55] *Lackner*, § 56c núm. 2; *Schönke/Schröder/Stree*, § 56c núm. 8.

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.

También es discutida la admisibilidad de reglas 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 reglas 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 regla 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 obligaciones (§ 56b III)—, el tribunal tiene que prescindir de la imposición de las correspondientes reglas de conducta 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 regla de conducta 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 otras reglas para la prevención del ries-

---

[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 *obligación* a prueba de admitir un trabajo remunerado comporta una vulneración del art. 12 I GG por la falta de base legal en el § 56b.

[58] De acuerdo con el planteamiento más correcto, en estos casos también hay que respetar los límites temporales y de contenido recogidos 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 reo 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 durante el período de prueba vid. *Bockwoldt*, Strafaussetzung und Bewährungshilfe, 1982; *Dünkel*, en: *Dünkel/Spieß* (edrs.), Alternativen zur Freiheitsstrafe págs. 446 ss.; *Kaiser*, Kriminologie § 116, núms. 25 ss.; *Kerner/Hermann/Bockwoldt*, Straf(rest)aussetzung und Bewährungshilfe, 1984; *Schöch*, NStZ 1992, pág. 364.

go 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 de joven edad (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 reglas de conducta 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 obligaciones 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 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 obligaciones y reglas de conducta 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

---

[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.

[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.

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 reglas y obligaciones 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 *reglas de conducta* 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 reglas ulteriores; por ello sería absurdo que el tribunal quedara vinculado por su pronóstico original. En el caso de las *obligaciones* su acuerdo posterior está permitido si el autor no ha cumplido con las prestaciones a las que voluntariamente se comprometió (§ 56b III); sin embargo, básicamente, la obligación impuesta no debe ir más allá del marco de la prestación ofrecida[75]. En relación con la obligación 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 obligaciones 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 la necesidad de satisfacción económica a retribuir por medio de la obligación 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 reglas de conducta (particularmente en virtud de la

---

[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.

[77] *Schönke/Schröder/Stree*, § 56e núm. 3; *SK (Horn)* § 56e núm. 2a. Como mucho es imaginable una elevación de la obligación de pago 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 obligaciones 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 obligación 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.

negativa a cooperar con el asistente) y, finalmente, mediante el incumplimiento de las obligaciones 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 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 pueda 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 obligación o regla de conducta, 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 obligaciones o reglas de conducta** 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

---

[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.

[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.

infracción del 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 la delincuencia [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 *reglas de conducta* impuestas para su resocialización, frustrando de este modo

---

[85] Mayoritariamente la jurisprudencia (sólo) excluye una revocación tardía de la suspensión para el supuesto 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.

[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 nuevos delitos; *Schöch*, NStZ 1992, pág. 369.

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 obligaciones* (§ 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 obligacioanes 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 obligación incumplida se retribuya mediante prisión sustitutoria [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 obligaciones que le fueron impuestas (§ 56f III 1). No obstante, por regla general [95] los pagos realizados al erario público [96] 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 [97].

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 proceder a la **remisión** inmediata [98] 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* [99], 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) [100].

---

[93] También este requisito ha de ser verificado especialmente, pues no se puede deducir sin más de la vulneración de las instrucciones; *SK (Horn)* § 56f núm. 22.

[94] En este sentido se pronuncia la propuesta de *Berndt*, Bewährungsauflage und Freiheitsstrafe págs. 313 ss., quien no obstante pretende alcanzar ya de *lege lata* este resultado por la vía de una interpretación del § 56f que sea conforme a la Constitución.

[95] *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.

[96] La remisión al § 56f III 2 y no al § 56b II núm. 4, se debe a un error de redacción del legislador.

[97] 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.

[98] Vid. al respecto *Lackner*, § 56g núm. 1, con numerosas referencias.

[99] También subsiste la anotación en el Registro Federal de Penados; vid. §§ 12 I núms. 3, 34 I núm. 1b BZRG.

[100] *Lackner*, § 56g núm. 4; *Schönke/Schröder/Stree*, § 56g núm. 11. La opinión contraria [*Dreher/Tröndle*,

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 condenado no cometerá más delitos en libertad (§ 57 I) [101]. Bajo el cumplimiento de requisitos más rigurosos 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 una **transición flexible de la prisión a la situación de libertad**, aunque en su excarcelación a prueba al sujeto se le pueden imponer las mismas obligaciones y reglas de conducta 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) [102]. 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 [103].

La libertad condicional no implica una modificación de la *pena* sino que es una medida *penitenciaria* [104]. 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 [105].

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

---

§ 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.

[101] El requisito mencionado ha sido reemplazado por la SexualdelBekG de 26.1.1998 (BGBl. I pág. 160), de tal forma que 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).

[102] *Frisch*, ZStW 102 (1990) pág. 717.

[103] *Streng*, Sanktionen pág. 99.

[104] *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.

[105] *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.

penados son excarcelados antes de tiempo en 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 [106].

3. Según el § 57 la libertad condicional sólo es aplicable a las penas privativas de libertad en el sentido del § 38 y no a la *prisión sustitutoria* por impago de multa (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) [107]. 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) [108]. 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 [109]. En la praxis no es extraño que no se otorgue el consentimiento para ello [110]. Algunos condenados quieren anticipar de este modo el temido rechazo a su libertad condicional [111]. 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 [112]. En su conjunto el requisito del consen-

---

[106] 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.

[107] *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.

[108] 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.

[109] *Lackner*, § 57 núm. 11; *Schönke/Schröder/Stree*, § 57 núm. 18; críticamente, *Laubenthal*, JZ 1988, pág. 952.

[110] 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.

[111] *Böhm/Erhard*, MschrKrim 1984, págs. 376 ss.; *Eisenberg/Ohder*, Aussetzung des Strafrestes pág. 38; *Laubenthal*, JZ 1988, págs. 953 ss.

[112] *Böhm/Erhard*, MschrKrim 1984, pág. 377; *Walter/Geiter/Fischer*, NStZ 1989, págs. 411 ss.

timiento 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 ya se suspende si puede justificarse la puesta a prueba de que el condenado no cometerá más delitos en libertad [113]. No necesita existir, pues, una probabilidad aplastante en torno a la futura conducta del autor [114]; sin embargo, no es posible una excarcelación anticipada si, sobre la base de determinados síntomas, puede contarse con la perpetración de delitos importantes [115]; en esta medida, pues, las necesidades de aseguramiento de la colectividad tienen preferencia frente al interés que representa la libertad del condenado [116]. 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 reglas de conducta 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 la pena le aparte de la comisión de nuevos delitos [117]. De acuerdo con el § 57 I 2, el pronóstico se apoya sobre los mismos factores que en la suspensión condicional de la pena [118]. De especial importancia (y, en la práctica, con frecuencia determinante) es, sin embargo, el comportamiento del autor en prisión [119] 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 [120] 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,

---

[113] 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).

[114] Se puede contar con un "riesgo asumible"; *Lackner*, § 57 núm. 7; *SK (Horn)* § 57 núm. 9; *Streng*, Sanktionen pág. 100.

[115] *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.

[116] 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).

[117] Acertadamente, *Frisch*, ZStW 102 (1990) págs. 721, 736-739.

[118] 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).

[119] 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. 9a. 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.

[120] 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).

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) [121].

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, suponga 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 cuando 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, también favorece al autor (OLG Stuttgart NStZ 1990, pág. 103; de otra opinión, OLG Karlsruhe StV 1990, pág. 119) [122] 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) [123] o una prisión sustitutoria por impago de multa [124]. 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 [125].

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 [126] sino que la aceptación de la concurrencia de tales circunstancias se fundamenta también cuando concurren varias causas "simples" de atenuación de la pena (OLG Bamberg StV 1994, pág. 252) [127].

---

[121] *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.

[122] *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.

[123] *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.

[124] *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.

[125] 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.

[126] 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.

[127] *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.

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 concurrencia de "circunstancias especiales". A menudo se sostiene que una decisión de esta naturaleza puede ser apoyada sobre un punto de vista relativo a la gravedad de la culpabilidad, a la prevención general o a la "defensa del Ordenamiento jurídico" [128]. 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 [129]. 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 § 57I) preceptiva, a saber, cuando el autor ha suministrado dolosamente [130] 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 [131] (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 obligaciones, reglas de conducta 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) [132].

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.

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, al pronóstico durante el periodo de prueba que no sea desfavorable en el sentido del § 57 I núm. 2 [133] y al cumplimiento mínimo de la pena de prisión de quince años (§ 57a I

---

[128] *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.

[129] 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".

[130] Acerca de este requisito vid. *Schönke/Schröder/Stree*, § 57 núm. 20a.

[131] Así, sin embargo, OLG Hamburg StV 1989, pág. 211, con comentario crítico de *Geiter/Walter*.

[132] También en otros casos se recomienda esta medida de apoyo; *SK (Horn)* § 57 núm. 19a.

[133] Vid. al respecto BVerfG NJW 1992, pág. 2344; *Kunert*, NStZ 1982, pág. 93; *Lackner*, § 57a núm. 11; *SK (Horn)* § 57a núms. 13 ss.

núm. 1) [134], 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 del resto de la pena pueda estar conectada por completo con la gravedad de la culpabilidad por el hecho en el sentido que ésta posee en la fijación de la pena [135]. Problemática es entonces la cuestión de conforme a qué criterio debe ser medida la "*especial*" culpabilidad del autor [136]. 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). 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 de Ejecución Penitenciaria, 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 [137] 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

---

[134] *Este plazo mínimo está algunos años por debajo de la duración media de la pena de prisión del Derecho anterior 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.

[135] *Dreher/Tröndle*, § 57a núm. 7a; *Lackner*, § 57a núm. 3; *Stree*, NStZ 1992, pág. 464; vid. al respecto *infra* § 83 II.

[136] 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).

[137] 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.

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 [138], una "especial gravedad de la culpabilidad" comprobada por el tribunal sentenciador [139] obstaculiza la suspensión condicional de la pena [140]. Si tal tribunal niega la existencia de dicha culpabilidad, entonces 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.]) [141].

c) A través de la introducción de la posibilidad de la suspensión condicional del resto 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 libertad condicional 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 [142].

§ 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 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

---

[138] 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).

[139] 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.

[140] Finalmente, al tribunal de ejecución se le 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 favorable posterior al delito —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.

[141] 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.

[142] Igualmente, *Elf*, NStZ 1992, pág. 470; *Müller-Dietz*, Jura 1994, pág. 82; *Stark*, JZ 1994, pág. 191.

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 reglas de conducta 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 obligación 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 debe contribuir positivamente a ello la fijación de un periodo de prueba y, especialmente, las reglas de conducta previstas en el § 59a II núms. 1, 4, 5, que consisten en esforzarse para compensar al ofendido, en someterse a un tratamiento curativo ambulatorio o desintoxicador y, finalmente, en tomar parte en cursos de seguridad vial.

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

---

[1] En el *extranjero* es comparable con el "ajournement avec mise 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-americano* (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.

[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".

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 obligaciones y reglas de conducta estaba expresamente excluida (§ 57 II AE). Ciertamente, en la Comisión Especial del Parlamento Federal para la Reforma del Derecho penal este instituto jurídico encontró una aceptación general, 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 en 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. 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 reglas 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 rigurosos, 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

---

[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.

[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*

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 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 reglas de conducta (§ 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 comprensivos o voluntariosos 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].

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.

[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 al 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, al 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*, 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 obligaciones y reglas de conducta.

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 sujeto (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 reglas de conducta (§ 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 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 a éste 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

---

[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 reglas de conducta no justifica 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.

[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.

ha rebajado considerablemente 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 de tráfico, la "defensa del Ordenamiento 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 una sanción 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. No obstante, 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

---

[29] También debería poder ser incluida en la "valoración global" la circunstancia de que al autor, a través de las reglas de conducta que se le imponen en virtud del § 59a II, le son exigidos ciertos gravámenes como respuesta al hecho; vid. *Schöch*, Gutachten C zum 59. DJT p. C 92.

[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).

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 **reglas de conducta** 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 obligaciones a prueba del § 56b II y, además, había previsto ciertas reglas de conducta (cumplimiento de deberes de manutención y tratamiento curativo 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 reglas de conducta (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 calificada de "obligación") [35].

En relación con la regla 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 reglas de conducta 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 reglas 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 reglas 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).

§ 81 Remisión 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;

[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.

[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.

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 remite de la pena. Con el instituto jurídico de la **remisión 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 pal-

[1] De ahí que la introducción de un instituto jurídico como el de la "remisión 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".

pable reacción del Estado frente al hecho [2]; aún cuando se le remita la pena, al autor "le ha sucedido algo". Por ello, en un sistema de sanciones diferenciador la remisión 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 remisión de la pena; estos pueden deberse a ideas fundamentales diversas (*infra* III).

I. La remisión de la pena según el § 60

1. De acuerdo con el § 60 el tribunal remite 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 remisión 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

---

[2] La remisión 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).

[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.

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 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 remisión 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 bajo 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 remisión 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 buenas razones *a favor* de la

---

[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.

[9] En otro sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; 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.

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 remisión 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 remisión 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 remisión 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 remisión 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 remitir la pena o de atenuarla conforme 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 remitirse 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 cas-

---

[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] Críticos 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.

[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.

tigo 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 el 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 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 germanohablantes 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

---

[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.

[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.

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 declarar lo que ha hecho ha sido insinuar sus intenciones.

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 ventaja esencial del procedimiento de conciliación personal entre el autor y la víctima consiste en que aquél se enfrente de una forma directa a la perspectiva de ésta. De ello se espera un efecto curativo de carácter preventivo-especial, pues a menudo el sujeto percibe aquí por primera vez 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 remisión 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 en prestaciones adicionales de naturaleza laboral) del autor o que le supon-

---

[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 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 remisión 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" causar un daño 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).

gan 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 remisión 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 remisión de la pena en caso de injusto o culpabilidad reducida

1. En numerosas disposiciones del StGB está prevista la declaración de culpabilidad con remisión 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** 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 remisión 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 remisión de la pena porque el autor, tras la consumación del delito, ha evitado el acaecimiento de daños (adicionales)

---

[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.).

[41] Vid. *Krümpelmann*, Bagatelldelikte pág. 196; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 54 antes del § 38; *von Weber*, MDR 1956, pág. 705.

("*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 remisión de la pena— también se le absuelve en el pago de las costas. Dado que en relación con 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 remisión 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 básicas (§§ 223, 230 [49]) y/o se profieren injurias (§§ 185-189) [50]. La remisión 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 reducidos, pero a menudo no se necesita ya una pena para la prevención de delitos adicionales porque el contraataque del agredido 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

---

[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).

[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.

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 remisión 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 revela manifiestamente este carácter, 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 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 cuarto: 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; *Alternativkommentar* 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 Durchschnitts-, 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/*

---

[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.

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 Kriminalität 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*, Funktionalisierung 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 Schuldstrafrechts, 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 Kriminalpolitik, 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.S. 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 extensión 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 concre-

[1] No obstante, según la BGH GS 30, pág. 105, en el asesinato debe ser posible una atenuación extralegal de la pena 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.

to es una **decisión jurídicamente vinculada** [3]. Esto trae por consecuencia que el tribunal tiene que guiarse 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 (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]).

---

[3] Fundamental al respecto, *Bruns*, Strafzumessungsrecht págs. 16-24; *el mismo*, Strafzumessung 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.

[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

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) rige asimismo 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 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 supuestos 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 valorativamente*" *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

---

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.

[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.

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 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 demasiado 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, cada vez con más frecuencia, 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.

---

[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.

[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).

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 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 puede 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 de otra forma 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 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. A continuación, por la vía de un "ajuste preciso", hay que 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 se ha de

---

[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).

[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 "comparación 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.

[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.

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 materia de individualización de la pena se 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 supuestos 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

---

[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.

[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* (edrs.), 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.

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 **uniformidad 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 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) fines de la pena y también

---

45 Numerosas referencias adicionales en *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núms. 42-45.

46 Acerca de la problemática de las "fixed penalties" que, por ejemplo, están previstas en parte de los EE. UU., *Jung*, Sanctionensysteme 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.

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 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 a menudo [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 de 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 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 adecua-

---

[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.

[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.

ción 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 "calidad de vida" de la víctima a causa del delito [58].

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

---

[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 notables 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 de la existencia").

[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 como 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.

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 a menudo 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 fijar la pena si la gravedad de la culpabilidad, por un lado, y la 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 sanción 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**

---

[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").

[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.

vinculante para la pena. Ciertamente, esto trae por consecuencia que en el caso concreto también 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 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

---

[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; *Frisch*, 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.

[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

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 sanción 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 en 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 opi-

---

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 sanción como un "acto social creativo" del juez (orientado al criterio de la justicia).

[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. Comprendiendo 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.

nión, 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 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

---

[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 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, Jugendkriminalität 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.

una impresión personal del autor durante el 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 culpabilidad 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

---

[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 Kriminalität, 1994; *Pallin/Albrecht/Fehérváry*, Strafe und Strafzumessung, 1989.

[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.

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 sobre 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]. menciona 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 indivi-

---

[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 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.

dualización 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 penitenciarios ("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 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 Strafprozeßrecht, 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,

---

[99] Vid., por ejemplo, R. v. Aramah, Cr. App. R. 76 (1983) pág. 190; R. v. Billam, Cr. App. 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.

[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.

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 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 Rechtssicherheit? 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 Freiheitsentzug? 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 Strafprozeßkultur? 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 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 necesi-

dad 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 suficientemente determinados* 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 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].

---

[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.

[5] *Lackner*, § 46 núm. 32; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núms. 67-71; *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núms. 45a, 57a.

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 juegan 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 la infracción del deber". Así pues, pueden por ejemplo ser valorados para *agravar la pena* la actuación especialmente violenta de un ladrón, el allanamiento 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 [10]. 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 regular del hecho, tal y como sucede con el ánimo de lucro en la receptación [§ 259] o en la usura [§ 302a [11]]) y le favorecen

---

[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.

[8] Vid. *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núm. 111.

[9] *Bruns*, Strafzumessung págs. 155 ss.; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núms. 125-130; profundizando en la cuestión *Hillenkamp*, Vorsatztat págs. 219 ss.

[10] Igualmente, *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núm. 86.

[11] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 291 (N del T).

si son de naturaleza altruista [12]. Esto último también rige para los *delincuentes por convicción o de conciencia* en la medida en que actúen impulsados por una motivación "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 que culpablemente se derivan del hecho**". En este aspecto resultan ante todo de importancia el resultado 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 [13].

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 que se derive 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) [14]. En los delitos dolosos muchos autores exigen incluso que la consecuencia fuera comprendida por el dolo del autor [15]. Ciertamente, 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; sin embargo, 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 [16].

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 ate-

---

[12] Una visión general puede encontrarse en *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núms. 13-14.

[13] 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.

[14] 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.

[15] *Schäfer*, Praxis núms. 239-242; *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núm. 26.

[16] 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 de las causas de exasperación de la pena".

nuación 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 [17].

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 éste" (§ 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 aquél 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 [18]. 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 restringida, 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" instruida por él mismo) [19]. Igualmente, el tribunal debería dar a conocer los criterios valorativos de los que ha prescindido la actitud del autor [20].

Ejemplo: Para que la "borrachera posterior" 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 detallada del delito, la obstinación en la persecución del objetivo criminal o la superación de numerosos obstáculos) [21]; 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.]) [22].

---

[17] Vid. *Frisch*, 140 Jahre GA págs. 14 ss.

[18] *Bruns*, Strafzumessung pág. 245; *Lackner*, § 46 núm. 33; referencias jurisprudenciales en *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núms. 78-82.

[19] *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 19; *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núm. 16.

[20] Acertadamente, *SK (Horn)* § 46 núm. 113.

[21] *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.

[22] *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núm. 16; *Streng*, Sanktionen págs. 175 ss.

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) [23]. 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 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) [24]; esta imposibilidad 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) [25].

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) [26].

a) En cierta medida aquí es de importancia la **sensibilidad** individual del autor frente a la pena [27]; si, por ejemplo, debido a la estructura de su personalidad el cumplimiento de una pena

---

[23] 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.

[24] Asimismo, *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núms. 178 ss., que no obstante señala excepciones (infundadas) en el núm. 180.

[25] *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.

[26] *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núm. 185.

[27] 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*

de prisión amenaza con afectar seriamente a la forma 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 [28].

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) [29]. 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) [30].

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 con la comisión del delito [31]. 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) [32]. 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 (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 [33]; además, esta ventaja se deriva para el autor precisamente por su destacada posición social (por ejemplo, por ser funcionario, médico o abogado) [34].

---

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.

[28] De acuerdo *Streng*, Sanktionen págs. 210 ss.; en definitiva también *SK (Horn)* § 46 núm. 121.

[29] *Lackner*, § 40 núm. 5; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 59 núm. 40; *Schönke/Schröder/Stree*, § 40 núm. 4.

[30] 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.

[31] Profundizando al respecto *Nicolaus*, Berücksichtigung, 1992.

[32] De acuerdo en este punto *Schäfer*, Tröndle-Festschrift pág. 395; rechazándolo *Bruns*, JZ 1988, pág. 466; *Streng*, NStZ 1988, pág. 485.

[33] 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.

[34] Vid. *Müller-Dietz*, Spendel-Festschrift pág. 430; *Terhorst*, JR 1989, pág. 187.

3. a) La "**vida anterior**" del autor puede ser relevante para favorecerle o para perjudicarle en la individualización de la pena. La existencia de una integración social de aquél 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) [35]. 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) [36]. 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 [37].

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 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) [38]. 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) [39]. Verdaderamente la comisión previa de delitos sólo puede ser motivo para una agra-

---

[35] *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.

[36] *Bruns*, Strafzumessung págs. 192 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 24a; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núms. 156 ss.

[37] Acertadamente, *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 63 núm. 168; *SK (Horn)* § 46 núm. 129.

[38] 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.

[39] 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 acuer-

vación 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 [40], no puede 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 [41]. 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 sujeto 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 [42]. A menudo, una exasperación 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 [43].

---

do 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.

[40] 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 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 poco cambia el resultado de la agravación de la pena en virtud de reincidencia.

[41] *Horstkotte*, en: *Jehle*, Individualprävention págs. 169-171; *SK (Horn)* § 46 núms. 124-127; *Zipf*, Tröndle-Festschrift pág. 444.

[42] Acertadamente, *Frisch*, ZStW 99 (1987) pág. 772; *SK (Horn)* § 46 núm. 129.

[43] *Frisch*, Prognoseentscheidungen págs. 80 ss.; *Giehring*, en: *Pfeiffer/Oswald* (edrs.), Strafzumessung págs. 102-112.

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 prevención (§ 46 I 2) (BGH 17, 143) [44]. 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 [45] y todavía siguen teniéndose en cuenta cambios suplementarios del delito provocados por el proceder del autor [46]. 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) [47]; 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 [48].

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, por ejemplo, la participación en cursos de reciclaje para conductores tras haber cometido un delito de conducción bajo los efectos del alcohol [49]. 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

---

[44] *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núms. 186 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núm. 39; *SK (Horn)* § 46 núm. 132.

[45] Así, sin embargo, expresamente *SK (Horn)* § 46 núm. 132.

[46] 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.

[47] 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.

[48] 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.

[49] *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núms. 216 ss.; *SK (Horn)* § 46 núm. 135.

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[50]. 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)[51]. Pero esta reflexión es ya problemática debido a que descansa sobre una base fáctica insegura. Y ello porque, a lo sumo, *determinados* motivos (comprensión y arrepentimiento, por un lado, y obstinada hostilidad hacia el Derecho, por otro) permiten conclusiones acerca de las expectativas de resocialización del autor[52]; 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[53]. 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[54]. 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

---

[50] 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 la 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.

[51] Mostrando su acuerdo y suministrando referencias adicionales *Bruns*, Strafzumessung págs. 237 ss.

[52] *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.

[53] 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.

[54] 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.

favor de una de las dos posibilidades de defensa de las que dispone (obstaculizando así la aportación de pruebas) [55].

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 [56].

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]) [57]. 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 ello fuera tenido en cuenta "adecuadamente" en la individualización de la pena y, eventualmente, en una extensión determinada previamente con exactitud [58]. Tal "comercio" no sólo resulta seriamente objetable por motivos jurídico-procesales [59], sino que también falsea la determinación de la pena al conformarse diferentes "penas normales" para *casos pactados* y para condenas habidas tras una enérgica defensa [60]. 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 [61]; sin embargo, por diferentes razones sí dismi-

---

[55] Acertadamente, *Dencker*, ZStW 102 (1990) págs. 59-61.

[56] 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.

[57] 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.

[58] Acerca de tales acuerdos en la realidad jurídica vid. *Schünemann*, Verhandlungen des 60. DJT págs. B 17 ss., con referencias adicionales.

[59] 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.

[60] Igualmente, *SK (Horn)* § 46 núm. 148a.

[61] 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.

nuye la necesidad de un castigo: a través de sus esfuerzos por reparar el daño [62] 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 [63]. 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) [64].

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 [65], particularmente allí donde finalmente son infructuosos los esfuerzos del autor por reparar el daño [66]. De acuerdo con el § 46a, la compensación eficaz provoca desde un desplazamiento del marco punitivo (§ 49 I) hasta incluso la remisión de la pena (vid. *supra* § 81 III). 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 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) [67]. 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) [68]. No están comprendidos expresamente los casos de "reparación simbólica" en los que el

---

[62] 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 rigurosas 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].

[63] *Bruns*, Strafzumessung pág. 239; *Roxin*, Allg. Teil I § 3 núm. 64; *Schöch*, Gutachten zum 59. DJT págs. C 64 ss.; *Streng*, Sanktionen pág. 179.

[64] *SK (Horn)* § 46 núms. 135, 143.

[65] *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).

[66] 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 remisión de la misma en virtud del § 46a.

[67] *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 27; *SK (Horn)* § 46 núm. 143.

[68] 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.

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 [69]. 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 [70].

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 quebrantos 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 sustancialmente 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) [71]. 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) [72]. Si es un

---

[69] Acerca del concepto de reparación simbólica vid. § 1 I 3 AE-WGM (con fundamentación en las págs. 41 ss.).

[70] 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.

[71] 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.

[72] 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 hecho 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).

órgano estatal el *culpable* del retraso entonces ello habrá de ser tenido en cuenta adicionalmente por el tribunal de un modo favorable, 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) [73].

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 la que debe desplegar efectos atenuadores pues la resolución delictiva no partió 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 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) [74].

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 [75].

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) [76]. De acuerdo con esta norma 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 [77]. A pesar de que la eficacia de esta regulación ha sido como mínimo dudosa para la praxis [78], se han creado después las correspondientes posibilidades de una reduc-

---

[73] *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.

[74] *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 154 núm. 17; *SK (Rudolphi)* § 154 núm. 12.

[75] Vid. *SK (Horn)* § 46 núm. 147.

[76] Profundizando al respecto *Buttel*, Kritik der Figur des Aufklärungsgehilfen, 1988; *Jaeger*, Kronzeuge, 1986.

[77] Referencias de la amplia jurisprudencia existente sobre la cuestión en *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 35b; *Körner*, Betäubungsmittelgesetz, § 31 núms. 8-43.

[78] Vid. *Körner*, Betäubungsmittelgesetz, § 31 núms. 4 ss., 49.

ción de la pena para el ámbito del terrorismo (§ 129a) y de la "criminalidad organizada" [79]. Con independencia de otras objeciones [80], 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 [81].

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 sobre 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 [82], 316a II [83]; 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.

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** [84] debido a que la atenuación de la pena es facultativa y a 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

---

[79] Arts. 4, 5 de la Ley sobre Modificación del Código penal etc., de 9.6.1989, reformada 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)].

[80] 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.

[81] 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".

[82] La remisión ha de entenderse realizada al vigente § 320 (N del T).

[83] La remisión ha de entenderse realizada al vigente § 320 (N del T).

[84] Acertadamente crítico *Schönke/Schröder/Stree*, § 49 núm. 8.

reduce el peligro de que otros intervinientes ejecuten el hecho, el marco punitivo se extiende desde los cinco días-multa [85] hasta la cadena perpetua; además, el tribunal también puede remitir 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 [86], 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) [87]. Por el contrario, la doctrina mayoritaria sostiene que el marco punitivo aplicable sólo se decide de acuerdo con los puntos de vista materiales contenidos en la disposición que se remite al § 49 I [88]. Este planteamiento también está justificado pues el autor, ante la existencia de *otras* consideraciones que hablan a favor de una sanción más rigurosa, no puede ser privado de la rebaja del marco punitivo que por un motivo concreto el legislador había destinado para él (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 de su comportamiento.

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 haciendo que el delincuente emprenda la huida.

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

---

[85] El límite mínimo se deriva del § 40 II; vid. *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 49 núm. 16; *SK (Horn)* § 49 núm. 10.

[86] 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).

[87] De acuerdo *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 49 núm. 2; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 62 núm. 61; *Schäfer*, Praxis núm. 383.

[88] *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.

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) [89]. 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, pág. 262; 1993, pág. 278) [90]. 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) [91].

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) [92].

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" [93]. 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 [94].

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 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 legislador quiso prevenir. Este principio evidente viene a ser expresado por la Ley en el § 46 III [95].

---

[89] Ello se deduce de la regulación contenida en el § 50; vid. *Schäfer*, Praxis núm. 384.

[90] 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.

[91] *Bruns*, Strafzumessung pág. 70; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núm. 260.

[92] 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).

[93] *Schönke/Schröder/Stree*, § 50 núm. 3; a favor también de los §§ 213, 250 II, *SK (Horn)* § 46 núm. 69.

[94] 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.

[95] Vid. *SK (Horn)* § 46 núms. 149 ss.; una rica casuística puede encontrarse en *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 37. Profundizando en el problema de la prohibición de la doble valoración *Hettinger*, Doppelverwertungsverbot, 1982; *Timpe*, Strafmilderungen, 1983.

Ejemplos: En las lesiones corporales con resultado de muerte (§ 226[96]) 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[97]. 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[98]) pueden perfectamente poseer importancia para la individualización de la pena[99]. 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[100].

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 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

---

96 La remisión debe entenderse realizada al vigente § 227 (N del T).

97 Vid. al respecto *Grasnick*, JZ 1991, pág. 933; *Hettinger*, GA 1993, pág. 1.

98 La remisión debe entenderse realizada al vigente § 224 (N del T).

99 Vid. las referencias contenidas en *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 37a.

100 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.

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) [101]. 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) [102].

§ 84 El abono a la pena de los perjuicios sufridos durante el proceso

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 a la pena** determinados **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 ha cumplido a causa de otra sentencia que ya es firme (§ 51 II). Esto se deriva ya del principio constitucional (art. 103 III GG) según el cual 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 a la hora de fijar la pena [4]. La exclusión del abono previsto para casos excepcionales (§ 51 I 2) tampoco 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].

---

[101] *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.

[102] *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.

[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.

I. El abono de la prisión preventiva

1. La prisión preventiva debe asegurar que el proceso penal pueda ser llevado a cabo en presencia del acusado (vid. § 230 StPO) [6]. Para cumplir este objetivo se le exige a éste un considerable **sacrificio** a través de la privación de libertad (cuya duración, en función de las circunstancias, puede ser larga) que debe ser **compensado.** Si el acusado es absuelto se le indemniza 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 pasada) *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].

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 priva-

---

[6] *Roxin*, Strafverfahrensrecht § 30 núm. 1.

[7] Para los casos en los que en virtud de una disposición de carácter discrecional se archiva al proceso o se remite 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.

[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

ción 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 algunas 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 posterior al hecho. 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 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, justifica todavía por sí sola 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

---

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.

[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.

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 sancionado 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 la punición 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 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 quinto: 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) [1]. 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 Strafausschließungs-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

[1] 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.

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 Beantwortung 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 [2]. Estos *delitos perseguibles a instancia de parte* son, por ejemplo, las lesiones corporales básicas dolosas o imprudentes (§ 232 [3]), 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 [4]) y las infracciones punibles de los derechos de autor (§ 109 UrhG).

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 [5]. Desde *Mittermaier* [6] es ha-

---

[2] 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 ésta 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).

[3] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 230 (N del T).

[4] Actualmente el § 238 se encuentra derogado. Véase el vigente § 235 VII (N del T).

[5] 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.

[6] 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.

bitual 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 (*idea 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 (*idea 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 (*idea de la intimidad* como, por ejemplo, en los §§ 205, 238 I[7])[8]. 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 a través de la querella, 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 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[9].

2. Según nuestro Derecho vigente, la facultad de *impulso* de la causa penal es realidad 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[10]. Sin embargo, últimamente el legislador viene restringiendo 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

---

[7] El § 238 se encuentra actualmente derogado. Véase el vigente § 235 VII (N del T).

[8] 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).

[9] 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.

[10] En repetidas ocasiones se presupone que el ofendido *pierde* 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 "pérdida" debería ante todo ser ejecutado el mismo procedimiento que precisamente no puede tener lugar a causa del derecho al impulso del proceso "perdido"; acertadamente *LK (11.ª)(Jähnke)* § 77 núm. 56.

ejemplo, los §§ 183 II, 232 I [11], 248a, 303c). Con ello se sustituye la libre decisión del ofendido por la también libre discrecionalidad de la Fiscalía [12]; 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 [13]. Aquél es, por 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) [14]. En algunos supuestos, 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] [15] o de una lesión corporal [§ 232 II [16]]). 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]) [17]. A través de la correspondiente autorización dentro de plazo, la víctima también puede dejar 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 perso-

---

[11] Actualmente el § 232 se encuentra derogado. Véase el vigente § 230 I (N del T).

[12] 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.

[13] 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 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).

[14] 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 ser nombrado un tutor; vid. al respecto *LK (Jähnke)* § 77 núm. 48.

[15] Vid. también al respecto *Fischer,* JZ 1990, págs. 73 ss.

[16] Véase *supra* la nota a pie núm. 11 (N del T).

[17] *Dreher/Tröndle,* § 77 núm. 21; *LK (Jähnke)* § 77 núm. 54; *Schönke/Schröder/Stree,* § 77 núm. 29.

nalísimos no existe ningún motivo para rechazar el reconocimiento de una delegación del poder de decisión de esta naturaleza [18].

4. La querella debe ser interpuesta **por escrito** o mediante protocolo de la secretaría del tribunal o de la fiscalía competente (§ 158 II StPO) [19]. 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]) [20]. 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) [21].

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 acusación falsa (§ 164) [22]. 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 [23]. 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*) [24].

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 [25].

---

[18] 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.

[19] 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.

[20] Profundizando acerca de la relación entre la querella y la acusación accesoria o coadyuvante *Rieß*, NStZ 1989, pág. 102.

[21] Ésta es la concepción más generalizada; vid. *LK (Jähnke)* § 77 núms. 17, 19.

[22] 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).

[23] *LK (Jähnke)* § 77b núm. 2; *Schönke/Schröder/Stree*, § 77b núm. 1.

[24] *LK (Jähnke)* § 77 núm. 22; rechazándolo de forma general *Schroth*, NStZ 1982, págs. 4 ss.

[25] LG Kiel NJW 1964, pág. 263; de otra opinión, *LK (Jähnke)* § 77d núm. 8.

6. La **retirada** de la querella (§ 77d I), que puede formularse hasta la conclusión definitiva del proceso penal[26], posee un carácter irrevocable. En contra del parecer doctrinal mayoritario[27], 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[28] (§ 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 de oficio recaba del órgano oficial la autorización para la iniciación del proceso penal[29].

§ 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 Verjährung 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 Verjährungsbeginn 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 Verjährung, 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, Verjährungsbeginn und Art. 103 Abs. 2 GG, StV 1992, pág. 392; *v. Stackelberg,* Verjährung und Verwirkung des Rechts auf Strafverfolgung, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 759; *Volk,* Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht, 1978.

---

[26] Su retirada es posible incluso cuando la sentencia condenatoria es ya firme y 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.

[27] 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.

[28] 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.

[29] *LK (Jähnke)* § 77e núm. 2; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 74 núm. 30.

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)*

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) con 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 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].

---

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)* 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 Cap. 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).

[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.

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 primero). 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 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 peligrosos 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 de 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

---

[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.

[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) está apaciguada sustancialmente a través del amplio abandono de esta figura jurídica (BGH 40, 138), pues cada hecho particular prescribe separadamente y, con ello, antes 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.

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 de prensa** rigen regulaciones especiales de acuerdo con las leyes regionales competentes; en una 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 a la prescripción [22]. En determinados casos la prescripción **se suspende** hasta tanto 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 realmente en situación de poder poner en marcha el proceso a través de una denuncia (BT-Drucks. 12/2975 pág. 4).

---

[21] La prescripción comienza aquí ya con la (primera) publicación o distribución de la obra impresa (vid. BGH 25, 347; 33, 271).

[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 bajo el régimen del 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.

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 aquélla (§ 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 aplicación 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, aquélla 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 perito, 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 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

[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).

[26] *LK (Jähnke)* § 78c núm. 11; *Schönke/Schröder/Stree*, § 78c núm. 6. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en no pocos 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).

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, la normativa aplicable será aquella que en cuanto a su resultado sea más favorable para el autor (art. 315 I 1 EGStGB en conexión con el § 2 III). Sin embargo, en este principio de la Ley 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", por así decirlo, 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 pres-

---

[27] De forma similar también *Dreher/Tröndle*, § 78c núm. 7; *LK (Jähnke)* § 78c núm. 11; *Schönke/Schröder/Stree*, § 78c núm. 3; más restrictivamente (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.

[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.

crito entonces los §§ 78-78c serán aplicables para el enjuiciamiento 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 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, 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

---

[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.

[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).

al mismo, pues en concordancia con la opinión 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 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 sexto: 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.

---

[33] Acerca del problema de la prescripción de la ejecución en la libertad vigilada vid. *Mainz*, NStZ 1989, pág. 61.

[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.

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 bajo el régimen del 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 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 de Medidas Educativas** (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,

---

[3] Más detalladamente, *Bruns/Schröder/Tappert,* Strafrechtliches Rehabilitierungsgesetz. Kommentar, 1993; *los mismos,* NJ 1992, págs. 394, 436.

[4] Acerca de la historia sobre la naturaleza del registro de penados vid. *Rebmann/Uhlig,* BZRG Einleitung núms. 1 ss.

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]. Junto con el Registro Central Federal se lleva además el *Registro de Medidas Educativas* 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 cumplimiento 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 por falta de fiabilidad etc., sobre la denegación o retirada del pasaporte, sobre prohibiciones en materia de 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.

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

---

[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.

[6] Vid. al respecto las explicaciones contenidas en *Rebmann/Uhlig*, BZRG págs. 397 ss.

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 penales 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 penal de hasta tres meses si no concurren los requisitos del § 32 II BZRG, así como para condenas a prisión o de arresto penal 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 penal 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 penal 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 debe ser 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].

---

[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 adopción 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).

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 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 cumplida la ejecución de penas o medidas de seguridad (caducidad 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 cumplida 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 su caducidad, entonces el delito y la condena —con ciertas excepciones rigurosamente delimitadas (§ 50 BZRG)— "ya no pueden ser objeto de reproche 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 consi-

---

[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 voluntad 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.

derarse como alguien que no ha sido castigado; también lo tiene a que no se hagan 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.

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 tener lugar 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 remitir, 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 la impunidad 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

---

[1] Vid. *Schätzler,* Handbuch pág. 17.

[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.).

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 Federal 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 el problema 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 comprendida como una prerrogativa del Jefe del Estado sustraída al ámbito de los tres poderes 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; sin embargo, ello sólo en atención a las desviaciones arbitrarias del mandato de trato de igualdad de los condenados que se encuentran en una situación semejante [9].

La gracia de indulto en las causas penales corresponde al *Presidente de la República Federal* 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 orden correspon-

---

[3] Acerca de los modelos históricos *Rüping*, Schaffstein-Festschrift pág. 31. A favor de una abolición 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.

[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 opinión, *Schätzler*, Handbuch págs. 126-131; *el mismo*, NJW 1975, pág. 1254; vid. también la 4.ª ed. de esta obra pág. 825.

diente (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 de este derecho de gracia, 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 regionales, 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 subsanables). 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 condonar, 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 **confiscación del beneficio, el comiso** y la **inutilización de los instrumentos del delito** pueden ser graciosamente condonados 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 condonación 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).

---

[10] Las fuentes jurídicas de los distintos *Länder* se encuentran publicadas en *Schätzler*, Handbuch págs. 77-80.

[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*, DRiZ 1987, págs. 480 ss.

[13] Vid. *Schätzler*, Handbuch pág. 65.