U.P. 253.767
62911

Prof. Dr. Dr. h. c. HANS-HEINRICH JESCHECK
Catedrático de Derecho Penal y Director del
Instituto Max Planck de Derecho Penal de Friburgo en Brisgovia

TRATADO DE DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA SALAMANCA

Traducción y adiciones de Derecho español por

S. MIR PUIG
Director del Departamento de Derecho Penal
de la Universidad Autónoma de Barcelona
(págs. 261 a 1042)

y

F. MUÑOZ CONDE
Director del Departamento de Derecho Penal
de la Universidad de Cádiz
(págs. 1 a 260 y 1043 a 1255)

VOLUMEN PRIMERO

BOSCH, Casa Editorial, S. A. - Urgel, 51 bis - BARCELONA

18 OCT. 1981

Título original: Lehrbuch des Strafrechts, 3.ª edición
© 1978 Duncker & Humblot, Berlin 41
ISBN 3-428-04075-9

© BOSCH, Casa Editorial, S. A.
Urgel, 51 bis - Barcelona-11
© de la traducción y adiciones
de Derecho español
Santiago Mir Puig
y Francisco Muñoz Conde
ISBN 84-7162-852-X
Depósito Legal, B. 20.458 - 1981

IMPRESO EN ESPAÑA PRINTED IN SPAIN

Imprenta Clarasó, S. A. - Villarroel, 15 - Barcelona-11

PRÓLOGO A LA TRADUCCIÓN ESPAÑOLA

El Tratado de Derecho Penal de Hans-Heinrich Jescheck cuya traducción española tenemos el honor de presentar constituye, sin duda, el Tratado actual que ha conseguido mayor reconocimiento en nuestra disciplina, tanto en Alemania como fuera de ella. No es éste el lugar de analizar las virtudes que han llevado a la presente obra a la cabeza de las de su género en todo el mundo. Baste lo dicho para justificar el esfuerzo que a lo largo de varios años nos ha exigido la traducción del libro y la elaboración de unas Adiciones de Derecho español referidas, en general, a cada uno de los epígrafes de la obra de Jescheck. Hemos asumido la ingrata labor de la traducción porque éramos conscientes de la grave laguna que suponía para el mundo hispánico la ausencia de una versión española del más importante Tratado de Derecho penal de la actualidad. Y hemos añadido a la traducción un sistema de Adiciones referidas a casi todos los problemas contemplados en el texto de Jescheck porque pensamos que la versión española de una obra tan completa no podía quedar falta de la información fundamental relativa al Derecho vigente en España y al estado de la doctrina y de la jurisprudencia vertidas sobre el mismo.

Queda dicho de paso que las Adiciones persiguen ante todo una finalidad informativa, sin perjuicio de que con relativa frecuencia hayan exigido la adopción de posiciones personales por parte de quienes suscriben. Con objeto de distinguir claramente el texto de Jescheck de las Adiciones de Derecho español, éstas se incluyen a continuación de cada parágrafo, separadas de aquél por tres asteriscos y en letra cursiva de menor tamaño. La sistemática de las Adiciones sigue fielmente, en principio, la de Jescheck, con objeto de que el paralelismo sea el mayor posible.

La traducción y Adiciones de la Teoría del delito ("Segunda Parte: El hecho punible", págs. 261 a 1.042) es de Santiago Mir Puig, y la traducción y Adiciones de la Introducción y Primera Parte ("La Ley Penal", págs. 1 a 260), así como de la Parte Tercera, correspondiente a las "Consecuencias jurídicas del delito" (págs. 1.043 a 1.258), se debe a Francisco Muñoz Conde. Cada uno de ambos autores asume la entera responsabilidad de su parte.

En la laboriosísima confección del extenso índice analítico ha tenido un parte fundamental Elena Farré Trepat, Profesora Ayudante de

Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona, a quien asimismo debe agradecerse la revisión de las pruebas de imprenta correspondientes a la Teoría del delito. Igualmente se agradece la valiosa ayuda prestada en las correcciones de la Primera y Tercera Partes a los Profesores Ayudantes de Derecho Penal de las Universidades de Sevilla y Cádiz, respectivamente, Manuel Grosso Galván y Borja Mapelli Caffarena. Debemos, por último, agradecer a Bosch, Casa Editorial, S. A., y a la institución alemana Internationes la ayuda prestada para la realización de esta versión española.

SANTIAGO MIR PUIG
y
FRANCISCO MUÑOZ CONDE

ÍNDICE

Págs.

PRÓLOGO A LA TRADUCCIÓN ESPAÑOLA VII

ÍNDICE DE ABREVIATURAS XIX

FUNDAMENTOS GENERALES

§ 1. Misión del Derecho Penal 3
I. La protección de la Sociedad 3
II. Función represiva y preventiva del Derecho Penal . 6
III. Protección de bienes jurídicos y protección de los valores ético-sociales de la acción 9
Adiciones de Derecho español 11

§ 2. Conceptos fundamentales del Derecho Penal 13
I. Derecho Penal y poder punitivo 15
II. Delitos, pena y medida 18
III. Sanciones desprovistas de carácter penal 19
Adiciones de Derecho español 20

§ 3. Situación sistemática, clasificación y reforma del Derecho Penal 22
I. El Derecho Penal como Derecho público 22
II. Los tres sectores principales del Derecho Penal . . 23
III. La Parte General y la Parte Especial del StGB . . 25
IV. La reforma del Derecho Penal alemán 26
Adiciones de Derecho español 27

§ 4. Principios de Política Criminal 28
I. El principio de culpabilidad 30
II. El principio del Estado de Derecho 33
III. El principio de Humanidad 35
Adiciones de Derecho español 36

§ 5. Estadística Criminal 38
I. Generalidades sobre Estadística Criminal . . . 39
II. Evolución de la criminalidad total comprobada judicialmente en el Imperio Alemán y en la República Federal de Alemania desde 1882 a 1975 40
III. Evolución de la criminalidad juvenil constatada judicialmente en el Imperio Alemán y en la República Federal de 1882 a 1975 42
IV. Estadística de hechos averiguados 44
V. Aplicación de penas y medidas 45

Págs.

VI. Reclusos por condena penal y sometidos a internamiento asegurativo de 1969 a 1974 (con referencia a cada 31 de marzo) según la clase y duración de la privación de libertad y la edad 48
Adiciones de Derecho español 49

§ 6. Las Ciencias Penales 56
I. La Ciencia del Derecho Penal (Derecho Penal material) y sus disciplinas afines 58
II. La Criminología y sus disciplinas afines 62
Adiciones de Derecho español 64

PRIMERA PARTE

LA LEY PENAL

CAPÍTULO 1.°

LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA LEY PENAL

§ 7. El Delito 69
I. El delito como injusto merecedor de pena . . . 69
II. El carácter fragmentario y accesorio del Derecho Penal 73
III. Derecho Penal de acto y Derecho Penal de autor . . 74
IV. División de las acciones punibles 76
V. Hechos punibles e infracciones administrativas . . 78
Adiciones de Derecho español 83

§ 8. La Pena 87
I. Origen, justificación y naturaleza de la pena . . . 89
II. Posibles sentidos de la pena 92
III. Teorías absolutas 96
IV. Teorías relativas 98
V. Teorías eclécticas 103
VI. La condena condicional 108
Adiciones de Derecho español 111

§ 9. Las medidas 112
I. La doble vía en Derecho Penal 113
II. Justificación y crisis de la doble vía 116
III. Presupuestos y duración de las medidas 119
Adiciones de Derecho español 120

CAPÍTULO 2.°

LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL

§ 10. Historia del Derecho Penal alemán hasta el Código Penal imperial de 1871 127
I. Período germánico 128

Págs.

II. Período franco 128
III. La Edad Media 129
IV. La recepción del Derecho romano-italiano 130
V. El Derecho común 131
VI. La Ilustración 132
VII. Período del Derecho Penal regional 133
VIII. El nacimiento del Código penal imperial de 1871 . . 134
Adiciones de Derecho español 134

§ 11. La reforma del Derecho Penal alemán 137
I. La reforma hasta la Primera Guerra Mundial . . 138
II. La reforma politicocriminal de la República de Weimar 138
III. La reforma penal del Nacionalsocialismo y la reacción de las potencias ocupantes 129
IV. La obra reformadora de la República Federal . . 139
Adiciones de Derecho español 145

§ 12. Fuentes del Derecho Penal Federal fuera del StGB . . . 147
I. Derecho Penal codificado y no codificado 147
II. Principales leyes penales 148
III. Leyes penales accesorias 150
IV. Derecho consuetudinario 151
Adiciones de Derecho español 153

§ 13. Jerarquía de las fuentes del Derecho Penal 153
I. Derecho Penal federal y Derecho Penal regional . . 154
II. Derecho Penal legal formal y Derecho Penal legal material 157
Adiciones de Derecho español 158

§ 14. El Derecho Internacional Penal 159
I. Relaciones entre Derecho Penal estatal y Derecho Internacional Penal 161
II. Evolución del Derecho Internacional Penal . . . 162
III. Presupuestos jurídicos del Derecho Internacional Penal 165
IV. Tipos delictivos del Derecho Internacional Penal . . 167
Adiciones de Derecho español 169

CAPÍTULO 3.°

LEY PENAL Y ESTADO DE DERECHO

§ 15. Función de garantía de la Ley Penal 171
I. Importancia de la técnica legislativa en la función de garantía de la Ley penal 173
II. Evolución histórica del principio de legalidad . . . 177
III. La función de garantía de la ley penal en el Derecho vigente 179

Págs.

IV. Irretroactividad de las leyes penales 183
Adiciones de Derecho español 189

§ 16. El principio "in dubio pro reo" y la determinación alternativa 193
I. Esencia y naturaleza jurídica del principio "in dubio pro reo" y su relación con la determinación alternativa 194
II. El principio "in dubio pro reo" en el Derecho vigente . 196
III. Evolución, alcance actual y valoración de la determinación alternativa 198
Adiciones de Derecho español 202

§ 17. Interpretación de las leyes penales 203
I. Argumentos de la lógica jurídica 205
II. Interpretación y subsunción 206
III. Necesidad y libertad de la interpretación 208
IV. Clases de interpretación 209
Adiciones de Derecho español 215

CAPÍTULO 4.°

AMBITO DE VIGENCIA DEL DERECHO PENAL ALEMÁN

§ 18. El Derecho Penal Internacional (Ámbito de vigencia internacional) 217
I. Concepto, límite e ideas fundamentales del Derecho Penal Internacional 220
II. Principios del Derecho Penal Internacional . . . 225
III. El Derecho Penal Internacional en el StGB . . . 231
IV. Lugar de comisión 238
V. El dolo en el Derecho Penal Internacional 242
VI. Conceptos de carácter no penal empleados en el Derecho Penal Internacional 242
Adiciones de Derecho español 244

§ 19. Ámbito de vigencia personal 248
I. Concepto de ámbito de vigencia personal en el Derecho Penal alemán 248
II. Indemnidad e inmunidad en el Derecho Constitucional 249
III. Privilegios de Derecho Internacional 250
IV. Privilegios de los representantes de la RDA . . . 252
Adiciones de Derecho español 252

§ 20. Derecho Penal Interlocal 254
I. Concepto, vigencia y puntos de contacto del Derecho Penal Interlocal 254
II. Evolución del Derecho Penal Interlocal y su aplicación dentro de la República Federal 256
III. Aplicación del Derecho Penal de la República Federal en relación con la RDA 257

SEGUNDA PARTE

EL HECHO PUNIBLE

CAPÍTULO 1.°

Págs.

FUNDAMENTOS GENERALES DEL CONCEPTO DE DELITO

§ 21. Sentido, método y estructura de la teoría general del delito 263
I. Sentido de la teoría general del delito 263
II. Método de la teoría general del delito 265
III. Formación del concepto de delito 265
Adiciones de Derecho español 268

§ 22. Fases de desarrollo de la moderna teoría del delito . . . 271
I. Antecedentes de la moderna teoría del delito . . . 272
II. El concepto clásico de delito 274
III. El concepto neoclásico de delito 276
IV. El concepto de delito del finalismo 281
V. Perspectivas 286
Adiciones de Derecho español 288

§ 23. Concepto jurídico-penal de acción y cuestiones implicadas . 289
I. Necesidad, cometido y exigencias del concepto de acción 290
II. Estructura y crítica del concepto causal de acción . . 292
III. Estructura y crítica del concepto final de acción . . 293
IV. El concepto social de acción 295
V. Sanciones contra personas jurídicas y asociaciones sin personalidad 299
VI. El actuar por otro (Responsabilidad de órganos y representantes) 303
Adiciones de Derecho español 305

CAÍTULO 2.°

EL DELITO DOLOSO DE COMISIÓN

Sección 1.ª

LA ANTIJURICIDAD

Subsección A

LA ANTIJURICIDAD Y SU RELACIÓN CON EL TIPO

§ 24. Concepto y esencia de la antijuricidad 314
I. Antijuricidad formal y material 314
II. La norma jurídica, norma de valoración o de deter-

Págs.

minación 318
III. Desvalor del resultado y desvalor de la acción en el injusto 321
Adiciones de Derecho español 328

§ 25. Antijuricidad y tipo 332
I. El tipo como tipo de injusto (Unrechtypus) . . . 333
II. La teoría de los tipos "abiertos" 335
III. La teoría de los elementos negativos del tipo . . . 338
IV. Tipo y adecuación social 341
Adiciones de Derecho español 344

§ 26. Estructura de los tipos penales 348
I. Bien jurídico y objeto de la acción 350
II. Clases de tipos 354
III. La formación de grupos de tipos 362
IV. Elementos descriptivos y normativos del tipo . . . 365
V. Casos especialmente graves, casos menos graves y ejemplos típicos 366
Adiciones de Derecho español 368

Subsección B

ELEMENTOS DEL TIPO DE INJUSTO

§ 27. Los elementos objetivos del tipo 373
I. Significado de lo "objetivo" en el tipo 373
II. Los elementos objetivos del tipo en particular . . . 374
Adiciones de Derecho español 376

§ 28. Causalidad e imputación objetiva 376
I. Causalidad e imputación objetiva como fundamentos de la responsabilidad jurídico-penal 377
II. Determinación de la causalidad 380
III. Restricciones tradicionales de la imputación objetiva . 386
IV. La nueva teoría de la imputación objetiva . . . 389
V. Teorías individualizadoras de la causalidad . . . 391
Adiciones de Derecho español 391

§ 29. Dolo y error de tipo 394
I. La exigencia de comisión dolosa del hecho 395
II. Origen, esencia y objeto del dolo 397
III. Clases de dolo 401
IV. Finalidad y dolo 410
V. El error de tipo 411
Adiciones de Derecho español 422

§ 30. Los elementos subjetivos del tipo 433
I. Esencia, descubrimiento y delimitación de los elementos subjetivos del tipo 434

Págs.

II. Los elementos subjetivos del tipo en el Derecho vigente 436
III. Tratamiento de los elementos subjetivos del tipo . . 438
Adiciones de Derecho español 439

Subsección C

LA EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURICIDAD

§ 31. Fundamentos generales de la justificación de acciones típicas 439
I. Relación entre norma prohibitiva y proposición permisiva 440
II. Sistemática de las causas de justificación 443
III. Origen y tipificación de las causas de justificación . . 445
IV. Los elementos subjetivos de justificación 447
V. La suposición errónea de causas de justificación . . 450
VI. Efectos de las causas de justificación 451
VII. Atenuación de la pena por justificación incompleta . 453
Adiciones de Derecho español 454

§ 32. La legítima defensa 458
I. Esencia de la legítima defensa 459
II. Estructura de la legítima defensa 461
III. Restricciones de la legítima defensa 468
IV. El auxilio necesario 473
V. Legítima defensa y convención de los derechos del hombre 474
VI. Exceso en la legítima defensa y legítima defensa putativa 475
VII. Derecho comparado 475
Adiciones de Derecho español 476

§ 33. El estado de necesidad justificante 482
I. Distinción de las clases de estado de necesidad . . 483
II. La defensa de cosas (estado de necesidad defensivo) . 485
III. El estado de necesidad jurídico-civil (estado de necesidad agresivo) 487
IV. El estado de necesidad justificante 490
V. La colisión de deberes justificante 497
VI. La autorización oficial (behördliche Erlaubnis) como causa de justificación 501
VII. Derecho comparado 502
Adiciones de Derecho español 504

§ 34. Consentimiento y consentimiento presunto del lesionado . . 509
I. La conformidad del afectado y su tratamiento en Derecho Penal 510
II. El consentimiento como causa de justificación . . 515
III. El ámbito de eficacia del consentimiento justificante . 517
IV. Requisitos de la declaración de consentimiento . . 520
V. El conocimiento del consentimiento por parte del autor 523

Págs.

VI. Derecho extranjero 523
VII. El consentimiento presunto 524
Adiciones de Derecho español 529

§ 35. El actuar en el ejercicio de un cargo público y casos análogos 534
I. El empleo de la coacción estatal como causa de justificación 535
II. Obediencia jerárquica y orden militar como causas de justificación 538
III. El Derecho de corrección del maestro 542
IV. El actuar "pro magistratu" 543
Adiciones de Derecho español 547

§ 36. El riesgo permitido 552
I. Riesgo permitido y adecuación social 553
II. Los casos de riesgo permitido 554
Adiciones de Derecho español 557

Sección 2.ª

LA CULPABILIDAD

Subsección A

LOS FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DE LA CULPABILIDAD

§ 37. Fundamentos antropológicos del concepto de culpabilidad . 559
I. Principio de culpabilidad y libertad de voluntad . . 561
II. La conciencia como fuente de conocimiento del Derecho y del injusto 567
III. El modelo de la estructura estratificada de la personalidad 570
Adiciones de Derecho español 572

§ 38. Fundamentos dogmáticos del concepto de culpabilidad . . 574
I. Culpabilidad jurídica y culpabilidad moral . . . 575
II. Fases de evolución de la teoría de la culpabilidad . . 577
III. Concepto formal y material de culpabilidad . . . 580
IV. Culpabilidad por el hecho individual y culpabilidad por la conducta de la vida 581
Adiciones de Derecho español 583

§ 39. Delimitación, contenido y estructura del concepto de culpabilidad 585
I. Antijuricidad y culpabilidad 585
II. Objeto del juicio de culpabilidad 587
III. El baremo del juicio de culpabilidad 588
IV. Elementos del concepto de culpabilidad 590
V. La teoría de la responsabilidad por el hecho . . . 591
Adiciones de Derecho español 593

Subsección B

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD

Págs.

§ 40. La capacidad de culpabilidad (imputabilidad) 593
I. Concepto de capacidad de culpabilidad 595
II. Etapas de la capacidad de culpabilidad 597
III. Incapacidad de culpabilidad por perturbaciones psíquicas 600
IV. Capacidad de culpabilidad disminuida 607
V. Derecho comparado 609
VI. La actio libera in causa 610
VII. Tratamiento de la embriaguez en Derecho Penal . . 612
Adiciones de Derecho español 613

§ 41. Conciencia de la antijuricidad y error de prohibición . . 620
I. La conciencia de la antijuricidad como elemento de la culpabilidad 622
II. El error sobre la norma prohibitiva (error de prohibición directo) 626
III. El error sobre causas de justificación 632
IV. Derecho comparado 639
Adiciones de Derecho español 640

§ 42. El tipo de culpabilidad y sus elementos 645
I. Esencia y función del tipo de culpabilidad . . . 645
II. Los elementos del tipo de culpabilidad 647
III. Problemas de error y de participación 651
Adiciones de Derecho español 653

Subsección C

CAUSAS DE EXCULPACIÓN

§ 43. Fundamentos de la exculpación de acciones típicamente antijurídicas 653
I. Exclusión de la antijuricidad y exculpación . . . 653
II. Exclusión de la culpabilidad y exculpación . . . 654
III. Principios fundamentales de las causas de exculpación 655
Adiciones de Derecho español 657

§ 44. El estado de necesidad exculpante 658
I. La situación de estado de necesidad 660
II. La acción realizada en estado de necesidad . . . 663
III. La restricción del estado de necesidad operada por la cláusula de exigibilidad 664
IV. Atenuación de la pena en caso de exigibilidad de soportar la situación de estado de necesidad . . . 668
V. El error sobre el estado de necesidad 669

Págs.

VI. Derecho comparado 670
Adiciones de Derecho español 671

§ 45. El exceso en la legítima defensa 671
I. Legítima defensa y exceso en la defensa 671
II. Exceso en la defensa por trastorno, temor o pánico . 672
Adiciones de Derecho español 675

§ 46. El actuar en obediencia jerárquica 675
I. El actuar en obediencia jerárquica como causa de justificación y de exculpación 676
II. Límites de la eficacia exculpante de un mandato no vinculante 678
III. Derecho comparado 681
Adiciones de Derecho español 682

§ 47. Colisión de deberes e inexigibilidad como causas supralegales de exculpación 683
I. La colisión de deberes como causa de exculpación supralegal 684
II. La inexigibilidad como causa supralegal de exculpación 686
Adiciones de Derecho español 689

§ 48. El error sobre causas de exculpación 691
I. Naturaleza jurídica del error sobre causas de exculpación 691
II. Tratamiento del error sobre los presupuestos de una causa de exculpación 692
Adiciones de Derecho español 694

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AcP	= Archiv für die zivilistische Praxis (citado por tomo, año y página)
ADPCP	= Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales (citado por 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. Politisches Strafrecht, 1968 (Proyecto Alternativo de Código Penal, Parte Especial, Delitos políticos)
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 etc.)
AE, Bes. Teil Straft. geg. d. Pers. 1. u 2. Halbb.	= 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, vol. 1.°, 1970; vol. 2.°, 1971)
AG	= Amtsgericht; Aktiengeselischaft (Juzgado 1.ª Instancia; sociedad por acciones)
AHK	= Alliierte Hohe Kommission (Alta Comisión de los Aliados)
AJIL	= American Journal of International Law (citado por tomo, año y página)
ALR	= Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 (Derecho territorial general para los Estados prusianos)
An der pen	= Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid (citado por año y página). En Adiciones de Derecho español: ADPCP
Anh.	= Anhang (Apéndice)
Anm.	= Anmerkung (nota, comentario)
AO	= Abgabenordnung (AO 1977) de 16-3-1976 (BGBl. I, página 613) (Ordenanza Tributaria vigente desde el 1-1-1977)
a. r.	= antigua redacción

ArchöffR = Archiv des öffentlichen Rechts (citado por tomo, año y página)
ArchRSph = Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (citado por año y página)
ArchVR = Archiv des Völkerrechts (citado por tomo, año y página)
Art. = Artículo
AV = Disposición General
AWG = Außenwirtschaftsgesetz de 28-4-1961 (BGBl. I, pág. 481)
Bad.GVOBl. = Ver GVBl.
BAnz. = Bundesanzeiger (Boletín Federal)
Bay.GVBl. = Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt
Bay.LStVG = Bayerisches Ges. über das Landesstrafrecht und das Verordnungsrecht auf dem Gebiet der öffentl. Sicherheit und Ordnung (Landesstraf- und Verordnungsgesetz — LStVG) de 17-11-1956, en su redacción de 7-11-1974 (Bay.GVBl., página 753)
BayObLG = Bayerisches Oberstes Landesgericht; Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen, Neue Folge (citado por año y página)
BBG = Bundesbeamtengesetz, en su redacción de 3-1-1977 (BGBl. I, pág. 1 — Sartorius núm. 160)
BDH = Bundesdisziplinarhof; Entscheidungen des Bundesdisziplinarhofes (citado por tomo y página)
BDO = Bundesdisziplinarordnung, en su redacción de 20-7-1967 (BGBl. I, pág. 751 — Sartorius 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)
BetMG = Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz), en su redacción de 10-1-1972 (BGBl. I, página 1)
BGB = Bürgerliches Gesetzbuch (Schönfelder núm. 20) (Código civil alemán)
BGBl. I, II = Bundesgesetzblatt Parte I, Parte II
BGE = Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (citado por tomo, parte, año y página)
BGH = Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal); Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (citado por tomo y página)
BGHZ = Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (citado por tomo y página)
BG Praxis = Die Praxis des (schweiz.) Bundesgerichts, Basel (citado por año y página)
BJagdG = Bundesjagdgesetz, en su redacción de 29-9-1976 (BGBl. I, página 2.849 — Schönfelder núm. 28)
BNotO = Bundesnotarordnung (BNotO), de 24-2-1961 (BGBl. I, página 98 — Schönfelder núm. 98a)
BörsG = Börsengesetz, en su redacción de 27-5-1908 (RBGl. página 215 — también parcialmente en Schönfelder, Anm. zu § 764 BGB y § 263 StGB)

BRAO = Bundesrechtsanwaltsordnung, de 1-8-1959 (BGBl. I, página 565 — Schönfelder núm. 98)
BR-Drucksache 1/72 = Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch EGStGB), Bundesrats-Drucksache 1/72, de 3-1-1972
BRRG = Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts, en su redacción de 3-1-1977 (BGBl. I, pág. 21 — Sartorius número 150)
BSeuchenges = Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten beim Menschen (Bundes-Seuchengesetz), de 18-7-1961 (BGBl. I, pág. 1.012 — Sartorius núm. 293)
BSHG = Bundessozialhilfegesetz, en su redacción de 13-2-1976 (BGBl. I, pág. 289 — Sartorius núm. 410)
BT-Drucksache V/4094 = Erster Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform über den Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB), Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode
BT-Drucksache V/4095 = Zweiter Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform über den Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB), Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode
BVerfG = Bundesverfassungsgericht (Tribunal Federal Constitucional)
BVerfGE = Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (citado por tomo y página)
BVerfGG = Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, en su redacción de 3-2-1971 (BGBl. I, pág. 105 — Sartorius núm. 40)
BVerwG = Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Federal Administrativo)
BVerwGE = Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (citado por tomo y página)
BwVollzO = Verordnung über den Vollzug von Freiheitsstrafe, Strafarrest, Jugendarrest und Disziplinararrest durch Behörden der Bundeswehr — Bundeswehrvollzugsordnung (BwVollzO) — de 29-11-1972 (BGBl. I, pág. 2.205)
BWahlG = Bundeswahlgesetz, en su redacción de 1-9-1975 (BGBl. I, página 2.325 — Sartorius núm. 30)
BZRG = Gesetz über das Zentralregister und das Erziehungsregister (Bundeszentralregistergesetz — BZRG), en su redacción de 22-7-1976 (BGBl. I, pág. 2.005 — Schönfelder número 92)
Cass. = Cour de Cassation; Sentencia de la Cour de Cassation, Chambre Criminelle
CCC = Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. (Constitutio Criminalis Carolina), de 1532
C. p. = (franc.) Code pénal; (itl.) Codice penale; (span.) Código penal. En Adiciones de Derecho español: CP
CPC = Cuadernos de Política Criminal (citados por año y página)
CrimLR = Criminal Law Review (citado por año y página)
DAG = Deutsches Auslieferungsgesetz, de 23-12-1929 (RBGl. I, página 239 — parcialmente recogida en Sartorius n.° 605)

DAR = Deutsches Autorecht (citado por año y página)
DevG = Gesetz über die Devisenbewirtschaftung, de 12-12-1938 (RGBl. I, pág. 1.733)
Diss. = Dissertation (tesis doctoral)
DJ = Deutsche Justiz, Rechtspflege und Rechtspolitik. Amtl. Organ des Reichsministers der Justiz (citado por año y página)
DJT = Deutscher Juristentag; Verhandlungen des Deutschen Juristentages
DJT-Festschrift = Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, tomo I, tomo II, 1960
DJZ = Deutsche Juristenzeitung (citado por año y página)
doc. dom. = doctrina dominante
DÖV = Die Öffentliche Verwaltung (citado por año y página)
D. P. = Dalloz, Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine (citado por año, parte y página)
DR = Deutsches Recht (citado por año y página)
DRechtsw = Deutsche Rechtswissenschaft (citado por tomo, año y página)
DRiZ = Deutsche Richterzeitung (citado por año y página)
DRZ = Deutsche Rechts-Zeitschrift (citado por año y página)
DStr = Deutsches Strafrecht, Neue Folge (citado por año y página)
Dürig = Dürig, Günter: Gesetze des Landes Baden-Württemberg (edición por fascículos)
DVollzO = Dienst- und Vollzugsordnung für die Justiz-Vollzugsanstalten, en su redacción de 1-12-1971
E = Proyecto
E 1913 = Entwurf der Strafrechtskommission 1913, en: Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Parte 1, 1920
E 1919 = Entwurf von 1919, en: Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Parte 2, 1920
E 1922, E Radbruch = Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (Entwurf Gustav Radbruch), 1922, Tübingen 1952
E 1925 = Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung (Reichsratsvorlage), 1925. Reimpresión en Materialien, tomo III (1954).
E 1927 = Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs mit Begründung und 2 Anlagen (Reichstagsvorlage), 1927 Drucksachen des Reichstags III/3.390. Reimpresión en Materialien, tomo IV (1954)
E 1930 = Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1930 (Entwurf Kahl) = Drucksachen des Reichstags V/395. Reimpresión en Materialien, tomo V (1954)
E 1936 = Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs, 1936, Bonn 1954 (inédito)
E 1962 = Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 (con Exposición de Motivos) — Bundestagsvorlage — Bonn 1962, Drucksache des Bundestages IV/650, sin Exposición de Motivos, en Drucksache V/32

EBAO = Einforderungs- und Beitreibungsanordnung
EGGVG = Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz de 27-1-1877 (RGBl. 77 — Schönfelder núm. 95a)
EGOWiG = Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, de 24-5-1968 (BGBl. I, pág. 503)
EGStGB = Einführungsgesetz zum Strafgestzbuch (EGStGB), de 2-3-1974 (BGBl. I, pág. 469 — Schönfelder núm. 85a)
Erg = Tomo complementario
EvBl = Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (citado por año y página)
FamRZ = Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht, después: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (citada por año y página)
GA = 1880-1933: Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, fundado por Th. Goltdammer (citado por tomo, año y página) a partir de 1953: Goltdammer's Archiv für Strafrecht (citado por año y página)
GBl. = Gesetzblatt für Baden-Württemberg
GBl.DDR = Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik
GE = Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs, de Wilhelm Kahl y otros, 1911
Ges. = Ley
GeschlGes. = Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten, de 23-7-1953 (BGBl. I, pág. 700 — Sartorius núm. 295)
GewO = Gewerbeordnung, en su redacción de 26-7-1900 (RGBl., página 871 — Sartorius núm. 800)
GG = Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, de 23-5-1949 (Ley Fundamental) (RGBl., pág. 1 — Schönfelder y Sartorius núm. 1)
GjS = Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, en su redacción de 29-4-1961 (BGBl. I, pág. 497 — Sartorius núm. 405)
GmbH = Sociedad de responsabilidad limitada
GmbHGes. = Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, en su redacción de 20-5-1898 (RGBl, pág. 846 — Schönfelder núm. 52)
GMG = Gebrauchsmustergesetz, en su redacción de 2 enero 1968 (BGBl. I, pág. 1)
GnadO = Gnadenordnung, de 6-2-1935 (DJ 1935, pág. 203)
GS = Der Gerichtssaal (citado por tomo, año y página)
GVG = Gerichtsverfassungsgesetz (GVG), en su redacción de 9-5-1975 (BGBl. I, pág. 1.077 — Schönfelder núm. 95)
GVBl = Gesetz- und Verordnungsblatt für das Großherzogtum Baden (1869 a 1918); Badisches Gesetz- und Verordnungsblatt (1919-1944)
GWB = Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, en su redacción de 4-4-1974 (BGBl. I, pág. 869 — Schönfelder número 74)

Haager LKO	= (Haager) Abkommen, betr. die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs, de 18-10-1907 (RGBl. 1910, pág. 107) (Convenio de La Haya)
HandwO	= Gesetz zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung), en su redacción de 28-12-1965 (BGBl. I 1966, pág. 1 — Sartorius núm. 815)
HarvLR	= Harvard Law Review (citado por tomo, año y página)
HGB	= Handelsgesetzbuch, de 10-5-1897 (RGBl., página 219 — Schönfelder núm. 50)
HESt	= Höchstrichterliche Entscheidungen. Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der Obersten Gerichte in Strafsachen (citado por tomo y página)
HRR	= Höchstrichterliche Rechtsprechung (citado por año y número)
HWB Krim	= Handwörterbuch der Kriminologie, 1.ª ed., tomo II 1936, 2.ª ed. de R. Sieverts, tomo I 1966, tomo II 1977, tomo III 1975.
HWB SozW	= Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, editado por E. v. Beckerath (y otros), tomos 1-12, con apéndice y registro, 1956-1968
IMT	= Internationales Militärtribunal
Int Rev Crim Pol	= International Review of Criminal Policy (citado por año y página)
IRuD	= Internationales Recht und Diplomatie (citado por año y página)
JA	= Juristische Arbeitsblätter, Strafrecht (citado por año y página)
JBeitrO	= Justizbeitreibungsordnung, de 11-3-1937 (RGBl. I, página 298 — Schönfelder núm. 122)
JBl	= Juristische Blätter (citado por año y página)
J. C. P.	= La Semaine Juridique. Juris Classeur Périodique (citado por año, parte y número)
JCrimL	= Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science (citado por año y página)
JGG	= Jugendgerichtsgesetz, en su redacción de 11-12-1974 (BGBl. I, pág. 3.427 — Schönfelder núm. 89)
Journ dr int	= Journal du droit international (citado por año y página)
JR	= Juristische Rundschau (citado por año y página)
JurA	= Juristische Analysen (citado por año y página)
Jurispr.	= Judisprudencia
JuS	= Juristische Schulung (citado por año y página)
Die Justiz	= Die Justiz. Amtsblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg (citado por año y página)
JW	= Juristische Wochenschrift (citado por año y página)
JWG	= Gesetz för Jugendwohlfahrt, en su redacción de 25-4-1977 (BGBl. I, pág. 635 — Schönfelder núm. 46)
JZ	= Juristenzeitung (citado por año y página)
KE	= Entwurf der Strafrechtskommission, 1913, en: Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Parte 1, 1920

KG	= Kammergericht; Kommanditgesellschaft (Tribunal de Cámara*; Sociedad Comanditaria)
KO	= Konkursordnung, en su redacción de 20-5-1898 (RGBl., página 612 — Schönfelder núm. 110)
KRG 10	= Kontrollratsgesetz núm. 10, de 20-12-1945 (ref. al castigo de los culpables de delito de guerra, contra la paz y contra la humanidad (Amtsblatt des Kontrollrats in Detuschland núm. 3, de 31-1-1946, pág. 50)
KRG 11	= Kontrollratsgesetz núm. 11, de 30-1-1946 (ref. a la derogación de algunos preceptos del Derecho Penal alemán) (Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland núm. 3, de 31-1-1946, pág. 55)
KRProkl	= Kontrollrats-Proklamation**
K + V	= Kraftfahrt und Verkehrsrecht (citado por año y página)
KWVO	= Kriegswirtschaftsverordnung, de 4-9-1939 (RGBl. I, página 1.609)
LBG Baden-Württemberg	= Landesbeamtengesetz von Baden-Württemberg, en su redacción de 27-5-1971 (GBl. pág. 225 — Dürig núm. 50)
LG	= Landgericht (Audiencia Provincial y Territorial)
LM	= Entscheidungen des BGH im Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, edit. por Lindenmaier, Möhring y otros, 1951 y ss.
LMBG	= Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen (Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz), de 15-8-1974 (BGBl. I, pág. 1.945 — Sartorius núm. 280)
LStVG	= Ver Bay.LStVG
LZ	= Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (citado por año y página)
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 III Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Strafgesetzbuchs nebst Begründung 1925 (Reichsratsvorlage), 1954 tomo IV Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1927 mit Begründung und 2 Anlagen (Reichstagsvorlage), 1954 tomo V Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1930 (Entwurf Kahl), 1954 tomo VI Amtl. Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes mit

* El Tribunal de Cámara es la Audiencia Territorial de Berlín-Oeste, que se llama así por razones históricas.

** El 5-6-1945 se creó por las Potencias Aliadas ocupantes del territorio alemán un Órgano de control con facultad de dictar leyes, proclamas, directrices y órdenes. Este Órgano de control (Kontrollrat) dejó de funcionar prácticamente el 20-3-1948.

Begründung 1927 (Reichsrats- und Reichstagsvorlage), 1954
tomo VIII, 1 a 3 Reform des Strafvollzugsrechts. Rechtsvergl. Arbeiten, 1959
tomo X Das Strafregisterwesen im Ausland, 1959

MDR = Monatsschrift für deutsches Recht (citado por año y página)

MichLR = Michigan Law Review (citado por tomo, año y página)

MilRegG = Militärregierungsgesetz

Mitt IKV = Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung. Neue Folge (citado por tomo, año y página)

Model Penal Code = The American Law Institute, Model Penal Code. Proposed Official Draft, 1962 (traduc. de R. Honig, en: Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, núm. 86, 1965)

MRK = (Europäische) Konvention zum Schutze der Menschenrechte u. Grundfreiheiten, de 4-11-1950 (BGBl. 1952 II, página 685 — Sartorius, tomo II núm. 130)

MSchrKrim = Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform (1904/05-1936)
Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform (1937 a 1944)
Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (desde 1953) (citado por año y página)

MStGB = Militärstrafgesetzbuch (Código Penal militar), en su redacción de 10-10-1940 (RGBl. I, pág. 1.347)

Nds. Rpfl. = Niedersächsische Rechtspflege (citado por año y página)

N. F. = Neue Folge (nueva serie)

Niederschriften = Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission (Actas de las sesiones de la Gran Comisión para la reforma del Derecho Penal)
tomo I-IV, 1956-1958
tomo XI-XIV, 1959-1960

NJ = Neue Justiz (citado por año y página)

NJW = Neue Juristische Wochenschrift (citado por año y página)

NZWehrr = Neue Zeitschrift für Wehrrecht (citado por año y página)

ÖJZ = Österreichische Juristenzeitung (citado por año y página)

österreichischer Entwurf 1968 = Regierungsvorlage eines StGB samt erläuternden Bemerkungen, 1968 (706 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates XI. GP.) (Proyecto de Código Penal austríaco, 1968)

österr. Entwurf 1971 = Regierungsvorlage, de 16-11-1971 für ein Bundesgesetz über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch — StGB) (30 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates XIII. GP.) (Proyecto austríaco, 1971)

österr. OGH = Österreichischer Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo austríaco)

OG DDR = Entscheidungen des Obersten Gerichts der Deutschen Demokratischen Republik in Strafsachen (citado por tomo y página)

OGH = Oberster Gerichtshof für die Britische Zone; Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen (citado por tomo y página)

OGHSSt = Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichshofs in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten (citado por tomo, número y página)

oHG = Offene Handelsgesellschaft (Sociedad mercantil personal, cooperativa)

OLG = Oberlandesgericht (Tribunal Supremo de cada Estado Federal)

OVG = Oberverwaltungsgericht (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo Supremo de cada Estado Federal)

OWiG 1952 = Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, de 25-3-1952 (BGBl. I, página 177)

OWiG 1968 = Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, en su redacción de 2-1-1975 (BGBl. I, pág. 80 — Schönfelder núm. 94)

PatG = Patentgesetz, en su redacción de 2-1-1968 (BGBl. I, página 2 — Schönfelder núm. 70)

PG = Parte General

Protokolle IV = Beratungen des Sonderausschusses "Strafrecht" des Deutschen Bundestages i. d. 4. Wahlperiode, Bonn 1963-1965 (citado por página)

Protokolle V = Beratungen des Sonderausschusses des Deutschen Bundestages für die Strafrechtsreform i. d. 5. Wahlperiode, Bonn 1966-1969 (citado por página)

Protokolle VI = Beratungen des Sonderausschusses des Deutschen Bundestages für die Strafrechtsreform i. d. 6. Wahlperiode, Bonn 1970-1972 (citado por página)

Protokolle VII = Beratungen des Sonderausschusses des Deutschen Bundestages für die Strafrechtsreform i. d. 7. Wahlperiode, Bonn 1973-1976 (citado por página)

RAO = Reichsabgabenordnung, de 13-12-1919, en su redacción de 22-5-1931 (RGBl. I, pág. 161) (Ordenanza Tributaria anterior a 1977, cfr. AO)

RDA = República Democrática Alemana

Rechtspfl = Der Deutsche Rechtspfleger (citado por año y página)

REP = Revista de Estudios Penitenciarios (citada por año y pág.)

Rev crim pol tech = Revue de criminologie et de police technique (citada por año y página)

Rev dr pén crim = Revue de droit pénal et de criminologie (citada por tomo, año y página)

Rev dr pén mil = Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre (citada por tomo, año y página)

Rev int déf soc = Revue internationale de défense sociale (citada por año y página)

Rev int dr comp = Revue internationale de droit comparé (citada por año y página)

Rev int dr pén = Revue internationale de droit pénal (citada por año y página)
Rev int pol crim = Revue internationale de police criminelle (citado por año y página) (edición paralela alemana: Internationale Kriminalpolizeiliche Revue)
Rev J Cat = Revista Jurídica de Cataluña (citada por año y página)
Rev sc crim = Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (citada por año y página)
RG = Reichsgericht (Tribunal Supremo Imperial); Entscheidungen des Reichsferichts in Strafsachen (citado por tomo y página)
RGLJ = Revista General de Legislación y Jurisprudencia (citada por año y página)
RG Recht = Entscheidungen des Reichsgerichts en "Das Recht", edit. por Hans Th. Soergel (citado por año y página)
RG Rspr. = Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen (citado por tomo y página)
RGBl. I, II = Reichsgesetzblatt Parte I, Parte II
RG-Festgabe = Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jähr. Bestehen des Reichsgerichts, tomo V: Strafrecht und Strafprozeß, 1929
RGZ = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (citado por tomo y página)
RPflG = Rechtspflegergesetz, de 5-11-1969 (BGBl. I, pág. 2.065 — Schönfelder núm. 96)
Riv it dir pen = Rivista italiana di diritto penale (citada por año y página)
Riv dir proc pen = Rivista italiana di diritto e procedura penale (citada por año y página)
RJG = Reichsjagdgesetz, de 3-7-1934 (RGBl. I, pág. 549)
RKG = Entscheidungen des Reichskriegsgerichts und des Wehrmachtdienststrafhofs (citado por tomo y página)
RMG = Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts (citado por tomo y página)
ROW = Recht in Ost und West (citado por año y página)
Rspr. = Rechtsprechung (Jurisprudencia)
RStGB = Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (Código Penal del Imperio Alemán), de 15-5-1871 (RGBl. pág. 127)
RV 1871 = Verfassung des Deutschen Reiches, de 16-4-1871 (RGBl. página 63) (Constitución del Imperio alemán)
RWStR = Kohlhaas, Max y H. G. Schwenck: Rechtsprechung in Wehrstrafsachen, 1967 ss. (fascículos)
Sartorius = Sartorius, tomo I: Verfassungs- und Verwaltungsgesetze der Bundesrepublik (fascículos)
Sartorius Bd. II = Sartorius, tomo II: Europa-Recht und andere internationale Verträge (fascículos)
SchlHA = Schleswig-Holsteinische Anzeigen (citado por año y pág.)
SchlHOLG = Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht
Schönfelder = Schönfelder, Heinrich: Deutsche Gesetze (fascículos)

schweiz. ZGB = Schweizerisches Zivilgesetzbuch, de 10-12-1907 (Código civil suizo)
SchwJZ = Schweizerische Juristenzeitung (citado por tomo, año y página)
SchwZStr = Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (citado por tomo, año y página)
Seemannsges. = Seemannsgesetz, de 26-7-1951 (BGBl. II, pág. 713)
SG = Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten (Soldatengesetz), en su redacción de 19-8-1975 (BGBl. I, pág. 2.273 — Sartorius núm. 640)
Sirey = Recueil général des lois et des arrêts..., fondé par J. B. Sirey, desde 1946: Recueil Sirey (citado por año, parte y página)
SJZ = Süddeutsche Juristenzeitung (citada por año y columna)
SSt = Entscheidungen des österr. Obersten Gerichtshofes in Strafrachen u. Disziplinarangelegenhieten (citado por tomo, número y página)
StÄG (Ley de modificación del Derecho Penal) = 3. Strafrechtsänderungsgesetz, de 4-8-1953 (BGBl. I, página 735)
4. Strafrechtsänderungsgesetz, de 11-6-1957 (BGBl. I, página 597)
8. Strafrechtsänderungsgesetz, de 25-6-1968 (BGBl. I, página 741)
9. Strafrechtsänderungsgesetz, de 4-8-1969 (BGBl. I, página 1.065)
10. Strafrechtsänderungsgesetz, de 7-4-1970 (BGBl. I, página 313)
11. Strafrechtsänderungsgesetz, de 16-12-1971 (BGBl. I, página 1.977)
12. Strafrechtsänderungsgesetz, de 16-12-1971 (BGBl. I, página 1.979)
13. Strafrechtsänderungsgesetz, de 13-6-1975 (BGBl. I, página 1.349)
14. Strafrechtsänderungsgesetz, de 22-4-1976 (BGBl. I, página 1.056)
15. Strafrechtsänderungsgesetz, de 18-5-1976 (BGBl. I, página 1.213)
StGB = Strafgesetzbuch (Código Penal), en su redacción de 2-1-1975 (BGBl. I, pág. 1 — Schönfelder núm. 85); (austríaco) StGB, de 23-1-1974; (suizo) StGB, de 21-12-1937
StGB DDR = Strafgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik (StGB), de 12-1-1968, en su redacción de 19-12-1974 (BGl. I 1975, pág. 14)
StPO = Strafprozeßordnung, en su redacción de 7-1-1975 (BGBl. I, página 129 — Schönfelder núm. 90)
Strafr. Abh. = Strafrechtliche Abhandlungen (citado por número de cuaderno y año) (Neue Folge [1968 ss.], citado por número de tomo y año)
StrafVollstrO = Strafvollstreckungsordnung, en su redacción de 1-1-1975

StrRG (Primera, Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta Ley de Reforma del Derecho Penal)	= Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (1. StrRG), de 25-6-1969 (BGBl. I, pág. 645) Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts (2. StrRG), de 4-7-1969 (BGBl. I, pág. 717) Drittes Gesetz zur Reform des Strafrechts (3. StrRG), de 20-5-1970 (BGBl. I, pág. 505) Viertes Gesetz zur Reform des Strafrechts (4. StrRG), de 23-11-1973 (BGBl. I, pág. 1.725) Fünftes Gesetz zur Reform des Strafrechts (5. StrRG), de 18-6-1974 (BGBl. I, pág. 1.297)
STS	= Sentencia del Tribunal Supremo español
StVG	= Straßenverkehrsgesetz, de 19-12-1952 (BGBl. I, página 837 — Schönfelder núm. 35)
StVO	= Straßenverkehrs-Ordnung, de 16-11-1970 (BGBl. I, página 1.565 — Schönfelder núm. 35a)
StVollzG	= Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung — Strafvollzugsgesetz (StVollzG) (Ley General Penitenciaria) —, de 16-3-1976 (BGBl. I, pág. 581)
StVZO	= Straßenverkehrs Zulassungs-Ordnung (StVZO), en su redacción de 15-11-1974 (BGBl. I, pág. 3.193 — Schönfelder número 35b)
Supp.	= Supplement; Supplément; Suplemento
Tagungsberichte	= Tagungsberichte der Strafvollzugskommission des Bundesjustizministeriums tomos I-XII, 1968-1971 mit Sonderband "Erster Arbeitsenwurf eines Strafvollzugsgesetzes" 1971
ThürGS	= Gesetzsammlung für Thüringen (citado por año y página)
TierSchG	= Tierschutzgesetz, de 24-7-1972 (RGBl. I, pág. 1.277 — Sartorius núm. 873)
TS	= Tribunal Supremo español
UnedMG	= Gesetz über den Verkehr mit unedlen Metallen, de 23-7-1926 (RGBl. I, pág. 415 — en parte publicada en Schönfelder, Anm. zu § 259 StGB)
UrhG	= Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), de 9-9-1965 (BGBl. I, pág. 1.273 — Schönfelder núm. 65)
UWG	= Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, de 7-6-1909 (RGBl. pág. 409 — Schönfelder núm. 73)
UZwG	= Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes, de 10-3-1961 (BGBl. I, pág. 165 — Sartorius núm. 115)
UZwGBw	= Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und zivile Wachpersonen, de 12-8-1965 (BGBl. I, pág. 796 — Sartorius núm. 117)
VDA	= Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil, tomos I-VI, 1908 mit Registerband, 1909
VE	= Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1909

Vereinsges.	= Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts (Vereinsgesetz), de 5-8-1964 (BGBl. I, pág. 593 — Sartorius número 425)
VO	= Ley material
VOR	= Zeitschrift für Verkehrs- und Ordnungswidrigkeitenrecht (citada por año y página)
VRS	= Verkehrsrechts-Sammlung (citada por año y página)
WDO	= Wehrdisziplinarordnung, en su redacción de 4-9-1972 (BGBl. I, pág. 1.665 — Sartorius núm. 655)
WiKG	= Erstes Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (1. WiKG), de 29-7-1976 (BGBl. I, pág. 2.034)
WiStG 1954	= Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts (Wirtschaftsstrafgesetz 1954), en su redacción de 3-6-1975 (BGBl. I, pág. 1.313 — Schönfelder núm. 88)
WRV	= Verfassung des Deutschen Reichs (sog. "Weimarer Reichsverfassung"), de 11-8-1919 (RGBl. pág. 1.383) (Constitución de Weimar)
WStG	= Wehrstrafgesetz (WStG), en su redacción de 24-5-1974 (BGBl. I, pág. 1.213 — Schönfelder núm. 87)
WVR	= Wörterbuch des Völkerrechts, 2.ª ed., editado por Hans-Jürgen Schlochauer, tomo I 1960; tomo II 1961; tomo III y Reg. tomo 1962
W. v. S.	= (holandés) Wetboek van Strafrecht
WZG	= Warenzeichengesetz, en su redacción de 2-1-1968 (BGBl. I, página 29 — Schönfelder núm. 72)
ZAK	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (citada por año y página)
ZaöffR	= Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (citada por tomo, año y página)
ZBJV	= Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (citada por tomo, año y página)
ZfL bzw. ZLW	= Zeitschrift für Luftrecht bzw. Zeitschrift für Luftrecht und Weltraumrechtsfragen (citado por año y página o por tomo, año y página)
ZfRV	= Zeitschrift für Rechtsvergleichung (citado por año y página)
ZGB	= Ver schweiz. ZGB
ZPO	= Zivilprozeßordnung (Ley Procesal Civil) (Schönfelder número 100)
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik (citada por año y página)
ZStW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (citado por tomo, año y página)
ZugabeVO	= Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze der Wirtschaft, Erster Teil: Zugabewesen ("Zugabeverordnung"), de 9-3-1932 (RGBl. I, pág. 121 — Schönfelder núm. 79)
ZVOBl.	= Zentral-Verordnungsblatt
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozeß (citada por tomo, año y página)

INTRODUCCIÓN

FUNDAMENTOS GENERALES

§ 1 *Misión del Derecho Penal*

Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; *Arzt*, Der Ruf nach Recht und Ordnung, 1976; *Bockelmann*, Zur Kritik der Strafrechtskritik, Festschritft für R. Lange, 1976, pág. 1; *Bruns*, Richterliche Überzeugung bei Prognose-Entscheidungen über Sicherungsmassregeln, JZ 1958, 647; *Engisch*, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971; *Frey*, Der frühkriminelle Rückfallverbrecher, 1951; *el mismo*, Reform des Massnahmenrechts gegen Frühkriminelle, 1951; *el mismo*, Kriminalpolitik, 1975, pág. 59; *Gallas*, Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, Festschrift für W. Graf Gleispach, 1936, pág. 50; *Göppinger*, Kriminologie, 3.ª ed., 1976; *Hellmer*, Jugendkriminalität in unserer Zeit, 1966; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 8.ª ed., 1975; *Jahrreiß*, Alkoholismus, HWB Krim, tomo I, 1966, pág. 30; *Jescheck*, Strafrechtsreform in Deutschland, SchwZStr 91 (1975), pág. 1; *el mismo*, Das neue deutsche Strafrecht im internationalen Zusammenhang, Max-Planck-Gesellschaft Jahrbuch 1975, pág. 49; *Kaiser*, Verkehrsdelinquenz und Generalprävention, 1970; *el mismo*, Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1972; *el mismo*, Fortentwicklung des Strafrechts, ZStW 86 (1974), pág. 349 y ss.; *Armin Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; *Kerner*, Rückfalltäter, Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 1974, pág. 272; *Klee*, Das Verbrechen als Rechtsguts- und Pflichtverletzung, DStr 1936, 1; *Kürzinger*, Kritik des Strafrechts aus der Sicht moderner kriminologischer Richtungen, ZStW 86 (1974), pág. 214; *Lampe*, Rechtsgut, *kultureller* Wert und individuelles Bedürfnis, Festschritft für H. Welzel, 1974, pág. 151; *Mannheim*, Rückfall und Prognose, HWB Krim, t. III, 1969, página 38; *H. Mayer*, Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962; *M. E. Mayer*, Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903; *Mir Puig*, La reincidencia en el Código Penal, 1974; *Noll*, Die Normativität als rechtsanthropologisches Grundphänomen, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 125; *Schaffstein*, Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma, DStr 1937, 335; *el mismo*, Jugendstrafrecht, 6.ª ed., 1977; *Schmidhäuser*, Von den zwei Rechtsordnungen im staatlichen Gemeinwesen, 1964; *Stratenwerth*, Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág. 177; *Tiedemann*, Fortentwicklung des Strafrechts, ZStW 86 (1974), págs. 303 y ss.; *Waaben/Schultz/Léauté*, Die Behandlung der Trunkenheit im Strafrecht, 1960; *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; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973.

I. La protección de la Sociedad

1. Misión del Derecho Penal es *proteger la convivencia humana en la comunidad*. Nadie puede, a la larga, subsistir abandonado a sus propias fuerzas; toda persona depende, por la naturaleza de sus condicionamientos existenciales, del intercambio y de la ayuda re-

cíproca que le posibilita su mundo circundante. El Derecho Penal, como orden de paz y de protección de las relaciones sociales humanas, tiene en ello una importancia fundamental. Sin embargo, no es de naturaleza primaria. La convivencia humana se desarrolla ante todo conforme a una pluralidad de reglas transmitidas por la tradición (normas), que forman en su conjunto el **orden social.**[1] La vigencia de tales normas previamente dadas es en buena parte independiente de la coacción externa, ya que se basan en el reconocimiento de su necesidad por parte de todos y se hallan protegidas mediante ciertas sanciones inmanentes que actúan espontáneamente en caso de contravención (represión social mediata). Hay un sistema general de "controles sociales" cuyos titulares son instituciones de muy diversa naturaleza, como la familia, la escuela, la Iglesia, la empresa, los sindicatos y las asociaciones. La Justicia Penal es sólo una parte de este sistema y las sanciones preventivas o represivas empleadas son incluso, hasta cierto punto, intercambiables.[2]

El orden social no puede, sin embargo, asegurar por sí solo la convivencia humana en la comunidad. Ha de completarse, perfeccionarse y reforzarse por medio del **orden jurídico.** La primera aspiración del espíritu humano ha sido siempre guiar y desarrollar el orden social mediante la creación de proposiciones jurídicas ajustadas a un plan. En especial, el orden jurídico debe garantizar la obligatoriedad general de toda norma que rige como Derecho y oponerse a posibles abusos. Titular del orden social previo es la Sociedad; titular del orden jurídico creado según un plan, el Estado, cuya misión protectora a través del Derecho es hoy más importante que nunca en una sociedad de masas en que peligra la existencia del hombre. El Derecho Penal asegura la **inquebrantabilidad del orden jurídico** por medio de la coacción estatal. También el Derecho civil y el público prevén el recurso a la coacción, pero la amenaza de coacción y su realización pertenecen al núcleo mismo del Derecho Penal. Éste se sirve para ello del más poderoso medio de poder de que dispone el Estado: la pena pública. Cuando otras medidas y posibilidades fracasan, el Derecho Penal asegura, en última instancia, la coercibilidad del orden jurídico positivo. Tan pronto como el Derecho Penal deja de poder garantizar la seguridad y el orden, aparece la venganza privada, como ha enseñado repetidamente la más reciente experiencia histórica.[2a]

2. El poder punitivo del Estado no puede ser utilizado *de cualquier forma y medida* para proteger la convivencia humana en la

1 *M. E. Mayer*, Rechtsnormen und Kulturnormen, págs. 16 y ss.; *el mismo*, Lehrbuch, págs. 37 y ss.; *Henkel*, Rechtsphilosophie, págs. 228 y ss.; *Noll*, Engisch-Festschrift, pág. 129 (Normatividad como "realidad antropológica fundamental"); *Schmidhäuser*, Von den zwei Rechtsordnungen, pág. 12.

2 *Kaiser*, Strategien, págs. 20 y ss.

2a *Arzt*, Ruf nach Recht und Ordnung, págs. 38 y ss., 60 y ss., 137 y ss.

Sociedad. El Derecho Penal debe, ciertamente, contribuir a superar el caos en el mundo y a contener la arbitrariedad de los hombres por medio de una consciente limitación de su libertad; pero sólo puede hacerlo de forma compatible con el nivel cultural general de la nación.[3] En una Constitución que, como la de la República Federal de Alemania, se defina como "*orden fundamental de libertad y democracia*" (BVerfGE 2, 1 [12 f]),[4] el Derecho Penal sólo puede asegurar la protección de la Sociedad garantizando la paz pública, respetando la libertad de actuación del individuo, a la vez que defendiéndola de la violencia ilegítima, y actuando con arreglo al principio de justicia distributiva (iustitia distributiva) en caso de infracciones importantes.[5] **Protección de la paz pública** significa que el dominio del más fuerte desaparece y que la conciencia de seguridad general hace posible a todos los ciudadanos el libre desarrollo de su personalidad (art. 2, párr. 1 GG). Seguridad general no quiere decir que no se cometa ningún delito, sino que la criminalidad se somete al control del Estado, mediante la averiguación de un elevado porcentaje de los delitos cometidos y su persecución sin discriminación por razón de la persona (cfr. *infra*, § 5 IV). Puesto que la Constitución, según constante jurisprudencia, pretende garantizar *en general la libertad humana de actuación* (BVerfGE 6, 32 [36 s]), el Derecho Penal **únicamente** puede imponer **limitaciones cuando ello resulte indispensable para la protección de la Sociedad.** "En cierto modo, la norma penal representa la "ultima ratio" del instrumental de que dispone el legislador" (BVerfGE, 39, 1 [47]). Al mismo tiempo, con la evitación de graves arbitrariedades, ha de procurar al individuo una esfera dentro de la cual pueda decidir con libertad y realizar sus decisiones según su criterio. El Derecho Penal no sólo limita, pues, la libertad, sino que también crea libertad. **La aplicación de la justicia distributiva** significa en Derecho Penal que las infracciones graves no pueden minimizarse por una benevolencia infundada, ni dramatizarse en nombre de un rigor excesivo, y que debe imponerse a su autor la restricción de los bienes jurídicos que "merezca", denunciando el carácter ilícito de su conducta e impidiendo su legitimación. Pero la pena posee una **función social,** por lo que además deberán tomarse en consideración sus posibles efectos sobre la vida futura del condenado en la Sociedad (cfr. § 46 I, 2).

3. Los **ataques que se dirigen a la justificación de la existencia del Derecho Penal** como instrumento represivo de poder para la realización del

3 Cfr. para lo siguiente *Bockelmann*, Einführung, en especial, págs. 38 y siguientes, 53 y ss. y 67 y ss.

4 Sobre esto, detalladamente *Hesse*, Grundzüge, pág. 53.

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

orden jurídico resultan infundados en una Sociedad libremente organizada, ya que sólo la pena hace posible la protección de la paz jurídica en un marco de libertad, al regular la actuación del individuo apelando a su sentido de la responsabilidad, y no en base a la coacción directa ni acudiendo a un tratamiento coactivo.[6]

II. Función represiva y preventiva del Derecho Penal

En primer lugar, el Derecho Penal realiza su tarea de protección de la Sociedad castigando las infracciones ya cometidas, por lo que es de naturaleza represiva. En segundo lugar, cumple esa misma misión por medio de la prevención de infracciones de posible comisión futura, por lo que posee naturaleza preventiva. La función represiva y la función preventiva del Derecho Penal no son, sin embargo, contradictorias, sino que deben concebirse como una unidad.

1. El castigo de una infracción ya cometida por medio de la pena, según el principio de justicia distributiva, llega siempre, por su propia naturaleza, demasiado tarde, pues la pena mira al pasado y no puede hacer desaparecer el injusto cometido. No obstante, la **función represiva del Derecho Penal** no es expresión del deseo de realizar a través de la justicia terrena un ideal moral absoluto, sino un medio necesario para alcanzar la protección de la Sociedad *de una forma justa.*[7] La imposición de la pena adecuada a la infracción cometida ofrece la confirmación visible de la inquebrantabilidad del orden jurídico, de cuya existencia depende en último término el orden social. La sentencia judicial pone de manifiesto de forma inequívoca, tanto frente al autor como frente a la colectividad, que, si bien a veces tarde, el Derecho consigue imponerse, y que puede contarse con que lo hará también en el futuro. Gracias al cumplimiento equitativo y mesurado de la función represiva, el Derecho Penal desarrolla su "fuerza configuradora de las costumbres",[8] señalando al conjunto de los miembros de la comunidad las pautas jurídicas para su comportamiento y persiguiendo, por esta vía, un efecto preventivo general denominado "prevención general" (cfr. *infra*, § 8 II, 3 a). Este efecto del Derecho Penal se alcanza con la creación de preceptos penales claros, susceptibles de ser comprendidos por el común de los hombres y que caractericen inequívocamente el desvalor de la acción prohibida; con una determinación de la pena basada en la gravedad del hecho y en la culpabilidad, que se sienta como justa por la colectividad, y con una objetiva información judicial consciente de su importancia pedagógico-social. La tarea del Derecho Penal de impedir el aumento de la criminalidad puede, generalmente, acometerse frente al llamado *delincuente ocasional* con el medio tradicional de la pena. Pero incluso cuando interviene en forma represiva, el Derecho Penal cumple, respecto a la protección de la Sociedad, *indirectamente una función preventiva:* la pena justa constituye un instrumento imprescindible, en interés de la colectividad, para el mantenimiento del orden social.

2. Pero, además, el Derecho Penal ha de cumplir también de forma *inmediata* una **función preventiva.** *Toda* pena debe contribuir a fortalecer de nuevo en el condenado el respeto por el Derecho y a hacer que regrese, por sí mismo y por su propio convencimiento, al camino del orden. Ésta es la finalidad principal de la pena privativa de libertad, que, sin embargo, también sirve para asegurar a la sociedad frente al delincuente peligroso (cfr. § 2, 2 StVollzG). El efecto de la pena en el condenado recibe el nombre de "prevención especial" (cfr. *infra*, § 8 II, 3 b). Pero en determinado tipo de delincuentes falta en buena parte la capacidad de autosujeción a reglas y valores por razón de una disposición criminal hereditaria, de defectos corporales o psíquicos o, en gran parte, de una socialización insuficiente, y en los cuales el influjo de la pena se debilita hasta el punto de resultar tan ineficaz que incluso es insuficiente la pena privativa de libertad con una finalidad cautelar *(delincuente de estado)*. Estos delincuentes representan un potencial latente de criminalidad que encierra gran peligrosidad. Frente a ellos el Derecho Penal debe proceder con otros medios para cumplir su cometido de protección de la Sociedad, pues aquí no cabe apelar a la autodeterminación ni al sentido de responsabilidad, del todo o en gran parte ausentes. A tal fin ha creado el Derecho Penal moderno medidas de corrección y de seguridad como medios de intervención pedagógico-social o de aislamiento, llamadas a combatir directamente el estado peligroso en su misma raíz. Junto al delincuente de estado, que se distingue con claridad del resto de la población normal por su origen, su carácter y sus costumbres, existe, además, otra clase de criminalidad peligrosa que se distribuye a lo largo de toda la comunidad. Se trata de personas que, por su disposición psíquica, corporal o caracterológica, no pueden responder a las exigencias del mundo de la técnica, por lo que debe impedírseles el acceso a ciertas actividades peligrosas que permite el principio de la libertad de actuación general *(delincuente por imprudencia)*. En particular, el Derecho Penal moderno ha de cumplir los siguientes cometidos de prevención especial:

a) La prevención de delitos empieza por la lucha contra la **criminalidad precoz.**[9] Delincuentes precoces son los menores de 14 a 17 años y los jóve-

6 Cfr., con abundantes referencias, *Kürzinger*, ZStW 86 (1974), págs. 211 y ss., *Jescheck*, SchwZStr 91 (1975), págs. 13 y ss.; *Bockelmann*, Lange-Festschrift, págs. 1 y ss.

7 *Gallas*, Beiträge, pág. 4; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 46.

8 *H. Mayer*, Strafrechtsreform, pág. 15.

9 Cfr. los fundamentales trabajos sobre delincuencia precoz de *Frey*; en general, para esto también *Hellmer*, Jugendkriminalität in unserer Zeit, 1966; *Schaffstein*, Jugendstrafrecht, págs. 14 y ss.

nes adultos de 18 a 20 años que ya en edad infantil o juvenil manifiestan un comportamiento desordenado (asistencia irregular a la escuela, interrupción excesivamente temprana de la enseñanza, incapacidad para seguir de forma continuada una profesión, constantes e injustificados cambios de vida, rápida sucesión de delitos) susceptible de valorarse como síntoma precoz de una disposición criminal. En cifras, se calcula que constituyen hasta un 15 % de la totalidad de jóvenes delincuentes, y se supone que alrededor del 25 % de los delincuentes precoces siguen una carrera criminal y de los 25 a los 30 años se convierten en incipientes delincuentes habituales. El Derecho Penal de Jóvenes, con los medios de que dispone (internamiento en un establecimiento penitenciario para jóvenes por tiempo indeterminado, educación asistencial), se halla casi inerme frente a jóvenes reacios a la educación, especialmente porque la educación asistencial llega sólo hasta los 18 años. El nuevo Derecho Penal vigente prevé, según el § 65 II, el internamiento de los delincuentes por tendencia menores de 27 años en un establecimiento de terapia social.

b) Un segundo cometido de la prevención de delitos es la lucha contra la **reincidencia.**[10] Es preciso distinguir dos grupos de reincidentes: el delincuente habitual con una inclinación a la criminalidad firmemente enraizada y el delincuente por tendencia con repetidos antecedentes que, con arreglo al desarrollo de su personalidad, no se halla todavía determinado a una carrera criminal. Para el segundo grupo el § 48 prevé la imposición de una pena mínima de 6 meses de privación de libertad, para que sea posible un persistente influjo educativo. Para el delincuente habitual peligroso el § 66 establece un internamiento de seguridad. Por último, se prevé el establecimiento de terapia social (§ 65 I, 1) para los reincidentes con graves perturbaciones de la personalidad y la sujeción a vigilancia (§ 68, I, 1) para los demás reincidentes citados en el § 48.

c) El tercer grupo de delincuentes para los cuales el Derecho Penal debe adoptar medidas especiales de prevención, está constituido por aquellos que poseen **defectos psíquicos.**[11] Aquí se incluyen personas con perturbaciones psíquicas no morbosas, que se presentan en forma de psicopatías, neurosis, anomalías instintivas, o en un grado variable de debilidad mental o de involución senil, y que juegan un importante papel en la génesis de la criminalidad, en particular en la reincidencia y en la delincuencia precoz y senil. Para los incapaces de culpabilidad y para los que tengan una capacidad disminuida existe el internamiento en un hospital psiquiátrico (§ 63 I) o en un establecimiento de terapia social (§§ 63 II, 65 III), para los alcohólicos el internamiento en un establecimiento de desintoxicación (§ 64) y para los delincuentes sexuales peligrosos el internamiento en el establecimiento de terapia social (§ 65 I, 2).

d) Uno de los más difíciles problemas del Derecho Penal moderno es la lucha contra la **criminalidad imprudente,** que aparece sobre todo como

10 Cfr. para esto *Mannheim*, HWB Krim, t. III, págs. 38 y ss.; *Kerner*, Kl. Krim. Wörterbuch, págs. 272 y ss.; *Mir Puig*, La reincidencia, págs. 8 y ss.

11 Cfr. *Waaben*, Die Behandlung der Trunkenheit, págs. 11 y ss.; *Jahrreiss*, HWB Krim, t. I, págs. 30 y ss.; *Frey*, Kriminalpolitik, págs. 59 y ss.; sobre el problema, *Göppinger*, Kriminologie, págs. 138 y ss.

delincuencia de tráfico,[12] pero que posee también importancia en la vida profesional (por ej., accidentes en la construcción causados por imprudencia, errores médicos) e incluso alcanza al ámbito del hogar. Como sanciones especiales existen la pena accesoria de prohibición de conducir (§ 44) y, con carácter de medidas de seguridad, la retirada del permiso de conducción (§ 69) y la inhabilitación para el ejercicio de una profesión (§ 70). Lo que antes constituían faltas de tráfico ha pasado desde 1968 a ser infracciones administrativas con objeto de facilitar su castigo más rápido por medio de las elevadas multas fijadas por las autoridades policiales, evitando el proceso judicial (cfr. *infra* § 7 V, 1). Esta vía se ha impuesto en la lucha contra las numerosas infracciones leves de tráfico. También en las infracciones administrativas de tráfico está prevista como sanción adicional la prohibición de conducir (§ 25 StVG).

3. Para prevenir del modo más eficaz posible las diversas formas de aparición de la criminalidad, el Derecho Penal moderno se sirve tanto de la pena basada en la culpabilidad, como de las medidas ajustadas a la peligrosidad **("sistema de la doble vía").** Pero las medidas no son ajenas a la esencia del Derecho Penal, sino que encajan bien en su seno: presuponen siempre la presencia de un hecho antijurídico (§ 11 I, núm. 5), normalmente no se imponen solas, sino como complemento de una pena, y jamás pueden infligirse sino a través de una sentencia judicial y en base a un proceso jurisdiccional penal rodeado de todas las garantías jurídicas. Los *peligros* de las medidas residen en la desvinculación del principio de culpabilidad, en sus presupuestos excesivamente amplios, en la aproximación de la ejecución de las medidas privativas de libertad a la de las penas de la misma clase, en la inseguridad de los juicios de prognosis[13] y en la indeterminación de su duración (cfr. *infra*, § 9 II, 2). En atención a estos peligros, el nuevo derecho vigente prevé importantes mejoras (cfr. *infra*, § 77 VI), aun sin renunciar totalmente a las medidas privativas de libertad.

III. Protección de bienes jurídicos y protección de los valores ético-sociales de la acción

El Derecho Penal no puede intervenir ante cualquier perturbación de la vida comunitaria, sino que debe limitarse a la protección de los valores fundamentales del orden social.

1. **El Derecho Penal tiene encomendada la misión de proteger bienes jurídicos.** En toda norma jurídico-penal subyacen juicios de valor positivos sobre bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en Sociedad que son, por tanto, merecedores de pro-

12 Cfr. *Kaiser*, Kriminologie, págs. 307 y ss.; *el mismo*, Verkehrsdelinquenz, págs. 183 y ss.

13 *Bruns*, JZ 1958, 647.

tección a través del poder coactivo del Estado representado por la pena pública. Tales bienes elementales son, por ejemplo: la vida humana, la integridad corporal, la libertad personal de acción y de movimiento, la propiedad, el patrimonio, la seguridad del tráfico, la incorruptibilidad de los funcionarios públicos, el orden constitucional, la paz pública, la seguridad exterior, la protección de las minorías nacionales, étnicas o culturales frente al peligro de exterminio o de un trato indigno, la protección de órganos estatales extranjeros, así como de sus símbolos y emblemas, el trato humanitario de los prisioneros de guerra, etc. Estos valores se convierten en bienes jurídicos gracias a su incorporación a la esfera de protección del orden jurídico.[14] Casi todos los preceptos penales son reconducibles a la protección de uno o varios bienes jurídicos. En la lesión o puesta en peligro de un objeto de ataque (por ej.: la vida de un hombre, la seguridad de un conductor o un peatón) que el precepto penal quiere asegurar en cuanto concreta forma de aparición del bien jurídico protegido, radica el *desvalor del resultado* del hecho punible.

El elenco de bienes jurídicos protegidos penalmente es cambiante. En el nuevo Derecho Penal vigente se produce tanto el fenómeno de la **penalización** (por ej.: la estafa de subvenciones, § 264), como el de la **despenalización** (por ej.: la abolición de las faltas).[15] La modificación a la hora de valorar los bienes jurídicos se traduce en un cambio de orientación en la aplicación práctica de las sanciones.[16]

2. Pero los juicios de valor subyacentes en las normas jurídico-penales no se refieren únicamente a los bienes jurídicos que se desea proteger, sino también a la **cualidad de las acciones humanas** que, de forma reprobable, desprecian esos bienes jurídicos.[17] Jurídicamente, existe una diferencia fundamental entre unos daños ocasionados por una tormenta y una explosión causada intencionalmente, aunque el resultado pueda ser el mismo en ambos supuestos. En el primer caso se trata de un evento de la naturaleza que manifiesta la limitación de nuestros recursos técnicos o, a lo sumo, una culpable dilación de las precauciones que eran necesarias adoptar. En el segundo, nos hallamos frente a una obra de la voluntad humana que niega el **valor que pretende encarnar el bien jurídico** y conmueve, con ello, las bases sobre las que se asienta la confianza necesaria

14 Cfr. sobre la relación entre valor y bien jurídico *v. Hippel*, t. I, páginas 10 y ss.; *Armin Kaufmann*, Normentheorie, págs. 69 y ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 36 y ss.; *Lampe*, Welzel-Festschrift, págs. 151 y ss.; *SK (Rudolphi)*, Vorbem. 3 y ss. antes de § 1.

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

16 Cfr. más en detalle *Kaiser*, ZStW 86 (1974), págs. 360 y ss.

17 Cfr. *Welzel*, Kohlrausch-Festschrift, págs. 107 y ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil, I, núm. 52 (de la 1.ª ed.); *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 88.

para la convivencia humana. En la conducta que pone en peligro el objeto de ataque radica *el desvalor de la acción* del hecho punible. El Derecho Penal lleva a cabo la protección de bienes jurídicos intentando que la voluntad de los ciudadanos se ajuste a las exigencias del Ordenamiento jurídico. El delito se presenta a la vez *como lesión de un bien jurídico y como lesión de un deber.*

La preeminencia de la protección de bienes jurídicos como misión del Derecho Penal es una característica de la concepción *liberal* del Estado. Tras ella se halla la convicción de que la cualidad interna de las acciones humanas no puede someterse al enjuiciamiento del Derecho Penal, pues para ello es sólo competente el fuero de la conciencia. A esta concepción se opone el hecho de que, en un mundo libre en el que es presupuesto tácito de la vida colectiva que todos se hallen dispuestos a respetar el orden jurídico, la protección de la sociedad sólo puede alcanzarse por medio de la apelación a la voluntad de los ciudadanos. La teoría *ético-social* del Derecho Penal considera, por ello, como primer cometido de éste la punición del "abandono de los valores fundamentales del actuar jurídico".[18] La consecuencia de este planteamiento sería que la gravedad de las penas se determinaría según la gravedad del desvalor de la acción, la punición de la tentativa con carácter general y el castigo de la imprudencia sin tener en cuenta el resultado. Pero no es éste el punto de vista del Derecho vigente, ni tampoco el propósito del legislador para el futuro. La tarea del Derecho Penal no encaja sin contradicciones en una construcción monista, sino que sólo puede explicarse satisfactoriamente considerando que la *protección de bienes jurídicos y la incidencia en la voluntad de la acción* de los ciudadanos son cometidos equivalentes del Derecho Penal que se complementan, condicionan y limitan mutuamente.[19]

* * *

I. La protección de la sociedad

1. Lo único que puede justificar la intervención del Estado a través del Derecho Penal es la protección de la sociedad, es decir, la protección de la convivencia humana en sociedad. Pero esta función protectora no incumbe sólo al Derecho Penal, sino también a otras ramas del Ordenamiento jurídico y al mismo orden social como tal. El Derecho Penal debe estar guiado por el principio de intervención mínima, *ya que sus intervenciones en la esfera de los derechos de la persona son las más graves que permite el Ordenamiento jurídico. El Derecho Penal sólo debe intervenir, por tanto, en aquellos casos de ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes y siempre que sean insuficientes las otras barreras protectoras que deparan*

18 Así, sobre todo *Welzel*, Lehrbuch, págs. 1 y ss.; cfr. además *Zielinski*, Handlungs-und Erfolgsunwert, pág. 143.

19 Así la doct. dom.; cfr. *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 225 y ss.; BGH 2, 364 (368). Sobre la dañosidad social como límite de la penalización *Amelung*, Rechtsgüterschutz, págs. 350 y ss. Contra el punto de vista extremo de *Zielinski* (cfr. *supra*, nota 18), convincentemente *Stratenwerth*, Schaffstein-Festschrift, páginas 177 y ss.

el orden social y las demás ramas del Ordènamiento jurídico. En la medida que estas barreras sean suficientes para cumplir esta función protectora, podrá prescindirse del Derecho Penal.[1] *Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el Derecho Penal es también un medio de control social y que en este sentido es a veces desplazado a un plano secundario en beneficio de otras instituciones, oficialmente no penales, que sin respetar los principios limitadores del poder punitivo del Estado cumplen una función aún más eficaz y represora, y en muchos casos antidemocrática, que el propio Derecho Penal.*

2. También para el Derecho Penal español rige el principio de que la función protectora de la sociedad debe llevarse a cabo de un modo acorde con el nivel cultural de la época y en forma compatible con los derechos elementales mínimos de la persona reconocidos en la Constitución, respetando, en todo caso, la libertad y dignidad humanas (cfr. art. 10 de la Constitución).

3. Téngase en cuenta que muchas veces los ataques contra el Derecho Penal no son ataques contra la existencia del Derecho Penal como tal, sino contra el Derecho Penal como instrumento de poder contrario a una configuración democrática y libre de la sociedad o contra un Derecho Penal que no respeta los principios citados anteriormente.

II. Función represiva y preventiva del Derecho Penal

1. El Derecho Penal tiene una función represiva, en tanto interviene para reprimir o sancionar el delito ya cometido. Pero esta función represiva va siempre acompañada de una función preventiva, pues con el castigo del delito se pretende, al mismo tiempo, impedir también que en el futuro se cometa por otros o por el mismo delincuente. Esta función preventiva es, sin embargo, difícil de realizar con los medios represivos tradicionales, sobre todo frente a determinados tipos de delincuentes. La ausencia de un Derecho Penal específico para jóvenes delincuentes y la obligatoria agravación de la pena como prácticamente única respuesta frente al delincuente reincidente son los obstáculos principales que tiene el Derecho Penal español para llevar a cabo una buena función preventiva.

2. En relación con el tema de las medidas de seguridad, la situación del Derecho Penal español es por completo distinta a la descrita en el texto respecto al Derecho Penal alemán. Al margen de algunas pocas medidas contenidas en el Código penal (cfr. por ej. art. 8, 1.° 2), la norma fundamental en la materia es la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social que principalmente contiene medidas aplicables a supuestos de peligrosidad predelictual (cfr. art. 2 y 5). Difícilmente puede sostenerse que también este tipo de medidas debe incluirse en el Derecho Penal.[2] *Los peligros de este tipo de medidas para la seguridad jurídica son evidentes y mucho mayores que en las medidas postdelictuales, pues la indeterminación de los presupuestos, la inseguridad de los pronósticos de peligrosidad, etc., aumentan cuando ni siquiera existe el firme apoyo de un hecho típico y antijurídico en el que apoyar la declaración de peligrosidad.*[3] *El Proyecto de Código Penal de 1980 incluye las medidas de seguridad posdelictuales en el futuro Código penal, "dejando las antedelictuales o* preventivas *(sic) — así se expresaba la Exposición de Motivos del Anteproyecto — para una Ley especial de profilaxis o de protección social si ello se estima conveniente" (cfr.* infra *notas a los §§ 9, 77 y 78).*

[1] Cfr. *Muñoz Conde*, Introducción al Derecho Penal, Barcelona 1975, páginas 59 y ss.

[2] En este sentido, sin embargo, *Mir Puig*, Introducción a las bases del Derecho Penal, Barcelona 1976, pp. 23 y ss., considerando que las medidas predelictuales también se refieren a delitos *futuros*. Cfr. también *Cobo del Rosal/Vives Antón*, Derecho Penal, Parte General, I, Valencia 1980, p. 27.

III. Protección de bienes jurídicos y protección de los valores eticosociales de la acción

La doctrina española más reciente acepta también que la misión del Derecho Penal consiste tanto en la protección de bienes jurídicos, como en la protección de los valores eticosociales de la acción y que el delito está, por tanto, constituido por el desvalor del resultado (lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos) y por el desvalor de la acción (abandono de los valores eticosociales de la acción). Pero un sector doctrinal considera que la preeminencia corresponde al desvalor del resultado, basándose para ello en la menor gravedad de las formas imperfectas de ejecución (cfr. arts. 51 y 52 del Código Penal) y en la impunidad de la tentativa irreal (por ej.: pretender matar a otro mediante conjuros).[4] *Me parece, sin embargo, innecesario plantear una cuestión de preeminencia entre uno y otro aspecto. Tan absurdo sería prohibir una acción sin referencia a un resultado determinado, como prohibir ese resultado sin referencia a una acción humana. La norma penal tiene ciertamente una función protectora de bienes jurídicos, pero esta función protectora sólo puede llevarse a cabo a través de una función motivadora de conductas humanas, es decir, motivando a los ciudadanos para que se abstengan de lesionar o proteger en peligro los bienes jurídicos protegidos.*[5]

§ 2 *Conceptos fundamentales del Derecho Penal*

Agge, Das neue schwedische Strafgesetzbuch, ZStW 76 (1964), pág. 107; *Ancel*, La défense sociale nouvelle, 2.ª ed., 1966 (alemán "Die neue Sozialverteidigung", traducido por *Melzer*, 1970); *Arzt*, Der Ruf nach Recht und Ordnung, 1976; *Bassiouni/Nanda*, A Treatise on International Criminal Law, t. I, 1973; *Baumann* y otros, Alternativ-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes, 1973; *el mismo* (comp.), Die Reform des Strafvollzugs, 1974; *Bettiol*, Wesenszüge und Pro-

[3] Cfr. *Muñoz Conde*, Introducción, cit., p. 49. De acuerdo con esta opinión la doctrina dominante en España cfr. por todos *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal Español, Parte General, 7.ª ed., Madrid, 1979, pp. 910 y ss.

[4] En este sentido, *Rodríguez Mourullo*, Derecho Penal, Parte General, volumen I, Madrid, 1977, p. 24.

[5] Cfr. *Muñoz Conde*, Introducción, cit., pp. 46 y ss. Para más detalles cfr. también *Muñoz Conde*, Función de la norma penal y reforma del Derecho Penal, en Nuevo Pensamiento Penal, año 2, núm. 4, 1973, pp. 400 y ss. La versión alemana de este artículo se ha publicado en: "Strafrecht und Strafrechtsreform", edit. por Madlener, Papenfuss, Schöne, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1974, pp. 309-330.

bleme der italienischen Strafrechtswissenschaft der Gegenwart, ZStW 87 (1975), página 167; *Johanna Bosch*, Strafrechtsreform in Italien, ZStW 88 (1976), página 488; *Dahm*, Völkerrecht, t. III, 1961; *Eichmann/Mörsdorf*, Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des Codex Juris Canonici, t. III, 10.ª ed., 1964; *Ernst*, Die Ausübung der Vereinsgewalt, Diss. Köln, 1969; *Ferencz*, Defining International Aggression, 2 tomos, 1975; *Frey*, Verantwortung und Schuld oder der Zweckgedanke als Leitmotiv des Strafrechts, en: Schuld — Verantwortung — Strafe, 1964; *Ganter*, Die Spruchpraxis der Europ. Kommission für Menschenrechte auf dem Gebiet des Strafvollzugs, 1974; *Germann*, Grundzüge der Partialrevision des schweiz. StrGB, SchwZStr 87 (1971), pág. 337; *Gramatica*, Principi di difesa sociale, 1961; *Grünhut*, Penal Reform. A Comparative Study, 1948; *Grünwald*, Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht, 1971; *Guradze*, Die Europ. Menschenrechtskonvention, 1968; *Hall Wiliams*, Zwanzig Jahre Strafrechtsreform in England und Wales, SchwZStr 84 (1968), pág. 1; *v. Hentig*, Die Strafe, t. II, 2.ª ed., 1955; *Hirsch*, Die Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 304; *Hoffmann*, Strafrechtliche Verantwortung im Völkerrecht, 1962; *Jescheck*, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, 1952; *el mismo*, Die Strafgewalt übernationaler Gemeinschaften, ZStW 65 (1953), pág. 496; *el mismo*, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsaussichten des Völkerstrafrechts, Erinnerungsgabe für M. Grünhut, 1965, pág. 47; *el mismo*, Moderne Kriminalpolitik in Deutschland und Frankreich, ZStW 79 (1967), pág. 874; *el mismo*, Die Kriminalpolitik der deutschen Strafrechtsreformgesetze, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 27; *el mismo*, European Criminal Law in Development, Festschrift für R. Rie, 1975, pág. 25; *el mismo*, Das neue deutsche Strafrecht im internationalen Zusammenhang, Max-Planck-Gesellschaft Jahrbuch 1975, pág. 49; *Johannes*, Zur Angleichung des Straf- und Strafprozeßrechts in der EWG, ZStW 83 (1971), pág. 531; *Jorge Barreiro*, Las medidas de seguridad, etc., 1976; *Kaiser*, Entwicklungstendenzen des Strafrechts, Festschrift für R. Maurach, 1972, págs. 25 y ss.; *el mismo*, Jugendkriminalität, 1977; *Kaiser/Metzger/Pregizer*, Betriebsjustiz, 1976; *Klose*, "Jus puniendi" und Grundgesetz, ZStW 86 (1974), pág. 33; *Lange*, Wandlungen in den kriminologischen Grundlagen der Strafrechtsreform, DJT-Festschrift, t. I, 1960, pág. 345; *Liebs*, Damnum, damnare und damnas, Zeitschrift der Savigny-Stiftung 85 (1968), pág. 173; *Meyer-Cording*, Die Vereinsstrafe, 1957; *Mir Puig*, Introducción a las bases del derecho penal, 1976; *Norval Morris*, The future of Imprisonment, 1974; *Nuvolone*, Legislazione, dottrina e giurisprudenza nel diritto penale italiano, SchwZStr 89 (1973), pág. 1; *Pabsch*, Der strafrechtliche Schutz der überstaatlichen Hoheitsgewalt, 1965; *Pallin*, Lage und Zukunftaussichten der österreichischen Strafrechtsreform etc., ZStW 84 (1972), pág. 198; *Peters*, Jugendstrafrecht, HWB Krim., t. I, pág. 455; *Pradel*, Le recul de la courte peine d'emprisonnement, Recueil Dalloz Chronique, 1976, 64; *el mismo*, L'avant-projet de revision du Code pénal, Dalloz Chronique, 1977, 115; *Rácz*, Die Einführung der Sicherungsverwahrung im ungarischen Strafrecht, ZStW 87 (1975), página 755; *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105; *Schaffstein*, Jugendstrafrecht, 6.ª ed., 1977; *Schultz*, Dreißig Jahre Schweiz. StrGB, SchwZStr 88 (1972), pág. 1; *el mismo*, Notwendigkeit und Aufgaben der dritten Teilrevision des schweiz. StrGB, ebenda pág. 225; *Serini*, Das neue österr. StGB, SchwZStr 90 (1974), pág. 1; *Simson*, Grundzüge der schwedischen Kriminalrechtsreform, 1966; *el mismo*, Das schwedische Kriminalgesetzbuch vom 21-12-1962, Einführung zur Übersetzung, 1976; *el mismo*, Neue Entwicklungslinien im schwedischen Kriminalrecht, Festschrift für E. Dreher, 1977, pág. 747; *Solnar*, Le misure di sicurezza nel diritto penale socialista, en: Stato di diritto e misure di sicurezza, 1962; *Stoll*, Schadensersatz und Strafe, Festschrift für M. Rheinstein, t. II, pág. 569; *Sturm*, Zur Fortbildung des materiellen Strafrechts, etc., MDR 1977, 617; *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, 81.

I. Derecho Penal y poder punitivo

1. El **Derecho Penal** determina qué contravenciones del orden social constituyen delito, y señala la pena que ha de aplicarse como consecuencia jurídica del mismo. Prevé, asimismo, que el delito pueda ser presupuesto de medidas de mejora y seguridad y de otra naturaleza (por ej., confiscación y comiso).

La designación "Derecho Penal" (Strafrecht) que apunta a la "pena" (*Strafe*, término que en el alemán de los siglos XII a XV significaba "censura", "reproche") como consecuencia jurídica del delito, no se impuso hasta principios del s. XIX, mientras que con anterioridad la expresión usual era "Derecho Criminal" *(Kriminalrecht)*, que alude al "crimen" como la otra integrante fundamental del Derecho Penal. A una etapa histórica anterior pertenece la expresión *"peinliches Recht"*. Esta última deriva de la palabra *"pein"*, que procede del término latino *"poena"* (penitencia, pena), que proviene, a su vez, del griego *"poiné"* (penitencia).[1] En 1532 se realizó el primer ordenamiento jurídico-penal del Imperio alemán, denominado en alemán *"Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V"*, y en latín *"Constitutio Criminalis Carolina"*. En francés se utiliza indistintamente *"droit pénal"* y *"droit criminel"*, y en inglés *"penal law"* y *"criminal law"*, sin que se atribuya significación alguna a una u otra expresión. En los países socialistas se utiliza tanto la expresión rusa "Ugolownoje Prawo" (Derecho criminal) como la polaca "Prawo Karne" (Derecho Penal).

En la actualidad, en que junto a la pena van cobrando importancia creciente las medidas de seguridad, la designación "Derecho Penal" no alcanza ya, en su sentido literal, a todo el sector jurídico a que se refiere. Sin embargo, la titulación tradicional puede defenderse todavía para el Derecho Penal *general*, porque en él la pena se emplea como medio preferente de control social, mientras que se atribuye a las medidas una función predominantemente complementaria. En cambio, la expresión *"Derecho Penal de Jóvenes"* será sólo admisible cuando resulte inequívoco, según el contexto, que se refiere a una parcela del más amplio *"Derecho tutelar* de menores", que únicamente consiente la intervención judicial penal como "última ratio". Cierto que el Derecho Penal de Jóvenes representa, al mismo tiempo, un sector especial del Derecho Penal, pero, en comparación con las medidas tutelares, asistenciales y educativas que cabe adoptar en caso de que un menor cometa un hecho punible, la pena cons-

1 Cfr. *Liebs*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung 85 (1968), pág. 198; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 2 y ss.

tituye la excepción, a la que sólo cabe acudir cuando el tratamiento tutelar resulte insuficiente a causa de la gravedad del hecho o de la conducta especialmente desordenada del autor.[2]

2. El Derecho Penal se basa en el **poder punitivo** del Estado ("*ius puniendi*")[3] y, a su vez, éste constituye una parte del poder estatal. Uno de los cometidos elementales del Estado es la creación de un orden jurídico, ya que sin él no sería posible la convivencia humana. El Derecho Penal es una de las componentes imprescindibles en todo orden jurídico, pues por mucho que el moderno Estado social haya ampliado sus funciones de planificación, dirección y prestación, la *protección* de la convivencia humana en sociedad sigue siendo una de sus principales misiones cuyo cumplimiento constituye el presupuesto de toda actividad de prestación positiva en materia asistencial. Por ello, la necesidad de la coacción penal se ha advertido por la Humanidad desde los tiempos más primitivos, y la punición de los delitos ha contado en todas las culturas entre las más antiguas tareas de la comunidad. La opinión popular ve todavía hoy en el Derecho Penal *el Derecho por excelencia,* pese a que, evidentemente, es sólo una parcela del orden jurídico junto a otras ramas mucho más extensas como el Derecho civil, el Derecho político, el Derecho administrativo y el Derecho laboral. En otro tiempo, el poder punitivo del Estado se consideraba como *omnímodo* en base a su propia soberanía. Hoy todo Estado debe admitir **limitaciones** de su autonomía en la esfera jurídico-penal, procedentes tanto de normas superiores como de un poder jurisdiccional supraestatal (aún incipiente).

Existe "un determinado núcleo de Derecho que según la conciencia jurídica general no puede ser vulnerado por ninguna ley ni por ninguna otra medida emanada del poder público" (BGH, 2, 234 [237]). Este núcleo es inviolable y está sustraído al ejercicio del poder estatal para proteger la dignidad humana. Según esto, un hecho grave y materialmente antijurídico no puede ser permitido ni exigido (por ej., la delincuencia violenta nacionalsocialista anterior a 1945), como tampoco pueden sancionarse con una pena acciones que se mantengan dentro del marco de libertad tradicional en nuestro ámbito de cultura (por ej., oír emisoras extranjeras) (límites de *derecho natural* del poder punitivo).[4] Por otra parte, las reglas generales del Derecho internacional vinculan de forma inmediata al poder

2 Más ampliamente sobre esto *Peters*, HWB Krim., t. I, págs. 455 y ss.; *Würtenberger*, Archiv 1971, 81 y ss.; *Schaffstein*, Jugendstrafrecht, págs. 31 y s. habla aquí de "Derecho de conflictos juveniles". Ver, además, las cifras que aporta *Hilde Kaufmann*, Welzel-Festschrift, págs. 897 y ss. Sobre la criminología, *Kaiser*, Jugendkriminalität, 1977.

3 Una exposición completa en *Jiménez de Asúa*, t. II, págs. 11 y ss. Cfr. además *Mir Puig*, Introducción, págs. 113 y ss. La opinión de *Klose*, ZStW 86 (1974), págs. 64 y ss., de que de la Ley Fundamental sólo puede deducirse un simple Derecho de medidas contradice el texto y el sentido del art. 74 núm. 1 GG.

4 Cfr. BVerfGE 1, 14 (18); BGH 1, 391 (399); 2, 173 (177); 2, 333 (334); 3, 357 (363); *Radbruch*, SJZ 1946, 105; *Kohlrausch-Lange*, Vorbem, págs. 18 y siguientes; más ampliamente *Grünwald*, Kritik, pág. 28.

punitivo según el art. 25 GG; tienen carácter preferente frente a las leyes (aunque no respecto a la Constitución) y originan por vía directa derechos y obligaciones para los habitantes de la República Federal de Alemania. Se incluyen aquí aquellas reglas de Derecho Internacional reconocidas por una gran mayoría de países — no necesariamente por la propia República Federal —, por ej.: las normas de Derecho de Guerra que prohíben la toma de rehenes, el saqueo, el homicidio de los enemigos que se entregan y el trato inhumano de los prisioneros de guerra, o el principio de especialidad en la extradición (BGH 15, 125 [126]) (límites de *Derecho Internacional* del poder punitivo). Otras reglas del Derecho internacional, como, por ej., el contenido de la Convención Europea para protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, de 4-11-1950 (BGBl. 1952 II, página 686), requieren su incorporación al Derecho interno por obra de una transformación especial, por lo que no puede entenderse que limitan en sentido propio el poder punitivo del Estado. Ningún *poder punitivo supraestatal* se creó con los acuerdos cuatripartitos de Londres sobre persecución y castigo de los principales delincuentes de guerra de 8-8-1945, ni ha llegado a tomar cuerpo con posterioridad, a pesar de los esfuerzos por la creación de un Tribunal Penal internacional.[5] No obstante, el desarrollo de esta tendencia no ha concluido todavía y, posiblemente, ha de cobrar nuevo auge tras el acuerdo sobre la definición del concepto de "agresión" que tuvo lugar en la ONU en 1974.[6] El sistema de protección jurídica de la Convención europea de derechos humanos constituye un límite de carácter mediato del poder punitivo estatal.[7] En cambio, la Comunidad Económica Europea, cuyo Derecho posee vigencia inmediata y es preferente respecto al Derecho interno de los Estados miembros, posee un poder punitivo propio.[8] Ahora bien, el Derecho internacional no sólo puede limitar el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, sino también obligarle a la punición de determinados hechos, lo que puede tener lugar por medio de Tratados o de reglas generales (Derecho *estatal prescrito jurídico-internacionalmente*).[9] Un ejemplo lo ofrece la introducción del § 316 c) sobre punición de la piratería aérea, en base al Convenio de La Haya sobre apoderamiento antijurídico de aeronaves, de 16-12-1970 (BGBl. 1972 II, pág. 1.505); también, la sujeción al poder punitivo alemán de los "hechos que, por virtud de un convenio interestatal vinculante para la República Federal de Alemania, deban ser castigados incluso cuando se cometan en el extranjero" (§ 6, núm. 9).

5 *Jescheck*, Völkersatrafrecht, págs. 283 y ss.; *el mismo*, Grünhut-Erinnerungsgabe, págs. 50 y ss.; *Hoffmann*, Strafrechtliche Verantwortung, págs. 174 y siguientes.

6 Cfr. *Bassiouni*, Aggression, en *Bassiouni/Nanda*, International Criminal Law, t. I, págs. 159 y ss.; *Ferencz*, Defining International Aggression, t. 2, páginas 14 y ss., 556 y ss. (más en extenso *infra*, § 14 II 4).

7 Cfr. en general, *Guradze*, Kommentar, Art. 19 y ss.; sobre el Derecho Penal y el Derecho Procesal penal *Jescheck*, Rie-Festschrift, págs. 26 y ss.; para cumplimiento de la pena, *Ganter*, Spruchpraxis, págs. 67 y ss.

8 *Jescheck*, ZStW 65 (1953), págs. 502 y ss.; *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbusse, 1971; sobre esto, de lege ferenda *Pabsch*, Überstaatliche Hoheitsgewalt, págs. 186 y ss. Sobre la equiparación de Derechos en la CEE, *Johannes*, ZStW 83 (1971), págs. 531 y ss.

9 Cfr. sobre esto *Dahm*, Völkerrecht, t. III, págs. 285 y ss.

II. Delitos, pena y medida

1. Delito, pena y medida son los conceptos básicos del Derecho Penal moderno. **Delito** es el injusto determinado en sus elementos por el tipo de la ley penal y conminado con pena, por razón del cual su autor merece un reproche de culpabilidad. **Pena** es la compensación de una violación del Derecho conminada penalmente mediante la imposición de un mal proporcionado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad, que expresa la reprobación pública del hecho y consigue, de este modo, la afirmación del Derecho. La pena ha de tener también sentido para el autor, fomentando su resocialización (§ 46 I, 2). La imposición de la pena se reserva, según el art. 92 GG, al Juez (BVerfGE 22, 49 [77 s.]). Las **medidas** sirven a la protección de la colectividad y del autor mismo ante el peligro de reincidencia que puede constatarse en base a la comisión por su parte de un hecho delictivo. Tal protección se persigue a veces mediante la privación de libertad con carácter cautelar (internamiento de seguridad) o de tratamiento terapéutico (establecimiento de terapia), a través de la privación de ciertos derechos (retirada del permiso de conducir) o por medio del control ambulatorio (sujeción a vigilancia). El nuevo Derecho vigente ha mantenido el principio de la doble vía. El principal problema que plantea este sistema se halla en la relación entre las penas privativas de libertad y las medidas que afectan también a la libertad (cfr. *infra*, § 9 II, 2).

2. Las bases del Derecho Penal, representadas por los conceptos de delito, pena y medida, se han mantenido en pie en lo esencial a lo largo del *movimiento de reforma del Derecho Penal* iniciado a partir de 1945 en numerosos países.[10] Ni se abandona el específico concepto de delito en favor de una fórmula sociológica vaga como "inadaptación", "vida desordenada" o "deviant behaviour",[11] ni desaparece por completo la pena para dejar sitio a medidas no valorativas,[12] ni la medida pierde su relación con

10 Fundamental sobre esto *Lange*, DJT-Festschrift, t. I, pág. 345, y *Frey*, Verantwortung und Schuld, págs. IX y 297. Sobre la reforma austríaca cfr. *Pallin*, ZStW 84 (1972), págs. 198 y ss.; *Serini*, SchwZStr 90 (1974), págs. 1 y ss.; sobre la reforma suiza cfr. *Schultz*, SchwZStr 88 (1972), págs. 1 y ss., y 225 y ss.; *Germann*, SchwZStr 87 (1971), págs. 337 y ss.; sobre la reforma francesa cfr. *Jescheck*, ZStW 79 (1967), págs. 881 y ss.; *Pradel*, Recueil Dalloz Chronique 1976, 63 y ss.; *el mismo*, Dalloz Chronique 1977, 115 y ss.; sobre la reforma italiana cfr. *Jescheck*, Studi in onore di F. Antolisei, t. II, pág. 135; *Nuvolone*, SchwZStr 89 (1973), págs. 1 y ss.; *Bettiol*, ZStW 87 (1975), págs. 167 y ss.; *Johanna Bosch*, ZStW 88 (1976), págs. 488 y ss.; sobre la reforma inglesa cfr. *Hall Williams*, SchwZStr 84 (1968), pág. 1 y, en espec., págs. 14 y ss., así como los Annual Reports de la Law Commission; sobre la reforma sueca *Simson*, Einführung, págs. 44 y ss.; *el mismo*, Dreher-Festschrift, págs 747 y ss.; *Agge/Thornstedt*, Das schwedische Strafrecht, págs. 259 y ss. En conjunto, además, *Jescheck*, MPG-Jahrbuch 1975, págs. 49 y ss.

11 La expresión "comportamiento desviado" tiene, sin embargo, su lugar adecuado en la Criminología: cfr. *Kaiser*, Kriminologie, págs. 76 y ss.

12 La supresión del concepto de "pena", en un principio sugerida por el proyecto de la comisión de Derecho Penal sueca, no pasó al nuevo Código Penal de 1962; cfr. en detalle *Agge*, ZStW 76 (1964), págs. 111 y ss.; *Simson*, Grundzüge, pág. 5. Incluso la pena privativa de libertad de corta duración se sigue aplicando; cfr. *Agge/Thornstedt*, Das schwedische Strafrecht, pág. 282.

uno o varios hechos punibles anteriores.[13] En cambio, en todo el mundo se advierte un escepticismo creciente frente al valor pedagógico de la pena privativa de libertad[14] y, por ello, se tiende a su sustitución por otras penas o por un tratamiento en libertad. Además, es común al movimiento internacional de reforma el deseo de conferir a todo el sistema de consecuencias jurídico-penales un sentido educativo inspirado en el ideal humanitario. En esta línea, se intenta adaptar la sanción a la personalidad del condenado, propulsar el tratamiento en libertad, acompañar la pena de medidas asistenciales de tutela social, encaminar la ejecución de la pena a la resocialización del condenado, facilitar a los excarcelados el regreso a la sociedad y recordar a ésta su parte de responsabilidad para con el delincuente.[15] Pero el "malestar ante el Derecho Penal" que se observa, sobre todo, en la literatura propia de las ciencias sociales, no ha aportado todavía nada mejor.[16] De momento, sólo el Derecho Penal posibilita un control social en libertad, al apelar al sentido de responsabilidad del ciudadano, garantizando de este modo suficientemente la seguridad general.

III. Sanciones desprovistas de carácter penal

Además de la pena criminal estatal existen otras sanciones de naturaleza distinta. En primer lugar, hay que mencionar las **sanciones públicas no criminales,** como las coactivas que persiguen obligar a un comportamiento futuro (por ej., los medios coactivos previstos en los §§ 888, 889 ZPO, a diferencia de la prevista en el § 890 ZPO, que constituye una verdadera pena); las sanciones por conductas meramente inapropiadas, que se refieren a un hecho cometido, pero que tienen sólo carácter de reprensión (por ej., las sanciones impuestas en el acto del juicio oral para mantener el orden en las sesiones, § 178 GVG); las sanciones impuestas por retraso de los testigos, §§ 51, 70, párr. 1 y 77 StPO; las multas y amonestaciones onerosas por contravenciones administrativas, sustraídas al Derecho Penal por razones político-criminales (§§ 1, 56 ss. OWiG; cfr. *infra*, § 7 V, 4); los medios correccionales del Derecho Penal de Jóvenes (OLG Hamm

13 La propuesta de *Gramatica*, Difesa sociale, págs. 219 y ss., de introducir medidas predelictuales, no ha prosperado. Por otra parte, los países socialistas rechazan las medidas, cfr. *Solnarr*, Misure di sicurezza, pág. 8. Últimamente constituye una excepción Hungría, con el internamiento de seguridad. Medidas predelictuales existen en España y Latinoamérica (cfr. la ley española de 4-8-1970, de Peligrosidad y Rehabilitación Social); críticamente *Jorgé Barreiro*, Las medidas, págs. 92 y 113 y ss.

14 *Grünhut*, Penal Reform, pág. 449; *v. Hentig*, Die Strafe, t. II, pág. 160; *Norval Morris*, Imprisonment, págs. 12 y ss.

15 En conjunto *Ancel*, Défense sociale nouvelle, págs. 258 y ss. y 309 y ss. y, en la ed. alemana, págs. 242 y ss. y 292 y ss.

16 Un análisis rigurosamente objetivo del "futuro del Derecho Penal" ofrece *Kaiser*, Maurach-Festschrift, págs. 25 y ss. Contra soluciones radicales también *Jescheck*, Gallas-Festschrift págs. 28 y ss. Sobre la necesidad del Derecho Penal cfr. especialmente *Arzt*, Der Ruf nach Recht und Ordnung, 1976.

NJW, 1971, 1666), que representan medidas disciplinarias para jóvenes (§ 13 JGG); las medidas disciplinarias para funcionarios y militares (§ 5 BDO, §§ 18, 54 WDO), que pueden afectar al mismo supuesto que la pena criminal, pero que sirven sólo al mantenimiento interno de la corrección y orden en el servicio o en la función pública (BVerfGE, 21, 378 [383 s.]; 391 [409]); las medidas disciplinarias en establecimientos penitenciarios (§ 91 Entw. StVollzG); los castigos escolares (por ej., la hora de arresto). Por otra parte, existen también **sanciones en el Derecho privado** destinadas a la protección y realización de derechos de carácter privado.[17] Aquí cabe mencionar la cláusula penal en los contratos (§§ 339 ss. BGB), el derecho de corrección de los padres (§ 1.631 BGB), las sanciones que pueden imponer las asociaciones para el caso de incumplimiento de los deberes sociales, basadas en la sumisión de los socios al poder estatutario de la asociación (por ej., multa por infracción de una reglamentación interna, BGHZ 21, 370).[18] Tienen carácter de medidas jurídico-sociales y jurídico-laborales las sanciones que se imponen en el **ámbito de la empresa**, de gran importancia práctica, pues a través de las mismas se castiga la mayor parte de la pequeña criminalidad que tiene lugar en el interior de la empresa. Hasta cierto punto precisan también de regulación legal.[19] A una esfera distinta de la vida pertenece la **pena canónica** que no sólo ha de cumplir una función de ordenación, sino también estimular la salud espiritual del sujeto.[20]

* * *

I. Derecho Penal y poder punitivo

El tema del poder punitivo del Estado ha sido ampliamente tratado por la doctrina española, tanto a nivel de su fundamentación, como de sus límites. En el primer aspecto se habla de derecho subjetivo, de facultad o de potestad del Estado para establecer normas penales y para imponerlas.[1]

17 Sobre la (rechazable) extensión de las sanciones del Derecho privado a la responsabilidad civil prevista en el § 847 BGB cfr. *Hirsch*, Engisch-Festschrift, págs. 304 y ss. Sobre la responsabilidad civil en el marco del Derecho Penal cfr. *Stoll*, Schadensersatz und Strafe, Rheinstein-Festschrift, t. II, páginas 583 y ss.

18 *Meyer-Cording*, Vereinstrafe, págs. 10 y ss.; *Weitnauer*, Reinhardt-Festschrift, págs. 179 y ss. En el deporte, espec. en fútbol, las sanciones impuestas por los clubs *(Vereinsstrafe)* constituyen un importante medio de control social, si bien requiere urgentemente regulación legal. Cfr. *Ernst*, Die Ausübung der Vereinsgewalt, 1969.

19 Cfr. *Kaiser/Metzger/Pregizer*, Betriebsjustiz, págs. 173 y ss.; especialmente *Vogler*, pág. 379; sobre el (inseguro) fundamento jurídico *Scholz*, páginas 336 y ss.

20 Cfr. *Eichmann/Mörsdorf*, Lehrbuch des Kirchenrechts, t. III, págs. 294 y ss.; *E. Wolf*, Ordnung der Kirche, págs. 275 y ss.

1 Cfr. *Cobo del Rosal*, Consideraciones generales sobre la concepción del poder punitivo del Estado, en Revista de Derecho Público, 1976, pp. 257 y ss. Sobre el llamado Derecho Penal subjetivo cfr. *Antón Oneca*, Derecho Penal, tomo I, Parte General, Madrid, 1949, pp. 6 y ss.; *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal español, Parte General, 7.ª ed., Madrid, 1979, pp. 36 y ss.; *Mir Puig*, Introducción a las bases del Derecho Penal, Barcelona, 1976, pp. 113 y ss.; *Rodríguez Mourullo*, Derecho Penal, Parte General, vol. I, Madrid, 1977, pp. 91 y ss.; *Cobo del Rosal/Vives Antón*, Derecho Penal, Parte General, I, Valencia 1980, pp. 57 ss.

2 Cfr. *Muñoz Conde*, Introducción al Derecho Penal, Barcelona, 1975, páginas 58 y ss.; *Quintero Olivares*, Represión penal y Estado de Derecho, Barcelona 1976, *passim*.

En el segundo aspecto, se trata de limitar y controlar ese poder de forma que no sea ni absoluto ni arbitrario. Las experiencias habidas en el Estado totalitario demuestran cuán importante es este segundo aspecto de la cuestión. En este sentido, la doctrina española más reciente se ha esforzado por señalar algunos principios limitadores del poder punitivo del Estado, como el de intervención legalizada, el de intervención mínima, el de culpabilidad, etc., que, en última instancia, pueden reconducirse al respeto a la libertad y dignidad humanas, meta y límite de un Estado democrático de Derecho.[2]

II. Delito, pena y medida

También delito, pena y medida son los conceptos fundamentales del Derecho Penal español. A la vista del Derecho positivo actualmente vigente deben incluirse en el Derecho Penal español las sanciones reparatorias de carácter civil derivadas de la comisión de un delito (cfr. arts. 19-22 y 101-111 del Código Penal y 115-129 del Proyecto de Código Penal de 1980). Por le contrario, deben excluirse de su ámbito las medidas predelictuales que más bien pertenecen al Derecho Administrativo (cfr. lo dicho en nota al § 1 II 2).

III. Sanciones desprovistas de carácter penal

El art. 26 del vigente Código Penal dispone: "No se reputarán penas: 1.° La detención y la prisión preventiva de los procesados. 2.° La suspensión de empleo o cargo público acordada durante el proceso o para instruirlo. 3.° Las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, impongan los superiores a sus subordinados o administrados. 4.° Las privaciones de derechos y las reparaciones que en forma penal establezcan las leyes civiles. 5.° La privación del permiso para conducir vehículos de motor, acordada durante el proceso". Lo mismo dispone el art. 37 del Proyecto de Código Penal de 1980.

El sistema sancionatorio del Ordenamiento jurídico español excede del propiamente penal. Sanciones desprovistas de carácter penal, aunque a veces sean más graves que las penales propiamente dichas, contienen la Ley de Orden Público, la Ley General Penitenciaria, la Ley de Funcionarios civiles del Estado, etcétera. El problema fundamental que plantean estas sanciones oficialmente no penales es el de su aplicación simultánea con las sanciones penales propiamente dichas (ne bis in idem) *y el de si pueden afectar a determinados bienes jurídicos de la persona, como la libertad (cfr. art. 25, 3 de la Constitución). En la práctica, estas cuestiones se plantean sobre todo respecto a las sanciones administrativas a las que alude el núm. 3.° del art. 26 del Código Penal. Las citadas en los núms. 1.°, 2.° y 5.° sólo tienen un carácter procesal precautorio y la del núm. 4.° una*

finalidad civil perfectamente autónoma.[3] *(Sobre las cuestiones que plantean específicamente las sanciones administrativas, cfr.* infra *nota al § 7 V.)*

§ 3 *Situación sistemática, clasificación y reforma del Derecho Penal*

Baumann y otros, Alternativ-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes, 1973; *Baumann* (comp.), Die Reform des Strafvollzugs, 1974; *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968; *Ehrhardt/Göppinger* (comp.), Straf- und Maßregelvollzug, Krim. Gegenwartsfragen, Heft 11, 1974; *Calliess/Müller-Dietz*, Strafvollzugsgesetz, 1977; *Fincke*, Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts, 1975; *Herrmann*, Die Strafprozeßreform vom 1. 1., 1975, JuS 1976, 413; *Jescheck*, Rechtsvergleichung als Grundlage der Strafprozeßreform, ZStW 86 (1974), pág. 761; *el mismo*, Strafrechtsreform in Deutschland, SchwZStr 91 (1975), pág. 1; *Kaiser/Schöch/Eidt/Kerner*, Strafvollzug, 1974; *Kern/Roxin*, Strafverfahrensrecht, 14.ª ed., 1976; *Kern/Wolf*, Gerichtsverfassungsrecht, 5.ª ed., 1975; *Müller-Dietz*, Probleme des modernen Strafvollzugs, 1974; *el mismo*, Strafvollzugsrecht, 1977; *Neumann*, Zur Rechtssystematik des Strafvollstreckungs- und Strafvollzugsrechts, Diss. Freiburg, 1972; *Schüler-Springorum*, Strafvollzug im Übergang, 1969; *Schwind/Blau*, Strafvollzug in der Praxis, 1976.

I. El Derecho Penal como Derecho público

El Derecho Penal es una **parte del Derecho público** (ius publicum) [1] que de acuerdo con su definición clásica atiende a la eficacia y a los fines del poder público. En consecuencia, no nos vamos a ocupar aquí de las numerosas interferencias existentes entre Derecho público y Derecho privado que recientemente han puesto en cuestión la distinción tradicional (por ej., en el Derecho económico, en el Derecho del trabajo y en el Derecho social).[2] Titular del poder punitivo es solamente el Estado como representante de la comunidad jurídica. El ejercicio del poder punitivo frente a los sometidos a este poder a través de órganos estatales encargados específicamente de la Administración de Justicia penal (policía criminal, fiscalía, tribunales penales y funcionarios de ejecución penal) se lleva a cabo según el principio de jerarquía. Los medios que se emplean en Derecho Penal (penas, medidas, medios coactivos en el proceso penal y disciplinarios en los establecimientos penitenciarios) suponen el ejercicio de la coacción estatal. El fin del Derecho Penal es, en primer término, el mantenimiento de la paz y seguridad jurídicas a través de la protección de los valores fundamentales de la convivencia en la comunidad y sólo, en segundo término, la indemnización de la víctima.

3 Para un análisis de cada uno de los números del art. 26 cfr. *Casabó Ruiz*, en Comentarios al Código Penal *(Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo - Del Toro Marzal - Casabó Ruiz)*, Barcelona, 1972, tomo II, pp. 68 y ss.

1 Cfr. *Baumann*, Allg. Teil, pág. 25; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 23; *Schultz*, Einführung, I, pág. 34.

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

La *participación de la víctima en el proceso penal* (querella, § 77; denuncia privada, § 374 StPO; denuncia coadyuvante, § 395 StPO; indemnización, § 403 StPO) no excluye la naturaleza juridicopública del Derecho Penal, pues éste debe considerar también los intereses privados. Lo mismo puede decirse en los casos en que el *consentimiento* del lesionado actúa como causa de justificación (cfr. *infra*, § 34), basándose en que algunos bienes jurídicos penalmente protegidos están sometidos al poder dispositivo del individuo. Igualmente son compatibles con la naturaleza juridicopública del Derecho Penal las limitaciones al deber estatal de persecución (principio de legalidad, § 152 II StPO) que supone el *principio de oportunidad*, cada vez más en auge (cfr. especialmente la suspensión provisional de la presentación de la denuncia pública, § 153a StPO), ya que una Política criminal bien entendida puede aconsejar la renuncia a la persecución de un hecho punible. Un caso límite es el existente en algunos países en los que son posibles acuerdos entre el Fiscal y el inculpado sobre la clase y forma de realización del proceso penal *(plea bargaining, correctionalisation)*.

II. Los tres sectores principales del Derecho Penal

El Derecho Penal, en sentido amplio, se apoya en tres pilares:[3] el Derecho Penal material, el Derecho Penal formal o Derecho Procesal penal (incluido el Derecho de Organización de los Tribunales Penales) y el Derecho de ejecución de la pena.

1. El **Derecho Penal material** regula los presupuestos de la pena y de aplicación de las medidas en general. Así, por ejemplo, a través del principio de legalidad (§ 1) y de la descripción de formas específicas de delitos (por ej., hurto, § 242), prescribe las penas, medidas y consecuencias accesorias aplicables, fija las bases para la determinación de las consecuencias jurídicas de un hecho y determina los límites del poder punitivo estatal en relación con el de otros países. El Derecho Penal material está regulado en el StGB, en varias leyes penales especiales principales (por ej., JGG, WStG, WiStG, StGV) y en numerosas leyes secundarias.

2. El **Derecho Procesal penal** es el conjunto de aquellos preceptos que son necesarios para la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en el Derecho Penal material. En él se incluyen las normas sobre estructura y principios de organización de los Tribunales Penales,[4] así como los preceptos sobre el proceso en el que las acciones punibles son investigadas, perseguidas, tratadas y condenadas. El Derecho Procesal penal sirve a la realización del Derecho Penal material, determina los límites de las facultades de intervención de los órganos encargados de la persecución penal y se propone como meta restablecer la paz jurídica perturbada con una decisión

3 Cfr. sobre ello, en parte críticamente, *Kaiser* en: *Kaiser/Schöch/Eidt/Kerner*, Strafvollzug, págs. 13 y ss.

4 Cfr. *Kern/Wolf*, Gerichtsverfassungsrecht, pág. 2.

definitiva.[5] El Derecho procesal penal está regulado en la GVG, en la StPO y en otras varias leyes.[6]

No siempre puede realizarse, por razones históricas y materiales, una separación espacial tajante entre el Derecho Penal material y el Derecho Procesal penal. Así, por ej., se regulan tradicionalmente en el StGB la querella penal, la autorización y la reclamación penal debido a su relación con los respectivos delitos (§§ 77 y ss.), aunque se trata de presupuestos procesales, y la JGG, por ser unitaria la finalidad educadora que persigue, contiene tanto los preceptos el Derecho Penal material aplicable a los jóvenes como las normas especiales de carácter procesal y organizativo. La distinción entre Derecho Penal material y Derecho Procesal penal tiene, además, una importancia práctica, porque, por un lado, según la opinión dominante en el Derecho Procesal penal no rige la *prohibición de retroactividad* y, porque, por otro lado, en la fundamentación del *recurso de casación* por infracción material del derecho es suficiente con la simple reclamación, mientras que en los recursos de casación por quebrantamiento de forma deben alegarse los hechos en los que se contengan las deficiencias (§§ 352, 344 II StPO). Hay también normas jurídicas que tienen tanto un aspecto material como formal (así, por ej., la prescripción de la pena) y cuyo tratamiento en lo relativo a la cuestión de la retroactividad es precisamente por eso mismo dudoso (cfr. la anterior edición, págs. 110 y ss.).

3. El **Derecho de ejecución de la pena** comprende todos aquellos preceptos jurídicos y administrativos relativos a la aplicación, ejecución y control de las penas, medidas y consecuencias accesorias ejecutoriamente impuestas. Se regula en los §§ 449 ss. StPO, en los §§ 82 ss. JGG (para menores y según el § 110 JGG también para jóvenes adultos, siempre que el juez haya aplicado el Derecho Penal de jóvenes), en el reglamento de ejecución de penas de 15-2-1956 en su redacción de 25-11-1974 (BAnz. 1974, núm. 230), en el § 42 StGB (sobre facilidades de pago de las penas pecuniarias) en el reglamento sobre costas procesales de 11-3-1937 (RGBl. I, págs. 298) y en la ordenanza sobre exacción y recaudación de penas pecuniarias y costas procesales de 20-11-1974 (BAnz. 1974, núm. 230). Al Derecho de ejecución de la pena pertenece sistemáticamente, como parte especial, aunque distinta, el **Derecho Penitenciario** que regula la forma y clase de cumplimiento de las penas y medidas privativas de libertad en los establecimientos penitenciarios.[7] Se halla regulado en la nueva Ley Penitenciaria de 16-3-1976 (BGBl. I, pág. 581).[8] Para la

5 Cfr. *Kern/Roxin*, Strafverfahrensrecht, pág. 1.

6 Cfr. la visión de conjunto en *Kern/Roxin*, Strafverfahrensrecht, páginas 11 y ss.

7 Cfr. al respecto *Kaiser* en: *Kaiser/Schöch/Eidt/Kerner*, Strafvollzug, páginas 10 y ss.; *Neumann*, Rechtssystematik, págs. 51 y ss. Sobre la relación entre Derecho Penal material y Derecho de ejecución de la pena cfr. *Callies/Müller-Dietz*, Strafvollzugsgesetz, Einleitung Anm. 36 y ss.

8 Cfr. sobre ello *Müller-Dietz*, Strafvollzugsrecht, págs. 70 y ss.; sobre los problemas prácticos *Schwind/Blau*, Strafvollzug in der Praxis, 1976.

privación de libertad de jóvenes son aplicables los §§ 90 ss. JGG y el reglamento sobre cumplimiento de penas privativas de libertad de jóvenes de 12-8-1966 (BGBl. I, pág. 505). También forma parte del Derecho de ejecución el *Derecho registral penal* que regula la inscripción y cancelación de condenas ejecutorias en el registro central federal, en el registro de educación y en el registro central de tráfico y el libramiento de certificados informativos. Las normas sobre el registro central y de educación se contienen en la ley del registro central federal de 18-3-1971 (BGBl. I, pág. 243) y las normas sobre el registro central de tráfico en los §§ 28 ss. StVG y §§ 13 ss. StVZO (cfr. *infra*, § 87).

III. La Parte General y la Parte Especial del StGB

1. La división del StGB en Parte General y Parte Especial[9] es una **exigencia de técnica legislativa.** Consecuentemente se encuentra una Parte General en todas las codificaciones penales europeas ya desde mediados del siglo XVIII, primeramente en el Codex juris Bavarici criminalis de *A. Kreittmeyer* (1751) y más tarde también en la ALR (1794). Especial significación como modelo de la codificación penal europea del siglo XIX tuvo la Parte General del Code pénal francés (1810) contenida en sus libros primero y segundo.

2. **La diferenciación** de las materias que deben incluirse en la Parte General o en la Parte Especial respectivamente se puede llevar a cabo de acuerdo con un criterio formal y otro material. **Formalmente** pertenecen a la Parte General todas aquellas reglas que pueden ser importantes para los preceptos penales de la Parte Especial y que precisamente por eso se pueden "extraer" de ésta,[10] mientras que la Parte Especial contiene clases concretas de delitos y disposiciones complementarias que se refieren a dichas clases o a grupos de ellas.

Así, por ej., se regula en la Parte Especial la salvaguarda de intereses legítimos (§ 193), aunque se trata de una causa de justificación análoga a la legítima defensa (§ 32) o al estado de necesidad (§ 34), porque sólo es aplicable a las injurias. En consecuencia, la regulación del consentimiento (§ 266a) en la Parte Especial puede ser o no correcta según se refiera este precepto únicamente al delito de lesiones o se le atribuya una significación general.

Desde un punto de vista material la Parte Especial contiene descripciones de delitos y, con ello, los preceptos constitutivos para la fundamentación del injusto penal, mientras que la Parte General

9 Sobre esto es fundamental *Fincke*, Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts, 1975; cfr. además *Naucke*, Einführung, páginas 171 y ss.

10 Cfr. *Blei*, Allg. Teil, pág. 2.

sólo cumple en sus prescripciones relativas al injusto (por ej., causas de justificación, tentativa, participación) una función complementaria de los tipos de delitos, pero nunca tiene una importancia autónoma fundamentadora de lo injusto.

3. La distinción entre Parte General y Parte Especial tiene **importancia práctica,** porque la ley misma la tiene en cuenta (§§ 12 III y 78 IV StGB, art. 1, 2 y 4 EGStGB) y porque una parte de la teoría sobre la función de garantía de la ley penal (prohibición de fundamentar la pena en el derecho consuetudinario, prohibición de analogía) se refiere únicamente a las descripciones de delitos contenidas en la Parte Especial (cfr. *infra,* § 15 III, 2c).

IV. La reforma del Derecho Penal alemán

Tras el nacimiento de la República Federal en 1949 se puso en marcha un proceso de reforma total del Derecho Penal alemán guiado por los principios de un Estado de Derecho libre, humano y social.

1. La **reforma del Derecho Penal material** está ya en gran parte terminada. El 1-1-1975 entró en vigor una nueva redacción del StGB de 1871 (BGBl. I, pág. 1).[11] La *Parte General* fue completamente transformada con la segunda Ley para la reforma del Derecho Penal de 4-7-1969 (BGBl. I, pág. 717).[12] Pero también la Parte Especial muestra ya una nueva fisonomía. Sin embargo, la reforma de la *Parte Especial,* que ha experimentado un importante avance con la EGStGB de 2-3-1974 (BGBl. I, pág. 469), aún no ha terminado y está siendo continuada por leyes modificadoras (novelas) de extensión relevante; últimamente por la 1.ª Ley para la lucha contra la criminalidad económica de 19-7-1976 (BGBl. I, pág. 2.034).

2. La **reforma del proceso penal**[13] comenzó con la ley de reforma del proceso penal de 12-12-1964 (la llamada pequeña reforma del proceso penal) y ha continuado progresivamente desde entonces. En relación con esto, las más importantes fueron la EGStGB de 2-3-1974 (BGBl. I, pág. 469), la 1.ª StVRG de 9-12-1974 (BGBl. I, pág. 3.393) que pretendía sobre todo acelerar el proceso penal y la ley complementaria de la 1.ª StVRG de 20 diciembre 1974 (BGBl. I, pág. 3.686), que regulaba la exclusión del abogado defensor del proceso penal. Por una ley de 18-8-1976 (BGBl. I, pág. 2.181) se han introducido preceptos relativos a la lucha contra el terrorismo. El Derecho Procesal penal ha logrado ya en su actual configuración un alto grado de respeto a la imagen del Estado de Derecho, siendo especialmente característico de ello la ley sobre indemnización por medidas persecutorias

11 Sólo los preceptos relativos al establecimiento de terapéutica social (§§ 61 núm. 3, 65 entre otros) entrarán en vigor el 1-1-1978, aunque probablemente se prorrogará este plazo hasta el 1-1-1983; cfr. *Sturm,* MDR 1977, 617.

12 Cfr. sobre ello *Jescheck,* SchwZStr 91 (1975), págs. 1 y ss.

13 Cfr. *Jescheck,* ZStW 86 (1974), págs. 761 y ss.; *Herrmann,* JuS 1976, páginas 413 y ss.

penales de 8-3-1971 (BGBl. I, pág. 157). Provisionalmente ha concluido también la reforma del **Derecho penitenciario**[14] con la ley penitenciaria de 16-3-1976 (BGBl. I, pág. 581). Sin embargo, aún quedan importantes normas que tardarán todavía algunos años en entrar en vigor, requiriendo incluso algunas de ellas leyes federales especiales (§ 198 StVoll G). Se ha aumentado el salario por trabajo en la prisión, pero todavía no se ha adecuado a la retribución tarifaria (§ 200 I StVollzG). La nueva ordenación de la institución del registro y de la cancelación de antecedentes penales se ha llevado a cabo con la ley del registro central federal de 18-3-1971 en un sentido claramente resocializador.

* * *

I. El Derecho Penal como Derecho público

"La acción penal — según el art. 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal — es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la ley". En este precepto se apoya la doctrina española para considerar, casi unánimemente, que el Derecho Penal es Derecho público. No se opone a este carácter la existencia de algunos delitos privados perseguibles a instancia de parte o la participación de la víctima en el proceso penal (cfr. art. 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), pues ello se debe a simples razones de carácter procesal que no afectan para nada al monopolio estatal de la pena pública.

II. Los tres sectores principales del Derecho Penal

También el Derecho Penal español se estructura a estos tres niveles: Derecho Penal material, Derecho Penal formal o Derecho Procesal Penal y Derecho de ejecución de las penas. El primero se contiene fundamentalmente en el Código Penal; el segundo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque existen preceptos de carácter formal en el Código Penal, como los arts. 113-116, 443, 467 relativos a la prescripción, previa querella, etcétera. En relación con su ámbito de competencia se contienen en el Código de Justicia Militar ambos sectores conjuntamente. La Organización de Tribunales se regula por la Ley Orgánica del Poder Judicial que contiene también algunos preceptos de carácter penal material como los relativos al ámbito de vigencia espacial de la ley penal. Preceptos básicos de carácter material, formal y ejecutivo se encuentran también en la Constitución (cfr. art. 15, 25). El Derecho de ejecución de penas se contiene, por un lado, en el Código penal, pero, por otro, la ejecución de las penas privativas de libertad se regula en su mayor parte en la Ley General Penitenciaria. El Derecho registral penal tiene su precepto fundamental en el artículo 118 del Código Penal, pero existen además numerosas disposicio-

14 De la extensa bibliografía existente sobre la situación de la reforma del sistema penitenciario, puede verse: *Schüler/Springorum,* Strafvollzug im Übergang, 1969; *Baumann* (edit.), Die Reform des Strafvollzugs, 1974; *Ehrhardt/Göppinger* (edit.), Kriminologische Gegenwartsfragen 1974, Heft 11; *Kaiser* y otros, Strafvollzug, 1974; *Müller-Dietz,* Probleme des modernen Strafvollzugs, 1974; *Baumann* y otros, Alternativ-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes, año 1973.

nes administrativas que lo complementan. Existe un Registro Central de Penados y Rebeldes en el que se inscriben también los condenados en base a la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social. Igualmente existe también un Registro específico para las sanciones en materia de circulación de vehículos de motor.

III. La Parte General y la Parte Especial

La distinción entre la Parte General y la Parte Especial es el punto de partida para una elaboración sistemática del Derecho Penal. El Código Penal español responde a esta sistemática, al incluir en el Libro I las "Disposiciones Generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas", y en sus Libros II y III los "Delitos y sus penas" y las "Faltas y sus penas", respectivamente. La distinción no siempre se lleva a cabo de un modo tajante; así, por ej., existen en el Libro I preceptos que sólo afectan a un grupo reducido de delitos (por ej., el art. 10, 1.ª relativo a la agravante de alevosía) o que incluso podrían constituir delitos concretos (por ej., art. 17 relativo al encubrimiento), y en los Libros II y III preceptos que deberían incluirse sin duda en el Libro I (como los art. 565, 586 3.ª y 600 relativos a la imprudencia).

IV. La reforma del Derecho Penal

El Derecho Penal español se ha visto sometido en los últimos años, a partir de 1976, a un importante proceso de reforma. El paso de un régimen personal autoritario a otro parlamentario constitucional ha sido una de las razones fundamentales de este proceso de reforma aún no concluido.

1. El Código Penal actualmente vigente sigue siendo, en sus líneas esenciales, el Código Penal de 1848/50. El texto refundido de 1973 ha sido adicionado con multitud de reformas parciales en los últimos años. Actualmente (1980), se prepara un nuevo Código Penal, cuyo Proyecto ha sido remitido a las Cortes, para adaptar el sistema jurídico-penal al nuevo régimen político y a las nuevas circunstancias.

2. El Derecho Procesal Penal español está recogido fundamentalmente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 septiembre 1882 que también ha sufrido, aunque en menor medida que el Código Penal, los embates del tiempo.

3. El Derecho Penitenciario se encuentra recogido principalmente en la Ley General Penitenciaria de 1979.

§ 4 Principios de Política Criminal

Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; *Ancel*, Die geistigen Grundlagen der Lehre von der "Sozialen Verteidigung", MSchrKrim 1956, 51; *el mismo*, La défense sociale nouvelle, 2.ª ed., 1966 (alemán, "Die neue Sozialverteidigung", traducido por *Melzer*, 1970); *Bähr*, Die Strafbarkeit ohne Verschulden (strict liability) im Strafrecht der USA, 1974; *Bauer*, Das Verbrechen und die Gesellschaft, 1957; *Bockelmann*, Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit, ZStW 75 (1963), pág. 372; *Dreher*, Über die gerechte Strafe, 1947; *Eser*, Resozialisierung in der Krise? Festschrift für K. Peters, 1974, pág. 505 y siguientes; *Gallas*, Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs, ZStW 80 (1968),

página 1; *Gramatica*, Principi di difesa sociale, 1961; *Grünwald*, Das Rechtsfolgensystem des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80 (1968), pág. 89; *el mismo*, Die Strafrechtsreform in der BRD und in der DDR, ZStW 82 (1970), pág. 250; *Hanack*, Grenzen des Sexualstrafrechts, Verhandlungen des 47 DJT 1968, t. II, página 1 y ss.; *Hassemer*, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974; *el mismo*, Konstanten kriminalpolitischer Theorie, Festschrift für R. Lange, 1976, página 501 y ss.; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 8.ª ed., 1975; *Horstkotte*, Die Vorschriften des 1. StrRG über die Strafbemessung, JZ 1970, 122; *Huber*, Über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit etc., Zeitschrift f. schweiz. Recht 96 (1977), pág. 1; *Jäger*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten, 1957; *el mismo*, Motive des neuen Strafrechts, en: Bundeskriminalamt, Strafrechtspflege und Strafrechtsreform, 1961, pág. 63; *el mismo*, Strafrechtspolitik und Wissenschaft, en: Sexualität und Verbrechen, 1963, pág. 273; *Jescheck*, Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform, 1957; *el mismo*, Les principes de politique criminelle du Projet d'un Code pénal allemand en comparaison avec l'évolution du droit pénal en Belgique, Rev. dr. pén. crim. 45 (1964-65), pág. 205; *el mismo*, Moderne Kriminalpolitik in Deutschland und Frankreich, ZStW 79 (1967), pág. 874; *el mismo*, Die kriminalpolitische Konzeption des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80 (1968), pág. 54; *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 2.ª ed., 1976; *el mismo*, Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, JZ 1967, 553; *Hilde Kaufmann*, Was läßt die Kriminologie vom- Strafrecht übrig? JZ 1962, 193; *el mismo*, Gramaticas System der Difesa Sociale und das deutsche Schuldstrafrecht, Festschrift für H. v. Weber, 1963, pág. 418; *Lackner*, § 13 StGB — eine Fehlleistung des Gesetzgebers? Festschrift für W. Gallas, 1973, página 117; *Lange*, Der Rechtsstaat als Zentralbegriff der neuesten Strafrechtsentwicklung, en: Berliner Kundgebung 1952 des Deutschen Juristentages, 1952, página 61; *el mismo*, Das Rätsel Kriminalität, 1970; *Lang-Hinrichsen*, Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht, ZStW 73 (1961), pág. 210; *Löffler*, Die Schuldformen des Strafrechts, t. I, 1895; *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; *Plack*, Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts, 1974; *Radványi*, Die Schuld im Strafrecht Bulgariens, etc., ROW 1977, 5; *Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 377; *Sax*, "Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung, JZ 1976, 9; *Scheuner*, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland, DJT-Festschrift, t. II, 1960, página 229; *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, 2.ª ed., 1971; *Sieverts*, Kriminalpolitik, HWB Krim, t. II, 1967, pág. 1; *Stree*, Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960; *Welzel*, Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft, Erinnerungsgabe für M. Grünhut, 1965, pág. 173; *Würtenberger*, Vom Sinn des staatlichen Strafanspruchs, en: Das Rechtswesen, 1971, pág. 67; *el mismo*, Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat, 1970; *Zipf*, Die Strafmaßrevision, 1969; *el mismo*, Kriminalpolitik, 1973.

La *Política Criminal* se ocupa de cómo configurar el Derecho Penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir su tarea de protección de la Sociedad. La Política Criminal se fija en las causas del delito, intenta comprobar la eficacia de las sanciones empleadas por el Derecho Penal, pondera los límites hasta dónde puede el legislador extender el Derecho Penal para coartar lo menos posible el ámbito de libertad de los ciudadanos, discute cómo pueden configurarse correctamente los elementos de los tipos penales para

corresponder a la realidad del delito y comprueba si el Derecho Penal material se halla configurado de tal forma que pueda ser verificado y realizado en el Proceso Penal.[1] Aunque la Política Criminal, como toda ciencia, sea libre en su investigación y se halla sometida sólo a la verdad, existen ciertas limitaciones a la realización de las metas legislativas por ella propuestas. **No todo lo que aparece como eficaz es también justo.** Como baremos de la Justicia en la Política Criminal cabe mencionar el principio de culpabilidad, el principio de Estado de Derecho y el principio de humanidad.

I. El principio de culpabilidad

1. El **principio de culpabilidad** significa que la pena criminal debe sólo fundarse en la constatación de que puede reprocharse el hecho a su autor (cfr. *infra*, § 37 I, 1). Del principio de culpabilidad se desprende, en primer lugar, que toda pena supone culpabilidad, de modo que no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad *(exclusión de la responsabilidad por el resultado)*[2] y, en segundo lugar, que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad (medición de la *pena dentro del marco máximo de la culpabilidad*). La esencia de la culpabilidad no se encuentra, según esto, en un defecto del carácter adquirido culpablemente, por la forma en que se ha conducido la vida ("culpabilidad por la conducción de la vida"), sino en que el autor ha sucumbido a la tentación en la situación concreta y se ha hecho culpable a través de su hacer ("culpabilidad por el hecho") (BGH, en *Dallinger*, MDR 1972, 569; BGH, NJW 1954, 1.416).

2. El principio de culpabilidad se considera de **rango constitucional** *(nulla poena sine culpa)*[3] y se reconoce en la ciencia penal alemana sin apenas excepciones.[4] De acuerdo con los Proyectos legislativos,[5] el § 46 ha mantenido expresamente el principio de culpabilidad en el StGB, aunque mediante una fórmula algo equívoca, según la cual la culpabilidad es sólo "base" de la medición de la pena.[6] El principio de culpabilidad sirve, ante todo, a la necesaria protección del delincuente frente a toda extralimitación del Estado que ejerza una acción represiva.[7] El BGH ha hecho del principio de culpabilidad base de su jurisprudencia en una declaración programática: "La pena presupone culpabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio de desvalor de la culpabilidad se reprocha al autor no haberse comportado conforme a Derecho, no haberse decidido por el Derecho, cuando podía comportarse conforme a Derecho, cuando hubiese podido decidirse por el Derecho" (BGH 2, 194, [200]; 18, 87 [94]). También se formula expresamente la consecuencia que deriva del principio de culpabilidad para el límite máximo de la pena: "El fin preventivo no puede conducir a sobrepasar la pena justa" (BGH 20, 264 [267]).

También en *Derecho comparado*, al menos en la práctica de los Tribunales, se mantiene de forma general el principio de culpabilidad.[8] Esta observación muestra que no se trata aquí de una cuestión teórica, que pueda decidirse de ésta o de otra forma, sino del único camino de la Política Criminal que puede seguirse en todos los sistemas políticos, si se quiere resolver los problemas prácticos de la Justicia Penal en concordancia con las convicciones valorativas de la colectividad.

3. Mientras que la función fundamentadora y limitadora de la pena por el principio de culpabilidad se halla fuera de toda duda, la

1 Sobre la esencia y límites de la Política Criminal, cfr. *Hassemer*, Kriminalpolitik, pág. 142; *el mismo*, Lange-Festschrift, págs. 508 y ss.; *Kaiser*, Kriminologie, págs. 57 y ss.; *Zipf*, Kriminalpolitik, pág. 3; *Sieverts*, HWB Krim, tomo II, págs. 1 y ss.

2 Esta idea se encuentra ya en la ley romana de las Doce Tablas (alrededor del año 450 antes de Cristo), por lo que pertenece al más antiguo acervo cultural de Europa; cfr. *Mommsen*, Römisches Strafrecht, pág. 85. Sobre el Derecho griego cfr., *Löffler*, Schuldformen, págs. 51 y ss.

3 BVerfGE 6, 389 (439); BVerfGE 20, 323 (331); BGH 13, 192; *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 1 Anm. 32.

4 En la literatura juridicopenal cfr., *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 216; *Bruns*, Strafzumessungsrecht, págs. 311 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 103 y ss.; *Welzel*, Lehrbuch, págs. 136 y ss.; *el mismo*, Grünhut-Erinnerungsgabe, págs. 188 y ss.; *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, págs. 115 y ss.; *Stree*, Deliktsfolgen, pág. 51; *Hilde Kaufmann*, JZ 1962, 195 y ss.; *Baumann*, Allg. Teil, págs. 367 y ss.; *Dreher*, § 46 Anm. 4; *Lackner*, § 46 Anm. 1; *LK (Else Koffka)*, § 13 Vorbem. 4; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem., 157 y ss.; *Preisendanz*, § 46 Vorbem. 1c; *Jescheck*, Menschenbild, págs. 15 y ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil., págs. 92 y ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 365 y ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 31. En distinto sentido, sobre todo, *Bauer*, Verbrechen und Gessellschaft, pág. 171; *Plack*, Abschaffung des Strafrechts, págs. 207 y ss. A tendencias divergentes alude *Lang-Hinrichsen*, ZStW 73 (1961), págs. 210 y ss.

5 E 1962, Begründung, pág. 96; AE, Begründung, pág. 29; cfr. sobre esto *Gallas*, ZStW 80 (1968), págs. 1 y ss.; *Jescheck*, ZStW 80 (1968), págs. 58 y ss. En sentido divergente *Grünwald*, ZStW 80 (1968), págs. 90 y ss.

6 Sobre esta fórmula básica, cfr. *Lackner*, Gallas-Festschrift, págs. 117 y siguientes.

7 Cfr. *Lange*, Rätsel Kriminalität, págs. 97 y ss.

8 Cfr. para Austria, *Rittler*, t. I, págs. 161 y ss.; así como *Reissig/Kunst*, § 32 Anm. 1 y *Leukauf/Steininger*, § 32 Anm. 1 (§ 32 I del StGB austríaco se corresponde textualmente con el § 46 I 1). En Suiza, *Schwander*, Das Schweiz. StGB, pág 21 y *Schultz*, Allg. Teil, t. I, pág. 127. Para Holanda, *Pompe*, Das niederländische Strafrecht, págs. 74 y ss. Para Francia, *Jescheck*, ZStW 79 (1967), págs. 884 y ss. Para Bélgica, *Jescheck*, Rev. dr pén crim 45 (1964-65). Para Italia, *Bettiol*, Diritto penale, págs. 354 y ss. Para España, *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal, págs. 364 y ss. Para Latinoamérica, el coloquio sobre el tema "La pena", en Santiago de Chile 1973, Revista de Ciencias Penales 1973, 5 y ss., 171 y ss. Para Inglaterra, *Glanville Williams*, General Part, págs. 11 y ss. (con excepción de la "strict liability", págs. 215 y ss.; cfr. para ello, *Bähr*, Strafbarkeit ohne Verschulden "strict liability" im Strafrecht der USA, 1974). El Derecho francés conoce "infractions purement matérielles"; cfr. *Bouzat*, Taité, tomo I, págs. 195 y ss.; lo mismo en el Derecho holandés, cfr. *D. Hazewinkel-Suringa*, Inleiding, pág. 46. La posición de *Gramatica*, Difesa sociale, páginas 82 y ss., páginas 104 y ss., que quería sustituir el principio de culpabilidad por el de antisocialidad y determinar las consecuencias jurídicas en atención sólo a la necesidad de resocialización del autor, no ha logrado imponerse. Cfr. para ello *Ancel*, Défense social nouvelle, pág. 209, en alemán, págs. 194 y ss.; *Hilde Kaufmann*, v. Weber-Festschrift, págs. 424 y ss.

cuestión de hasta qué punto la pena puede **atenuarse por debajo de la medida de la culpabilidad** por razones de prevención especial, se cuenta entre los problemas más discutidos en la actual Ciencia del Derecho Penal. Si la pena ha de ser compensación de la culpable violación del Derecho, porque sólo así cabe alcanzar de forma justa el fin de protección de la sociedad (BGH 24, 40 [42]), debe mantenerse una adecuada proporción entre contenido de la culpabilidad y medida de la pena, impidiendo una reducción excesiva de la pena, de modo que, por ejemplo, un delito de los cometidos en los campos de concentración nazis no podría ser castigado sólo con una pena privativa de libertad suspendida condicionalmente por el hecho de que el autor se haya integrado por completo en la sociedad desde hace años, ni porque la colectividad haya sido suficientemente aleccionada por la Historia.[9] De ahí que la Jurisprudencia reclame constantemente correspondencia entre culpabilidad y pena.[10-11] La limitación de las penas cortas privativas de libertad por obra del § 47 y la ampliación de la condena condicional por el § 56, así como la introducción de la amonestación bajo reserva de pena en el § 59, no contradicen el principio de culpabilidad. Al contrario, el Juez debe mantener el principio de culpabilidad como principio de la medición de la pena, confiriendo, en caso necesario, mayor gravedad a la pena de multa o, en su caso, acentuando las obligaciones impuestas durante la suspensión de la pena (cfr. *infra*, § 79 I, 5b, 80 II, 1).

Por el contrario, el AE, dentro del límite máximo señalado por la culpabilidad, permite recorrer el marco de la pena en base a puntos de vista exclusivamente preventivos (§ 59 II), abandonando expresamente la función de retribución de la pena.[12] En contra cabe hacer, sin embargo, importantes reparos, pues es preciso mantener el principio de la responsabilidad del delincuente "como una realidad de nuestra conciencia social y moral", si es que el Derecho Penal ha de seguir siendo orden de protección y garantía

9 *Bruns*, Strafzumessungsrecht, pág. 323; *LK (Else Koffka)*, § 13 Anm. 11; *Dreher*, Gerechte Strafe, págs. 127 y ss.; *Bockelmann*, ZStW 75 (1967), página 388 y ss.; *Maurach*, Allg. Teil, pág. 838; *Schaffstein*, Gallas-Festschrift, página 105; *Schwalm*, JZ 1970, 489 y ss. En distinto sentido, por ejemplo, *Grünwald*, ZStW 82 (1970), pág. 253; *Horstkotte*, JZ 1970, pág. 124; *Schönke/Schröder/Stree*, § 38 Vorbem. 18. Cfr. al respecto *SK (Horn)*, § 46 Anm. 13 y ss.

10 RG 58, 106 (109); BGH 3, 179; 7, 86 (89); 20, 264 (266); en especial, BGH 24, 132 (134); BGH JZ 1976, 650.

11 También E 1962, Begründung, pág. 181: la rebaja de la pena por debajo de lo exigido por la culpabilidad puede "sólo tener lugar en la medida en que la pena siga constituyendo, como corresponde a su esencia, retribución de culpabilidad".

12 La pena se convierte, por este camino, en un puro medio de prevención, equiparado a las medidas, cfr. sobre esto *Noll*, Ethische Begründung, págs. 19 y ss.; *Roxin*, JuS 1966, 384 y ss. Pero sólo la pena *justa* proporciona el sentimiento de seguridad necesario para la protección de la sociedad, cfr., *Schmidhäuser*, Sinn der Strafe, pág. 79. Se aparta también del AE *Arthur Kaufmann*, JZ 1967, 553 y ss.

de la afirmación del Derecho.[13] No obstante, hay que admitir que faltan todavía investigaciones empíricas sobre la estimación y eficacia del principio de culpabilidad en la conciencia jurídica de la comunidad y que apenas se puede hablar de algo más que de generales profesiones morales de fe.[14]

II. El principio del Estado de Derecho

El **principio del Estado de Derecho** es otro baremo de la Política Criminal, erigido por la Constitución como principio rector de toda la actividad del Estado (art. 28, I GG).[15] Hay un concepto formal y otro material de Estado de Derecho.[16]

1. En sentido *formal* importan sobre todo al Derecho Penal aquellos elementos del principio de Estado de Derecho llamados a albergar la **seguridad jurídica.** Puesto que el Derecho Penal puede realizar las más graves injerencias en la esfera de libertad del ciudadano que conoce el Ordenamiento jurídico, es preciso adoptar especiales precauciones para evitar su abuso. El principio de predominio y exclusividad de la ley[17] posee, por ello, mayor importancia en Derecho Penal que en cualquier otra parte del Derecho vigente. Así, el artículo 103 II GG determina que sólo puede castigarse un hecho cuando la punibilidad se hallase determinada legalmente con anterioridad a su comisión (cfr. más extensamente *infra*, § 15 II, 4). Con ello no se exige solamente la presencia de una ley como base de la punibilidad, sino que se excluye también la retroactividad de la ley que fundamenta o agrave la pena (cfr. con mayor detalle *infra*, § 15 IV). En todo caso, la vinculación del juez penal al contenido de la ley es más estrecha de lo que pueda serlo en cualquier otra rama del Derecho. La aplicación de la ley penal en perjuicio del reo a un supuesto no comprendido de forma inmediata por el sentido de la ley, es inadmisible (la llamada *prohibición de analogía* cfr. *infra*, § 15 III, 2). En sentido positivo, el *mandato de determinación* se deduce del artículo 103 II, GG (cfr. *infra*, § 15 III, 3). El libre arbitrio del juez penal en la fijación de penas y medidas debe reducirse mediante la designación lo más exacta posible de los presupuestos de su intervención a través de marcos penales relativamente estrictos y de marcos penales amplios en casos especialmente graves (§§ 212 II, 240 I) y menos graves (por ejemplo, §§ 249 II, 316a 1). Al mismo tiempo debe asegurarse con ello al ciudadano la claridad y la pre-

13 Cfr. *Gallas*, ZStW 80 (1968), págs. 4 y ss.; *Jescheck*, ZStW 80 (1968), páginas 58 y ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil núm. 46; *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, pág. 273.

14 Sobre la culpabilidad como base natural de la ética social *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, págs. 263 y ss.

15 *Lange*, Rechtsstaat, págs. 64 y ss.; en general, *Scheuner*, DJT-Festschrift, t. II, pág. 229; BVerfGE 6, 32 (41); 6, 55 (72).

16 *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 20 Anm. 58, 59.

17 Con mayor detalle, *Hesse*, Grundzüge, págs. 81 y ss., 207.

visibilidad del Derecho. En Derecho Penal rige, además, sin excepciones el principio de "*exclusividad del Juez*" (arts. 92 y 104 II GG). Es decir, toda sentencia gravosa para el ciudadano, especialmente aquella que suponga una privación de libertad, se halla reservada a instancias judiciales, lo que expresa una especial imparcialidad de la actividad del Estado en esta parcela. También en el cumplimiento de la pena la protección jurídica se asegura por completo mediante los Tribunales (§§ 109 ss. StVollzG).

2. En sentido *material*, el principio del Estado de Derecho determina cómo ha de configurarse el Derecho Penal para que corresponda al ideal del Estado justo (BGH 24, 173 [175]). Debe partirse, para ello, de la **protección de la dignidad humana** como norma fundamental de todo el sistema de valores de nuestra Constitución (art. 1 I GG). De esto y de la protección de la libertad general de actuación (artículo 2 I GG) se sigue para el Derecho Penal su **limitación a la intervención necesaria** para asegurar la convivencia humana en la comunidad.[18] De la dignidad humana se deriva, además, la exclusión de penas crueles o denigrantes y la prohibición de un trato indigno de los reclusos durante el cumplimiento de la pena (así, expresamente, artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 y núm. 5 (3) de los principios mínimos para el tratamiento de reclusos de 1973 — versión europea —). El derecho fundamental de la libertad general de actuación (art. 2 I GG) condujo al reconocimiento del principio de culpabilidad (cfr. *supra*, § 4 I) como postulado constitucional (BVerfGE 20, 323 [331]). Otra consecuencia del aspecto material del principio del Estado de Derecho es la **vinculación a la realidad** de toda la Política Criminal.[19] Así, no pueden decidir la punibilidad de una acción criterios basados en el sentimiento ni en opiniones preconcebidas, sino sólo consideraciones fundamentadas en la protección de la sociedad. Por otra parte, las sentencias judiciales no pueden ser resultado de juicios de valor personales ni de emociones,[20] sino solamente expresión de los juicios de valor del legislador, de consideraciones objetivas y de conocimientos de validez general (BGH 24, 173 [178]). Posee también naturaleza material el **principio, reconocido constitucionalmente, de la proporcionalidad de los medios** (prohibición de exceso) (BVerfGE 19, 343),[20a] que el legislador ha introducido en el nuevo Derecho vigente como presupuesto de la imposición de medidas (§ 62). Finalmente, el *principio de igualdad* es también expresión del principio de Estado de Derecho (artículo 3 I GG). Impone el tratamiento igualitario de todos en Derecho Penal y prohíbe, en especial, la discriminación de quienes han cumplido una pena de prisión. A esto alude el § 3 III StVollzG: "El cumplimiento de la pena debe dirigirse a ayudar al recluso a su reincorporación a la vida en libertad."

18 Suele aceptarse que la "dañosidad social" del hecho, vinculada a un determinado concepto de bien jurídico, debe fijar la frontera de la intervención represiva del Estado; cfr. *Jäger*, Rechtsgüterschutz, págs. 6 y ss.; *Hanack*, Gutachten, págs. 1 y ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs 175 y ss.; *Amelung*, Rechtsgüterschutz, págs. 314 y ss.; *Sax*, JZ 1976, 11.

19 Con mayor detalle, *Klug*, Probleme des Sexualstrafrechts, pág. 38 y ss.; *Jäger*, Strafrechtspolitik, págs. 273 y ss.; *el mismo*, Motive, págs. 63 y ss.

20 *Engisch*, Einführung, págs. 124 y ss.

20a Cfr. sobre esto *Huber*, Zeitschrift f. schweiz. Recht 96 (1977), págs. 1 y siguientes.

III. El principio de Humanidad

Fundamento de la Política Criminal ha de ser, por último, el principio de Humanidad.[21] Este principio impone que todas las relaciones humanas que el Derecho Penal hace surgir en el más amplio sentido se regulen sobre la base de una vinculación recíproca, de una responsabilidad social hacia el delincuente, de una libre disposición a la ayuda y asistencia sociales y de una decidida voluntad de **recuperación del condenado.** De ello se desprende, para la República Federal, la *abolición de la pena de muerte* (art. 102 GG; ver BVerfGE 18, 112 [117]) y de la *esterilización forzosa del delincuente sexual peligroso*,[22] así como la *supresión* de la *pena correccional* y de las *penas deshonrosas* en el nuevo Derecho vigente. En lugar de una tendencia exageradamente represiva del Derecho Penal, domina en la actualidad la idea de la *resocialización* del delincuente (§ 46 I, 2; §§ 2, 1.°, 154 II StVollzG). Así, el principio de Humanidad se ha convertido, sobre todo, en el *principio rector del cumplimiento de la pena privativa de libertad.*[23] El pacto internacional sobre derechos civiles y políticos de 19-12-1966 contiene en su art. 10 I expresamente un precepto según el cual el recluso "debe ser tratado humanamente y con el respeto que le corresponde por su dignidad como persona". La conciencia de responsabilidad para con los demás es, por último, decisiva para completar el desarrollo de las medidas asistenciales, que hoy comprenden el tratamiento en régimen de libertad y el regreso de los excarcelados a la sociedad. Evidentemente, no han de desconocerse tampoco las *dificultades* que esto presenta. El Derecho Penal no puede identificarse sin más con el Derecho relativo a

21 Cfr. *Würtenberger*, Kriminalpolitik, págs. 4 y ss.; *el mismo*, Strafanspruch, pág. 75; *Ancel*, MSchrKrim 1956, 57; *Zipf*, Kriminalpolitik, págs. 28 y ss.

22 La castración consentida se halla, sin embargo, permitida bajo condiciones estrictas; cfr. BGH 19, 201, así como §§ 1, 2 KastrG de 15-8-1969, BGBl. I, página 1.143.

23 Cfr. con mayor detalle *Peters*, Kriminalpädagogik, págs. 55 y ss. Es dudoso el *contenido* que debe atribuirse a la resocialización en el cumplimiento de la pena, ya que el § 2 I 1 StVollzG sólo erige como meta del tratamiento obtener una conducta ajustada a la legalidad por parte del recluso; cfr. para ello *Peters*, Heinitz-Festschrift, págs. 507 y ss., que niega la posibilidad de una resocialización desprovista de todo contenido claramente ético, y *Eser*, Peters-Festschrift, págs. 516 y ss., considera posible la concurrencia de distintas motivaciones socialmente relevantes.

la pública asistencia. Sirve, en primer lugar, a la Justicia distributiva y debe poner de relieve la responsabilidad del delincuente por haber quebrantado el Derecho, haciendo que éste reciba la respuesta merecida de la comunidad. Y ello no puede lograrse sin daño y sin dolor sobre todo en las penas privativas de libertad, a no ser que se pretenda subvertir la jerarquía de los valores morales y hacer del hecho malo ocasión de premio, lo que conduciría al reino de la utopía. Dentro de estas fronteras, impuestas por la naturaleza de su misión, todas las relaciones humanas reguladas por el Derecho Penal, deben estar presididas por el principio de humanidad.

* * *

I. El principio de culpabilidad

En la actual Ciencia del Derecho Penal se asigna al concepto de culpabilidad una triple significación que conviene distinguir desde el primer momento para evitar confusionismo y polémicas inútiles.

Por un lado, la culpabilidad como fundamento de la pena *se refiere a la cuestión de* si *procede imponer una pena al autor de un hecho típico y antijurídico, es decir, prohibido por la ley penal con la amenaza de una pena. Para ello se exige la presencia de una serie de elementos (capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuricidad, exigibilidad de la conducta) que constituyen los elementos positivos específicos del concepto dogmático de culpabilidad. Basta la falta de cualquiera de uno de estos elementos específicos de la culpabilidad para que no pueda imponerse una pena. El fundamento material común a estos elementos es bastante discutido e incluso se prefiere por alguno hablar de "responsabilidad" en lugar de "culpabilidad" para denominar la categoría en la que ubicar sistemáticamente estos elementos (cfr.* infra, §§ *38 y 39).*

Por otro lado, está la culpabilidad como fundamento o como elemento de la determinación o medición de la pena. *Aquí ya no se trata de fundamentar el* sí, *sino de determinar el* cómo *de la pena, su gravedad, su duración; en una palabra, la magnitud exacta que en el caso concreto debe tener una pena cuya imposición ha sido ya fundamentada. En este caso, se asigna a la culpabilidad una función sobre todo limitadora, que impida que la pena pueda ser impuesta por debajo o por encima de unos límites que vienen impuestos por la idea misma de la culpabilidad, además de por otros criterios como la importancia del bien jurídico protegido, los fines preventivos, etc. (cfr. §§ 82 y 83).*

Finalmente, se emplea el concepto de culpabilidad como lo contrario a la responsabilidad por el resultado. *En este sentido, el principio de culpabilidad impide la atribución a su autor de un resultado imprevisible, reduciendo las formas de imputación de un resultado al dolo, a la imprudencia o a una combinación de ambas cosas.*

Sólo en este último sentido es unánimemente aceptado el principio de culpabilidad. Mientras que en los otros dos significados anteriormente señalados tanto el concepto como la función del principio de culpabilidad son objeto de viva discusión.

La exclusión de la responsabilidad por el resultado es, por lo demás, una consecuencia de la función motivadora del tipo que, como materia de prohibición, sólo puede prohibir aquellos resultados previsibles y evitables. Carece de sentido prohibir procesos meramente causales.[1] *La inclusión de este problema en el concepto de culpabilidad es producto de una concepción (psicológica) de la culpabilidad que entendía que ésta no era otra cosa que la relación psíquica (dolosa o imprudente) entre el hecho y su autor. En todo caso, el Derecho Penal español no siempre respeta este elemental principio. El Código Penal actualmente vigente recoge en su artículo 1, 3.° una declaración general de responsabilidad para el que cometiere voluntariamente un delito o falta "aunque el mal causado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar". En esta declaración general ven la doctrina y la jurisprudencia una clara aceptación de la responsabilidad por el resultado de algún modo atenuada después con la circunstancia 4.ª del art. 9 y las reglas contenidas en el art. 50.*[2] *La responsabilidad por el resultado aparece también en los delitos cualificados por el resultado, como los delitos contra la salud pública con resultado de muerte (art. 348 bis), el aborto con resultado de muerte o lesiones graves de la mujer (art. 411, 3.°), abandono de niños con resultado de muerte (art. 488, 5.°), robo con homicidio (art. 501, 1.°), etc.*[3] *El Proyecto de Código Penal de 1980 declara en su art. 3 que "no hay pena sin culpabilidad. Cuando la pena venga determinada por la producción de un resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiera causado, al menos, por culpa".*

II. El principio del Estado de Derecho

En el Ordenamiento jurídico español, el principio del Estado de Derecho tiene absoluta vigencia, tanto en su aspecto formal como material, a partir de la aprobación de la Constitución de 1978, cuyo art. 1, 1.° dice que "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia la igualdad y el pluralismo político". Desde el punto de vista formal el principio del Estado de Derecho impone en Derecho Penal la previa determinación legal de los delitos y sanciones aplicables y la prohibición de la retroactividad y de la analogía agravadoras o fundamentadoras de las penas (cfr. arts. 25, 1 de la Constitución, 1, 2, 23, 80 y 81 del vigente Código Penal y 1, 2, 4 y 6 del Proyecto). Desde el punto de vista material, el principio del Estado de Derecho obliga a una configuración social y democrática del Derecho Penal, procurando la protección de los bienes más importantes para la convivencia con los medios más adecuados y

[1] En este sentido, *Gimbernat Ordeig*, Estudios de Derecho Penal, Madrid, 1976, p. 97 nota 40; *Muñoz Conde*, Función de la norma penal y reforma del Derecho Penal, en Nuevo Pensamiento Penal, año 2, núm. 4, 1973, pp. 408 y ss.

[2] Cfr. *Rodríguez Mourullo*, en *Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo*, Comentarios al Código Penal, Barcelona, 1972, tomo I, pp. 45 y ss.; *Muñoz Conde*, Del llamado homicidio preterintencional, en Revista Jurídica de Cataluña, 1974, páginas 881 y ss.; *Mir Puig*, Preterintencionalidad y límites del artículo 50 del Código Penal, en Revista Jurídica de Cataluña, 1979, pp. 57 y ss.

[3] Cfr. *Gimbernat Ordeig*, Delitos cualificados por el resultado y causalidad, Madrid, 1966, pp. 166 y ss.

convenientes para ello, respetando siempre las ideas de proporcionalidad, igualdad y libertad.[4]

III. El principio de humanidad

El art. 15 de la Constitución prohíbe expresamente la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, aboliendo la pena de muerte, si bien se deja a "salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra". Igualmente responde al principio de humanidad la tipificación expresa del delito de tortura en el Código Penal (art. 204 bis).

El principio de humanidad se refleja principalmente en el sistema de ejecución de penas privativas de libertad. La consideración del penado como miembro de la sociedad exige que sea tratado como persona y no como simple objeto, respetando su dignidad, procurando su reeducación, si ello es necesario, ayudando a su reinserción social y prohibiendo los trabajos forzados y cualquier tipo de malos tratos de palabra u obra hacia su persona (cfr. arts. 25, 2 de la Constitución, 1, 5, 59, 73 y ss. de la Ley General Penitenciaria).[5]

§ 5 *Estadística Criminal*

Blau, Die Kriminalität in Deutschland während des zweiten Weltkriegs, ZStW 64 (1952), pág. 31; *Bundeskriminalamt*, Polizeiliche Kriminalstatistik, 1965 a 1975; *Collmann*, Internationale Kriminalstatistik, 1973; *The President's Commission on Law Enforcement*, The Challenge of Crime in a Free Society, 1967; *Császár*, Die Entwicklung der Kriminalität in Österreich von 1953 bis 1964, 1967; *Eisenberg*, Einführung in die Probleme der Kriminologie, 1972; *Exner*, Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte, 1931; *Freiburg*, Zur Jugendkriminalität in der DDR, Kölner Zeitschrift für Soziologie 27 (1975), pág. 489; *J. Frey*, Die Kriminalität in Zeiten des Wohlstandes, Diss. Zürich 1968; *Gibbons*, Delinquent Behaviour, 1970; *Göppinger*, Kriminologie, 3.ª edición, 1976; *Graff*, Die deutsche Kriminalstatistik, 1975; *Heinz*, Entwicklung, Aufgaben und Probleme der Kriminalstatistik, ZStW 84 (1972), pág. 806; *Hellmer*, Kriminalitätsentwicklung und -abwehr in der Demokratie, 1969; *Home Department*, Penal Practice in a Changing Society, 1959; *Kaiser*, Jugendkriminalität, 1977; *Hilde Kaufmann*, Steigt die Jugendkriminalität wirklich?, 1965; *Kerner*, Verbrechenswirklichkeit und Strafverfolgung, 1973; *Knudten*, Crime in a Complex Society, 1970; *Krümpelmann*, Probleme der Untersuchungshaft, etcétera, ZStW 82 (1970), pág. 1.052; *McClintock/Avison*, Crime in England and Wales, 1968: *Schafer/Knudten*, Juvenile Delinquency, 1970; *Schindhelm*, Der Sellin-Wölfgang-Index, 1972; *Schultz*, L'évolution de la criminalité en Suisse de 1929 à 1963, Rev. sc. crim., 1965, 385; *el mismo*, Von der dreifachen Bedeutung der Dunkelziffer, Festschrift für H. Henkel, 1974, pág. 239; *Sellin*, Recidivism and Maturation, National Probation and Parole Association Journal 1958, pág. 241; *el mismo*, Crime and Delinquency in the United States, en: The Annals, Vol. 339, 1962, pág. 11; *Statistisches Bundesamt*, Bevölkerung und Kultur, Reihe 9, Rechtspflege, 1964 a 1974, ausgewählte Zahlen für die Rechtspflege 1975; *Monika Traulsen*, Die Bedeutung der Kinderdelinquenz, NJW 1974, 597.

4 Cfr. *Muñoz Conde*, Introducción al Derecho Penal, Barcelona, 1975, páginas 59 y ss.; *Quintero Olivares*, Represión penal y Estado de Derecho, Barcelona 1976, pp. 47 y ss.; *Mir Puig*, Introducción a las bases del Derecho Penal, Barcelona, 1977, pp. 141 y ss.

5 Cfr. bibliografía citada nota anterior y *García Valdés*, La nueva penología, Madrid 1977, p. 7; *Muñoz Conde*, La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito, en Cuadernos de Política Criminal, 1979, pp. 91 y ss.

I. Generalidades sobre Estadística Criminal

La criminalidad y la Administración de Justicia Penal tienen una importancia trascendental en toda la vida social de un pueblo. Las siguientes indicaciones van a mostrar con qué periodicidad se denuncian y averiguan los hechos delictivos, se pronuncian condenas y se envían personas a prisión en la República Federal. La limitación del espacio de tiempo que abarca la presente exposición se explica por el hecho de que la Estadística Criminal del Imperio fue introducida en el año 1882[1] y que el último número aparecido de "*Rechtspflege*", sobre la Estadística de la República Federal de Alemania, se refiere al año 1974.[2] Las cifras de 1936 a 1945 no han sido publicadas.[3] La Estadística criminal federal comienza de nuevo en 1950. La Estadística criminal policial de la República Federal de Alemania fue iniciada en 1953 y abarca desde entonces hasta el año 1976. En las tablas de conjunto que siguen se han incluido aquellos años que aparecen como punto de transición o de cambio de la criminalidad registrada. Para la *comprensión de las estadísticas* hay que adelantar lo siguiente:

La Estadística judicial se refiere a las personas condenadas. Abarca todos los procesos penales que concluyen con una condena judicial ejecutoria. Junto a esta **estadística de la persecución penal** existe la **estadística criminal policial**, en la que se computan los hechos punibles que llegan a conocimiento de la Policía y los que ésta averigua.[4] Ninguna de estas estadísticas ofrece, sin embargo, una imagen exhaustiva del volumen real de la criminalidad, pues ambas reflejan sólo el sector de criminalidad efectivamente registrado (es decir, que llega a conocerse o a juzgarse), al que se contrapone la **cifra oscura** en una magnitud variable según las distintas clases de delito.[5] La Criminología se preocupa de la investigación de la cifra oscura mediante el interrogatorio de autores y víctimas. La estadística policial se halla más próxima al volumen global de la criminalidad que la estadística judicial, puesto que tiene lugar en base al cómputo de todos los hechos punibles que llegan a conocimiento de la Policía. En cam-

1 Los datos hasta 1925 han sido tomados de E 1927, Anlage II "Die Entwicklung der Kriminalität im Deutschen Reich seit 1882", pág. 5.

2 *Statistisches Bundesamt*, Bevölkerung und Kultur, serie 9, Rechtspflege, año 1974.

3 Cfr., sin embargo, *Blau* ZStW 64 (1952), págs. 31 y ss.

4 Cfr. para la Historia y valoración de la estadística *Graff*, Die deutsche Kriminalstatistik, 1975; *Göppinger*, Kriminologie, págs. 73 y ss.; *Heinz*, ZStW 84 (1972), págs. 806 y ss.

5 Para la investigación de la cifra oscura, cfr. *Kaiser*, Kriminologie, páginas 172 y ss.; *Eisenberg*, Einführung, págs. 106 y ss. Cfr., además, *Schultz*, Henkel-Festschrift, págs. 239 y ss.

bio, la estadística judicial registra sólo la cifra de condenas, que es mucho más pequeña, si bien proporciona, gracias a la fiabilidad de sus datos, una imagen exacta de los hechos punibles juzgados y de las sanciones impuestas. Aunque existe una diferencia cuantitativamente muy relevante entre la criminalidad real y la registrada, se supone que es posible extraer consecuencias de su estructura cualitativa.[6] Con estas reservas, la Estadística Criminal es como fuente de información, como instrumento de planificación y como índice de eficacia, indispensable para la Administración de Justicia Penal.[7] La **cifra de condenados** (cifra de la criminalidad) hace posible la formulación de observaciones específicas. Se obtiene poniendo en relación la cifra total de condenados en el plazo de un año con 100.000 personas mayores de edad penal. Según que todos o sólo los condenados por determinados hechos punibles se pongan en relación con toda la población de edad penal o sólo con personas de una determinada edad, se obtienen cifras de condenados generales o especiales. Por la misma vía, la Estadística criminal policial ofrece la llamada **cifra de frecuencia.**

II. Evolución de la criminalidad total comprobada judicialmente en el Imperio Alemán y en la República Federal de Alemania desde 1882 a 1975

Años	Condenados	Previamente condenados Cifra	Previamente condenados Porcentaje	Cifra general de condenados
		Ámbito del Imperio:		
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
		Ámbito Federal:		
1951	401.538	123.302	30,7	1.073
1953	485.065	156.073	32,2	1.260
1955	530.655	175.352	33,0	1.331
1957	564.026	208.927	37,0	1.398
1958	549.191	211.952	38,5	1.347
1960	555.212	214.667	38,6	1.316
1962	597.198	232.420	38,8	1.328
1964	586.266	229.999	38,8	1.282
1965	570.392	221.366	39,2	1.234
1966	607.752	236.605	38,9	1.303
1969	618.170	256.314	41,5	1.310
1970	643.285	242.745	37,7	1.346
1973	698.912	204.783	29,3	1.434
1974	699.198	215.265	30,8	1.419
1975	664.536			1.343

6 Cfr. *Kerner*, Verbrechenswirklichkeit, págs. 170 y ss.
7 Cfr. *Schindhelm*, Der Sellin-Wolfgang-Index, págs. 5 y ss.

La curva de la criminalidad anterior a la Primera Guerra Mundial muestra desde 1882 hasta inicios de este siglo, un constante aumento, sobre todo del índice de reincidencia, que refleja ante todo las dificultades de adaptación de amplias capas de la población a las nuevas condiciones de vida de la sociedad industrial. A continuación la curva cae levemente hasta la Primera Guerra Mundial. La reincidencia aumenta, sin embargo, de forma constante, lo que muestra el paso de una criminalidad ocasional a otra permanente. La criminalidad de la época de Weimar estuvo intensamente condicionada por las oscilaciones económicas que en esos pocos años sacudieron Alemania. Con el punto álgido de la **inflación** de 1923 se alcanzó en Alemania **el más alto volumen de criminalidad registrado hasta entonces.** Al mismo tiempo descendió fuertemente la proporción de reincidencia, al aumentar vertiginosamente, bajo el influjo de la necesidad, la cifra de delincuentes primarios. Cuando la situación económica volvió a la normalidad la criminalidad registrada retrocedió paulatinamente, tendencia apenas interrumpida ni siquiera por la crisis económica mundial y el paro que ésta desencadenó. La reincidencia recuperó, sin embargo, de forma expresiva su proporción anterior. Bajo el dominio del nacionalsocialismo, a consecuencia de la rigurosa lucha contra el delincuente habitual, del encuadramiento de todo el pueblo en organizaciones militarmente estructuradas y rigurosamente controladas, del reclutamiento de las jóvenes generaciones en el ejército y de la existencia de una justicia propia en muchas asociaciones para los delitos más leves, tuvo lugar un poderoso retroceso de la criminalidad, como siempre sucede en los regímenes totalitarios. En el año 1951 llama la atención el descenso de la criminalidad constatada judicialmente, lo que, sin embargo, fue una consecuencia de la *Straffreiheitsgesetz* de 1949. En los años siguientes suben las cifras de forma constante hasta el año 1957, en que se alcanza un nuevo punto álgido, próximo a las cifras registradas en los años de inflación. Se advierte aquí el influjo de la criminalidad del bienestar y la importancia creciente del nuevo factor de la delincuencia de tráfico. El porcentaje de reincidencia sube también de forma acusada y se aproxima de nuevo al límite del 40 %. A partir de 1957 la cifra de condenados muestra al principio, con ligeras oscilaciones, una tendencia ligeramente descendente, al tiempo que, curiosamente, la reincidencia sigue aumentando de forma constante, hasta superar, por fin, el límite del 40 %. A partir de 1969 vuelve a **aumentar** de forma estable la **cifra de condenados,** que en 1973 llega a superar por vez primera la cota alcanzada en 1957. La estadística policial ofrece, en cambio, ya desde 1963 una **curva continuamente ascendente:** 1963, 1.678.840 hechos punibles conocidos, cifra de frecuencia 2.914; 1967, 2.074.322 hechos punibles conocidos, cifra de frecuencia 3.465; 1969, 2.217.966 hechos punibles conocidos, cifra de frecuencia 3.645; 1970, 2.413.568 hechos punibles conocidos, ci-

fra de frecuencia 3.924; 1973, 2.559.954 hechos punibles conocidos, cifra de frecuencia 4.721. El delito más frecuente es, con mucho, el hurto con 1.909.418 casos en 1975 (66 % de todos los delitos, sin contar los delitos de tráfico y contra el Estado).

Sería sugestivo poner en relación, por medio de una estadística criminal comparada, el volumen y el movimiento de la criminalidad en los distintos países. Hoy por hoy las dificultades técnicas son todavía insuperables y las fuentes de error demasiado numerosas. Son instructivos, sin embargo, los informes sobre el desarrollo de la criminalidad en los distintos Estados extranjeros; los mismos muestran en el mundo occidental un cuadro parecido al que ofrecen las experiencias alemanas.[8] Particularmente, la criminalidad parece aumentar de forma amenazante en los EE.UU. Por el contrario, la cifra de criminalidad es mucho más baja en los países socialistas, lo que, sin embargo, está en relación con las largas penas privativas de libertad que se impone a los reincidentes.[8a]

III. Evolución de la criminalidad juvenil constatada judicialmente en el Imperio Alemán y en la República Federal de 1882 a 1975

Años	Condenados	Cifra de condenados	Años	Condenados	Cifra de condenados
1882	30.719	568	1956	37.183	1.015
1885	30.675	559	1957	42.434	1.229
1900	48.657	745	1958	42.120	1.285
1910	51.315	668	1960	37.089	1.372
1923	86.040	1.082	1962	42.900	1.584
1928	27.104	536	1964	44,270	1.506
1931	22.844	561	1966	44.689	1.422
1933	15.985	553	1968	49.855	1.588
1936	14.339	359	1970	55.657	1.741
1951	30.495	1.015	1972	59.726	1.777
1954	29.219	842	1974	60.396	1.677
			1975	58.750	1.582

La criminalidad juvenil desciende proporcionalmente a fines del pasado siglo; pero a continuación aumenta de forma paralela a la criminalidad de adultos, para disminuir de nuevo paulatinamente

8 Cfr. para Austria: *Császár*, Kriminalität in Österreich, págs. 41 y ss.; para Suiza: *Schultz*, Rev sc crim 1965, 385, y el comentario anual del Departamento federal de Estadística, "Die Strafurteil in der Schweiz", últimamente SchwZStr 91 (1975), pág. 334; *Frey*, Die Kriminalität in Zeiten des Wohlstandes, 1968; para Inglaterra: *McClintock/Avison*, Crime in England, págs. 16 y ss.; para USA: *Knudten*, Crime in a Comple Society, págs. 65 y ss.; además, *The President's Commission on Law Enforcement*, The Challenge of Crime, páginas 17 y ss., así como Uniform Crime Reports for the United States 1973, 1974, págs. 1-28. Sobre la problemática que presenta un estudio comparativo internacional *Collmann*, Internationale Kriminalstatistik, págs. 82 y ss.

8a Cfr. *Lekschas/Renneberg*, Lehrbuch, págs. 43 y ss.

hasta la Primera Guerra Mundial. La explicación podría también aquí encontrarse en la adaptación, primero difícil, pero poco a poco mejor lograda, a las condiciones de vida de la sociedad industrial. **La cifra más elevada en términos absolutos** que corresponde a 1919 (aquí no recogida), consecuencia inmediata de la guerra, estuvo a punto de alcanzarse de nuevo en el momento álgido de la **inflación.** El JGG de 1923 y la normalización de las condiciones de vida determinaron, a continuación, un fuerte descenso de la curva de criminalidad. Bajo el nacionalsocialismo la criminalidad juvenil baja proporcionalmente de modo todavía más sensible que la de adultos, lo que debe atribuirse a la organización global y encuadramiento de la juventud en el seno de asociaciones, así como a la existencia de una poderosa justicia particular de esos grupos. En comparación con los años anteriores, tras la Segunda Guerra Mundial, llama la atención el alto volumen de la criminalidad juvenil, cuyas cifras suben de forma constante. En 1951 alcanza una magnitud que casi corresponde a la de los momentos cumbres de la inflación. Tras un descenso insignificante en 1954, las cifras vuelven a elevarse continuamente hasta alcanzar en 1962, con una cifra de condenados de 1.584, la cota más alta, casi un 50 % más elevada que la cifra más alta de la época de la inflación, a pesar de que el JGG de 1953 había mejorado, entretanto, el Derecho Penal de jóvenes. En 1972 la cifra de condenados llega a ser de 1.777, si bien retrocedió a partir de 1974. La **imagen de la criminalidad juvenil** es, pues, **particularmente insatisfactoria,** sobre todo si se tiene en cuenta que, aun hecha abstracción de los delitos de tráfico, la tendencia creciente se mantiene. En comparación con 1882 la criminalidad juvenil no ha disminuido, a diferencia de lo que cabe constatar en relación a la criminalidad de adultos, sino que ha aumentado más del doble. Esta evolución, confirmada por alarmantes cifras de otros países,[9] ha despertado una creciente preocupación.[10] Aun cuando en la actualidad no se produce un aumento del volumen global de la criminalidad, sino sólo un cambio de acento que va de los adultos a los jóvenes,[11] debe constatarse un aumento considerable de la criminalidad juvenil desde 1966, expresado en un continuo crecimiento de la cifra de condenados. A la larga, la traslación de la criminalidad a la juventud importa el peligro de que aumente su magnitud total, pues la probabilidad de reincidencia es, según la experiencia criminológica, mayor cuanto más joven sea el autor al tiempo de su primera condena.[12] En cualquier

9 *Schafer/Knudten*, Juvenile Delinquency, págs. 21 y ss.; *Kaiser*, Jugendkriminalität, págs. 84 y ss. Sobre el crecimiento de la criminalidad juvenil en la República Democrática Alemana cfr. *Freiburg*, Kölner Zeitschrift für Soziologie 27 (1975), págs. 498 y ss.

10 *Gibbons*, Delinquent Behaviour, págs. 219 y ss.; cfr., además, el minucioso análisis de *Kaiser*, Jugendkriminalität, págs. 209 y ss.

11 *Hilde Kaufmann*, Jugendkriminalität, pág. 34.

12 *Sellin*, Recidivism, pág. 241; *Monika Traulsen*, NJW 1974, 597.

caso, la mayor cifra de criminalidad se ha registrado siempre entre los 14 y los 21 años. Un factor que fomenta especialmente la criminalidad en los jóvenes es el elevado paro juvenil y la dificultad de conseguir una formación profesional en centros adecuados, adaptándose paulatinamente durante el período de aprendizaje a la sociedad industrial. La lucha eficaz contra la delincuencia juvenil depende fundamentalmente de que se superen estas dificultades que perturban el desarrollo positivo de los jóvenes.

IV. Estadística de hechos averiguados

1. *Penas impuestas por delitos graves y menos graves*

Año	Hechos conocidos	esclarecidos	Porcentaje de esclarecimiento
1963	1.678.840	932.307	55,5 %
1964	1.747.580	961.827	55,0 %
1965	1.789.319	951.115	53,1 %
1967	2.074.322	1.082.009	52,2 %
1969	2.217.966	1.136.417	51,2 %
1970	2.413.586	1.166.933	48,3 %
1973	2.559.974	1.201.861	46,9 %
1975	2.919.390	1.306.865	44,8 %
1976	3.063.271	1.404.889	45,9 %

La estadística de averiguación del hecho muestra que la intensidad de la persecución, con un **porcentaje de esclarecimiento de menos del 50 %**, ha decrecido de forma intranquilizante y, desde hace años, continúa con tendencia a seguir disminuyendo (cfr. *supra*, § 1 I, 2). Evidentemente, el porcentaje de esclarecimiento varía por completo según los distintos hechos punibles (por ej., en asesinato y homicidio se registra incluso un leve aumento, 95,8 %; en la violación, 72,4 %; en incendio doloso, 38,2 %; pero en el hurto con circunstancias agravantes, 19,8 %; lo que representa el porcentaje más bajo desde que se dio comienzo a las estadísticas).[12a]

12a Cfr. Sofortprogramm der Bundesregierung zur Verbrechensbekämpfung, BT-Drucksache VI/1.334 v. 29-10-1970; además, Programm für die Innere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland, Teil I, Gemeinsames Ministerialblatt, 1972, 563.

V. Aplicación de penas y medidas

Año	Total condenados	Reclusión correccional	a cadena perpetua	Prisión (desde 1970 pena de privación de libertad)	Hasta 3 meses (desde 1970 hasta 6 meses)	Suspensión condicional	en %
1967	558.384	3.290	55	209.037	161.055	70.975	33,89
1968	572.629	3.209	69	207.645	158.633	75.036	36,15
1969	530.947	2.557	59	155.741	109.122	73.566	47,2
1970	553.692	—	70	88.248	55.844	46.972	53,2
1973	601.414	—	47	96.589	55.229	57.842	59,8
1974	599.368	—	85	104.726	59.460	63.863	61,00

Año	Encierro y arresto penal (desde 1970 sólo arresto penal)	Arresto	Suspensión condicional
1967	628	373	95
1968	466	235	42
1969	600	131	24
1970	626	—	—
1973	425	—	—
1974	376	—	—

Año	Multa (sólo)	Prohibición de conducir	Pérdida de derechos civiles honoríficos
1967	345.065	10.704	1.497
1968	361.074	10.266	1.336
1969	371.918	10.074	1.015
1970	464.118	10.527	—
1973	504.325	12.317	—
1974	494.266	16.743	—

La estadística muestra que la reclusión correccional era ya una pena en constante retroceso. En 1882 se impusieron alrededor de 13.000 penas de reclusión correccional,[13] a pesar de que la cifra total de condenados fue sólo algo más de la mitad que en 1964. El retroceso es especialmente claro en los últimos años de existencia de la pena de reclusión correccional. La disminución de las penas de reclusión correccional y arresto muestra la **tendencia a la pena unitaria,** introducida por la 1.ª StrRG de 1 de abril de 1970. Ya antes de la reforma el grueso de las sanciones se hallaba constituido por las penas de prisión y de multa. La pena de prisión retrocedió de forma acentuada en 1969 y su aplicación descendió en 1970 hasta cerca de la mitad, lo que muestra con claridad el influjo de la reforma del Derecho Penal. En 1974 el porcentaje de las penas privativas de libertad ocupó el 17 % del total de condenas. Particularmente acentuado fue el retroceso de las penas cortas de privación de libertad de hasta seis meses como consecuencia de la introducción del § 14 en el Código anterior. En 1969 se impusieron todavía 132.161 penas de prisión de hasta seis meses, mientras que en 1970 la pena de privación de libertad de hasta seis meses descendió a la cifra de 55.844, lo que supone bastante menos de la mitad. Pero en 1974 el porcentaje de las penas cortas privativas de libertad era todavía el 57 % del total de penas privativas de libertad. También ha aumentado de forma considerable a consecuencia de la nueva configuración del § 56 (§ 23 del Código anterior) el porcentaje de la suspensión condicional de la pena, ocupando en 1974 ya el 61 % de todas las penas privativas de libertad. En el territorio federal había el 31 de diciembre de 1974 un total de 1.018 encargados de asistir durante el período de prueba a 56.362 sometidos a prueba, correspondiendo a cada encargado aproximadamente 55. Del total de los 3.400 casos de suspensión condicional que concluyeron en 1973, el motivo de la conclusión fue en 1.443 casos la confirmación de la suspensión y en 1.967 casos su revocación, de modo que la asistencia durante el período de prueba tuvo éxito en el 42,2 % de los casos y fracasó en el 57,8 % restante. Del total de suspensiones se revocan aproximadamente el 50 % de los casos. En total, el número de las penas privativas de libertad cumplidas es aproximadamente las tres cuartas partes de las impuestas, es decir, el 12 % de todas las condenas. Como consecuencia de la disminución de las penas de privación de libertad ha aumentado de forma constante la cifra de las multas que en 1974 ocupaban el 82 % de todas las condenas. La prohibición de conducir posee relevante significación, pero la medida de privación del permiso de conducir (cfr. *infra*, § 5 V, 2) se produjo en 1974 en un volumen diez veces superior que aquella pena. La pérdida de derechos civiles honoríficos había retrocedido ya con claridad antes de su supresión por la reforma de 1969.

13 *Exner*, Strafzumessuspraxis, pág. 19.

2. *Sometidos a medidas de seguridad y corrección*

Año	Hospital psiquiátrico	Establecimiento de deshabituación	Casa de trabajo	Internamiento de seguridad	Prohibición de ejercer una profesión	Retirada 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

Entre las medidas de seguridad y de corrección predomina, como es lógico, la **privación del permiso de conducción.** Se impuso en 1954 en 11.025 casos, y en 1974 en 159.700, lo que muestra que en 20 años casi se ha quintuplicado. Además ha de computarse la prohibición de conducir (cfr. *supra*, § 5 V, 1). El establecimiento de deshabituación y la prohibición de ejercicio de una profesión se aplican cada vez menos, lo que guarda relación con el creciente influjo del principio de proporcionalidad (§ 62). Por el contrario, la reclusión en un establecimiento psiquiátrico viene aumentando desde 1970. Como consecuencia de la nueva redacción del § 66 (§ 42e del Código anterior), el internamiento de seguridad ha descendido respecto a 1968 a casi la cuarta parte. Ya anteriormente, la casa de trabajo poseía una importancia cada vez menor. Se ha suprimido por la 1.ª StrRG de 1969.

VI. Reclusos por condena penal y sometidos a internamiento asegurativo de 1969-1974 (con referencia a cada 31 de marzo) según la clase y duración de la privación de libertad y la edad

Año	Total	Según la edad			Según la clase y ejecución de pena			Según la duración									
								Pena privativa de libertad							Pena juvenil		
								hasta 9 meses	más de					Cadena perpetua	Determinada	Indeterminada
									9 meses hasta 2 años		2 hasta 5 años		5 hasta 15 años			
		menos de 25 años	de 25 a 40 años	de 40 a más años	Pena privativa de libertad	Pena juvenil	Internamiento asegurativo									
1969	46.745	11.438	26.335	8.972	40.407	5.249	1.089	15.506	11.489	9.796	2.532	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
1972	33.318	9.494	17800	6.024	27.869	5.067	382	11.171	8.608	5.220	1.876	994			4.181	886
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

La cifra total de reclusos ha decrecido notablemente desde que en 1965 se alcanzó la cifra máxima de 49.533, pero desde 1972 ha vuelto a elevarse ligeramente, tras el gran descenso que experimentó de 1969 a 1971, como consecuencia de la introducción del § 14 en el Código anterior y de la reforma del § 23 del mismo Código. Ello se debe al aumento de las penas, sobre todo en el grado medio (desde más de 9 meses hasta dos años inclusive), pero también en el grado inferior (hasta nueve meses inclusive), y en el grado máximo del ámbito superior (desde más de 2 años hasta 5 años inclusive). No se desprende de la estadística en qué casos se trata de arrestos sustitutorios que hubiesen podido aumentar como consecuencia de la aplicación fuertemente ampliada de la multa. La cifra de condenados a cadena perpetua ha retrocedido de forma insignificante, pero sigue siendo, lógicamente, elevada (sobre la práctica del derecho de gracia cfr. infra, § 72 I, 3). También es elevada la cifra de los reclusos jóvenes (de menos de 25 años), en los que todavía es posible el influjo educativo del cumplimiento de la pena. Representan bastante más de la cuarta parte de la totalidad de los reclusos. Más de la mitad de los reclusos posee una edad media (de 25 a menos de 40 años). En este grupo se plantea con especial crudeza el problema de una educación de adultos basada en la coacción. A la cifra total de 36.763 reclusos que cumplen una pena deben añadirse quienes se encuentran en situación de prisión provisional (15.562 el 31 de marzo de 1973), cuya duración ha de computarse, en principio, según el § 51 I, para reducirla de la pena. Los casos en los que la duración de la prisión provisional sobrepasa el tiempo de duración de la pena o en los que el proceso concluye con sobreseimiento, absolución, multa o suspensión condicional, constituyen del 20 al 25 %.[14] La cuestión de la responsabilidad civil en caso de sobreseimiento y absolución se halla regulada en el § 2, párr. 1 StrEG de 8 de marzo de 1971 (BGBl. I, página 152). El retroceso de la cifra de los sometidos a internamiento de seguridad refleja la regresión, cada vez más acusada, de esta medida.

* * *

Algunos datos sobre Estadística Criminal en España

Las fuentes para el estudio de la Estadística Criminal en España se contienen principalmente en las "Estadísticas Judiciales de España" que desde 1955 vienen siendo publicadas por el Instituto Nacional de Estadística. En ellas se contienen datos relativos al número de delitos y faltas apreciadas y el número de condenados por la Jurisdicción ordinaria y por

14 Cfr. para ello, *Krümpelmann*, ZStW 82 (1970), págs. 1.067 y ss.

la Jurisdicción castrense en relación con delitos comunes ("Estadística Penal Común").

El valor de estas estadísticas para conocer el volumen de la criminalidad real es escaso, ya que sólo una parte, variable según el tipo de delito, de los delitos realmente cometidos llega a conocimiento de los Tribunales y no siempre éstos pronuncian una sentencia condenatoria. Ello no obstante, estas estadísticas son un instrumento imprescindible, aunque insuficiente, para conocer la evolución de la criminalidad en España. Otras fuentes como la "Memoria anual de la Fiscalía del Tribunal Supremo", en la que se trata de describir el estado actual de la criminalidad en el país, son aún más insuficientes pues sólo recogen cifras de la criminalidad en sus diferentes etapas procesales. Las estadísticas de la policía judicial y gubernativa no se publican oficialmente, con lo que se pierde una importante fuente de conocimiento de la criminalidad real.[1] *Sólo existen algunos datos relativos a temas muy concretos elaborados por personas con fácil acceso a estas fuentes.*[2]

Seguidamente se ofrecen algunos datos tomados de las Estadísticas Judiciales de España, año 1977,[3] *referidos al número de delitos apreciados, número de penas impuestas y número de condenados (según sexo y edad) por las Audiencias Provinciales y Juzgados de Instrucción en los años 1968-1977 y los datos relativos a la población reclusa existente el 31 de diciembre de los años 1966-1978;*[4] *sacados del Informe General 1979 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, realizado por Carlos García Valdés con la colaboración de Joaquín Rodríguez Suárez y Ricardo Zapatero Sagrado.*

[1] Para una buena exposición del estado de la criminalidad en España y de sus fuentes de conocimiento, cfr. *Queralt*, Notas sobre el estado de la criminalidad en España, en Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas, 1974, p. 147. Algunos datos sociológicos y estadísticos ofrece también *Garmendia*, Esquema del delito en España, Barcelona, 1973.

[2] Cfr. *Serrano Gómez*, Delincuencia juvenil en España, Madrid, 1970; *el mismo*, Sustracción de vehículos en España, Madrid, 1970; *el mismo*, diversos trabajos publicados en la Revista de Policía Española, años 1969, 1970, 1971, 1975. Cfr. también *Serrano Gómez - Fernández Dopico*, El delincuente español, Madrid, 1978.

[3] Ministerio de Economía, Instituto Nacional de Estadística, Estadísticas Judiciales de España, Año 1977, Madrid, 1979. Para información de otros datos cfr. *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal Español, Parte General, 7.ª ed., Madrid, 1979, pp. 84 y ss.

[4] Cfr. *infra*, tabla IV.

TABLA I

Concepto	*1968*	*1969*	*1970*	*1971*	*1972*	*1973*	*1974*	*1975*	*1976*	*1977*
DELITOS APRECIADOS	*35.850*	*39.292*	*43.985*	*41.552*	*41.462*	*47.556*	*49.850*	*44.957*	*23.022*	*28.649*
Contra la seguridad exterior e interior del Estado	*788*	*838*	*937*	*825*	*1.014*	*1.062*	*1.093*	*1.012*	*601*	*769*
Falsedades	*561*	*792*	*1.810*	*1.777*	*1.448*	*1.072*	*1.273*	*1.129*	*497*	*640*
Contra la Administración de Justicia	*170*	*195*	*193*	*135*	*163*	*243*	*283*	*219*	*59*	*67*
*Contra la salud pública e inhumaciones ilegales**	*66*	*92*	*149*	*135*	*286*	*7.961*	*8.360*	*8.098*	*4.051*	*4.983*
Juegos ilícitos	*2*	*1*	*1*	—	*3*	*8*	*3*	*4*	*3*	*4*
Cometidos por funcionarios	*111*	*211*	*146*	*226*	*151*	*147*	*265*	*133*	*76*	*60*
Contra las personas	*1.721*	*1.753*	*1.968*	*1.601*	*1.609*	*1.990*	*2.075*	*1.885*	*1.036*	*1.351*
Contra la honestidad	*1.314*	*1.520*	*1.661*	*1.558*	*1.764*	*1.992*	*1.820*	*1.606*	*1.361*	*1.377*
Contra el honor	*57*	*54*	*49*	*46*	*55*	*55*	*51*	*43*	*37*	*40*
Contra el estado civil	*9*	*10*	*12*	*3*	*7*	*7*	*9*	*8*	*6*	*4*
Contra la libertad	*506*	*509*	*486*	*459*	*466*	*624*	*635*	*717*	*343*	*398*
Contra la propiedad	*10.812*	*12.111*	*13.733*	*14.065*	*12.676*	*17.541*	*18.070*	*16.982*	*9.069*	*10.967*
*Tráfico de automóviles***	*359*	*443*	*138*	*201*	*167*	—	—	—	—	—
Imprudencias	*19.271*	*20.584*	*22.501*	*20.362*	*21.243*	*14.582*	*15.519*	*12.751*	*5.533*	*7.653*
Leyes especiales	*100*	*169*	*194*	*152*	*271*	*255*	*386*	*361*	*342*	*308*
No consta el delito	*3*	*10*	*7*	*7*	*139*	*17*	*8*	*9*	*8*	*28*

* *Y delitos de riesgo en general, a partir de 1973.*

** *A partir del año 1967 los delitos relativos al tráfico de automóviles figuran en rúbrica independiente.*

TABLA II

Concepto	1968	1969	1970	1971	1972	1973	1974	1975	1976	1977
PENAS IMPUESTAS:										
Muerte	2	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Reclusión mayor	17	20	22	21	17	24	20	25	26	64
Reclusión menor	118	140	154	161	184	174	189	130	253	281
Presidio y prisión mayor	597	858	1.112	1.856	1.157	1.030	1.250	768	1.379	1.426
Presidio y prisión menor	5.196	6.119	8.104	8.749	9.537	7.916	7.897	7.266	5.410	6.389
Arresto mayor	11.664	13.146	14.068	12.360	11.592	14.206	14.826	13.266	5.993	7.503
Destierro	32	35	31	19	33	35	32	26	23	17
Inhabilitación y suspensión de cargos públicos	3	127	10	21	27	10	54	10	3	3
Multas	17.032	18.583	20.386	18.144	18.353	24.002	25.393	23.350	9.822	12.739
Privación del permiso de conducir	1.178	259	81	207	412	157	185	109	79	178
No consta	11	5	17	14	150	2	4	7	34	49

TABLA III

Concepto	1968	1969	1970	1971	1972	1973	1974	1975	1976	1977
CONDENADOS	34.179	36.164	37.780	34.755	35.862	42.416	44.542	40.717	21.484	26.980
Reiterantes y reincidentes	7.149	7.453	7.728	7.393	7.440	8.428	8.521	8.180	5.592	6.322
POR SEXO:										
Varones	32.569	34.512	36.040	33.124	34.160	40.318	42.101	38.622	20.463	25.571
Mujeres	1.610	1.652	1.740	1.631	1.702	2.098	2.441	2.095	1.021	1.409
POR EDAD:										
De 16 y 17 años	2.547	2.625	2.867	2.508	2.608	3.823	3.332	3.176	1.985	2.582
De 18 a 20 años	5.270	5.532	5.554	5.075	5.345	6.583	6.703	6.467	3.624	4.883
De 21 a 25 años	6.157	6.721	7.229	6.534	6.739	7.876	8.404	7.671	4.068	5.124
De 26 a 30 años	5.329	5.412	5.728	5.427	5.521	6.447	7.103	6.508	3.331	3.929
De 31 a 35 años	4.486	4.732	4.511	4.021	4.145	4.562	4.885	4.479	2.330	2.808
De 36 a 40 años	3.659	3.844	4.114	3.738	3.817	4.220	4.555	3.850	1.856	2.186
De 41 a 50 años	3.964	4.304	4.630	4.631	4.777	5.523	5.968	5.439	2.642	3.388
De 51 a 60 años	1.782	1.993	2.063	1.859	1.888	2.209	2.362	2.066	1.095	1.375
De más de 60 años	881	911	960	896	931	1.046	1.085	943	488	609
No consta	104	90	124	66	91	127	145	118	65	96

TABLA IV

I. — Población reclusa. Evolución[5]

Años	Población reclusa		Total	Números índices año (base 1966)	Diferencias con el año precedente	
	Hombres	Mujeres			Absoluta	Relativa
1966	10.205	560	10.765	100,—	—	—
1967	10.448	481	10.929	101,53	+ 164	+ 1,53 %
1968	11.623	553	12.176	111,42	+ 1.247	+ 11,42 %
1969	12.196	626	12.822	119,10	+ 646	+ 5,30 %
1970	13.266	624	13.890	129,02	+ 1.068	+ 8,33 %
1971*	11.058	540	11.598	107,73	— 2.292	— 16,50 %
1972	12.472	637	13.109	121,77	+ 1.511	+ 13,02 %
1973	13.573	684	14.257	132,43	+ 1.148	+ 87,57 %
1974	14.099	665	14.764	137,14	+ 507	+ 3,55 %
1975*	8.090	350	8.440	78,40	— 6.324	— 42,83 %
1976	9.576	361	9.937	92,30	+ 1.497	+ 17,73 %
1977*	9.937	355	9.392	87,24	— 545	— 5,48 %
1978	10.101	362	10.463	97,19	+ 1.071	+ 11,40 %

* *Años en los que se ha decretado indulto general.*

II. — Población reclusa y número de habitantes

2-1. Evolución y coeficiente por 100.000 habitantes

Años	Núm. de habitantes el 31 de diciembre (fuente I.N.E.) millares	Población reclusa en 31 de diciembre	Coeficiente por 100.000 habitantes	Núm. índices de coeficientes año base: 1966
1966	32.758	10.765	32,86	100,—
1967	33.106	10.929	32,01	101,52
1968	33.458	12.176	36,39	113,10
1969	33.814	12.822	37,92	119,10
1970	33.956	13.890	40,91	129,02
1971*	34.314	11.598	33,80	107,73
1972	34.675	13.109	37,81	121,77
1973	35.041	14.257	40,69	132,43
1974	35.410	14.764	41,69	137,14
1975*	35.873	8.440	23,59	78,40
1976	36.161	9.937	27,48	92,30
1977*	36.542	9.392	25,43	87,24
1978	36.927	10.463	28,83	97,19

* *Años en los que se ha decretado indulto general.*

[5] Cfr. *García Valdés*, la población reclusa, en Sistema 14, julio 1976, páginas 117 y ss.; *el mismo*, La reforma del derecho penitenciario, en La reforma penal y penitenciaria, Santiago de Compostela, 1980, pp. 84 y ss.

III. — Clasificación de la población reclusa

3-1. Por infracciones

	Hombres	%	Mujeres	%	Total	%
I. — Por delitos	9.501	94,06	307	84,81	9.808	93,74
II. — Por faltas	9	0,08	2	0,55	11	0,11
III. — Por Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social	364	3,61	28	7,74	392	3,74
IV. — Infracciones de carácter administrativo	227	2,25	25	6,90	252	2,41
TOTALES	10.101		362		10.463	

3-2. Por situación procesal[6]

1. — POR DELITOS

	Hombres	%	Mujeres	%	Total	%
Sentenciados	3.966	41,75	214	30,29	4.059	41,38
Procesados	5.500	57,88	93	69,71	5.714	58,26
Detenidos	35	0,37	—	—	35	0,36
TOTALES	9.501		307		9.808	

2. — POR FALTAS

	Hombres	%	Mujeres	%	Total	%
Sentenciados	5	55,55	—	100	5	45,46
Procesados	4	44,45	2	—	6	54,54
TOTALES	9		2		11	

3. — POR LEY DE PELIGROSIDAD Y REHABILITACIÓN SOCIAL

	Hombres	%	Mujeres	%	Total	%
Con medidas de seguridad	160	43,95	11	39,28	171	43,62
Internamiento preventivo	204	56,05	17	60,72	221	56,38
TOTALES.	364		28		392	

4. — POR INFRACCIONES DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO

	Hombres	%	Mujeres	%	Total	%
Sancionados	74	32,59	1	4,—	75	29,76
Con expediente en tramitación	153	67,41	24	96,—	177	70,24
TOTALES	227		25		252	

[6] Cfr. *Muñoz Conde-Moreno Catena*, La prisión provisional en el Derecho español, en La reforma penal y penitenciaria, cit., pp. 339 y ss., espec. pp. 426 ss.

§ 6 *Las Ciencias Penales*

Ancel, La méthode de droit comparé en matière de droit pénal, Rev int dr comp 1949, 511; *el mismo*, Reflexions sur la recherche et sur la méthode comparatives, Festschrift für M. Rheinstein, t. I, 1969, pág. 211; *el mismo*, Some reflexions on the value and scope of studies in comparative criminal law, en: *Wisel/Mueller*, Studies in Comparative Criminal Law, 1975, pág. 3; *Anne-Eva Brauneck*, Allgemeine Kriminologie, 1974; *Bundesministerium der Justiz*, Rechtstatsachenforschung Kriminologie, 1974; *Dölle*, Der Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht, DJT-Festschrift, t. II, 1960, pág. 19; *Engisch*, Sinn und Tragweite juristischer Systematik, Studium Generale 1957, 173; *el mismo*, Aufgaben einer Logik und Methodik des juristischen Denkens, Studium Generale 1959, 76; *el mismo*, Methoden der Strafrechtswissenschaft, en: Enzyklopädie der geisteswissenschaftl. Arbeitsmethoden, Methoden der Rechtswissenschaft, Teil I, 1972, pág. 39; *Geerds*, Probleme der Angleichung der europäischen Strafrechtssysteme, en: Bundeskriminalamt, Internationale Verbrechensbekämpfung, 1960, pág. 273; *el mismo*, Die Kriminalität als soziale und wissenschaftliche Problematik, 1965; *Göppinger*, Kriminologie, 3.ª ed., 1976; *Groß/Geerds*, Handbuch der Kriminalistik, 10.ª ed., t. I, 1977; *Grünhut*, Moderne Arbeitsmethoden in der Kriminologie, ZStW 72 (1960), pág. 267; *Hassemer*, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974; *Hellmer*, Kriminalpädagogik, 1959; *Henrici*, Die Begründung des Strafrechts in der neueren deutschen Rechtsphilosophie, 1961; *Herzog*, Les principes et les méthodes de droit pénal comparé, Rev int dr comp 1957, 337; *Huelke*, Kriminaltechnik, HWB Krim, t. II, 1967, pág. 138; *Jescheck*, Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung, 1955; *el mismo*, Rechtsvergleichung im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, ZStW 79 (1967), pág. 128; *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*, European Criminal Law in Development, Festschrift für R. Rie, 1975, pág. 25; *Jescheck/Kaiser*, Das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1975; *Jescheck/Würtenberger* (comp.), Internationales Colloquium über Kriminologie und Strafrechtsreform, 1958; *Johannes*, Zur Angleichung des Straf- und Strafprozeßrechts in der EWG, ZStW 83 (1971), pág. 531; *Kaiser*, Was ist eigentlich kritisch an der "Kritischen Kriminologie", Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 521; *Kaiser/Würtenberger* (comp.), Criminological Research Trends in Western Germany, 1972; *Hilde Kaufmann*, Kriminologie I, 1971; *Klug*, Juristische Logik, 3.ª ed., 1966; *Krauß*, Kriminologie und Strafrecht, en: Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, t. 1, 1973, pág. 233; *Kübler*, Rechtsvergleichung als Grundlagendisziplin der Rechtswissenschaft, JZ 1977, 113; *Kürzinger*, Die Kritik des Strafrechts aus der Sicht moderner kriminologischer Richtungen, ZStW 86 (1974), página 211; *Lange*, Das juristisch-forensisch-kriminologische Grenzgebiet, Handbuch der Neurosenlehre und Psychotherapie, t. V, 1960, pág. 404; *el mismo*, Das Rätsel Kriminalität, 1970; *Leferenz*, Kriminologie und Kriminalpolitik, en: Kriminologische Gegenwartsfragen, Heft 8, 1968, pág. 10; *el mismo*, Die Kriminalprognose, Handbuch der forensischen Psychiatrie, t. II, Teil C, 1972, pág. 1.347; *v. Liszt*, Kriminalpolitische Aufgaben, ZStW 9 (1889), pág. 452; *el mismo*, Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft, Aufsätze und Vorträge, tomo II, 1905, pág. 284; *Maihofer*, Gesamte Strafrechtswissenschaft, Festschrift für H. Henkel, 1974, pág. 75; *Makarewicz*, Einführung in die Philosophie des Strafrechts, 1906; *Mannheim*, Pioneers in Criminology, 2.ª ed., 1972; *el mismo*, Vergleichende Kriminologie (traducción alemana de "Comparative Criminology"), tomo 1, 2, 1974; *el mismo*, Über einige neuere Entwicklungstendenzen in der kriminologischen Forschung, MSchrKrim 1957, 1; *Mergen*, Die Kriminologie, 1967; *Meyer-Cording*, Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?, 1973; *Mezger*, Das Typenproblem in Kriminologie und Strafrecht, 1955; *Mueller*, Gerichtliche Medizin, HWB Krim, t. I, 1966, pág. 274; *Nagel*, "Klassische" und "moderne" *Kriminologie*, ZStW 71 (1959), pág. 114; *Nass*, Der Mensch und die Kriminalität, t. I, 1959; *Otto*, Dogmatik als Aufgabe der Rechtswissenschaft, Internationales Jahrbuch für interdisziplinäre Forschung, t. II, 2, 1975, pág. 116; *Peters*, Grundprobleme der Kriminalpädagogik, 1960; *Ponsold*, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3.ª ed., 1967; *Prokop/Göhler*, Forensische Medizin, 3.ª ed., 1976; *Schneider*, Prognostische Beurteilung des Rechtsbrechers: Die ausländische Forschung, Handbuch der Psychologie, t. 11, 1967, pág. 397; *Schultz*, Strafrechtliche Bewertung und kriminologische Prognose, SchwZStr 75 (1959) (Mélanges O. A. Germann), pág. 245; *Sieverts*, Kriminalpolitik, HWB Krim, t. II, 1967, pág. 1; *Struck*, Dogmatische Diskussion über Dogmatik, JZ 1974, 84; *Vogler*, Die Tätigkeit des Europarats auf dem Gebiet des Strafrechts, ZStW 79 (1967), pág. 371; *el mismo*, Entwicklungstendenzen im internationalen Strafrecht, etc., Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 595; *Welzel*, Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre, JuS 1966, 421; *el mismo*, Zur Dogmatik im Strafrecht, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 3; *E. Wolf*, Fragwürdigkeit und Notwendigkeit der Rechtswissenschaft, 1953; *J. Wolff*, Die Prognose in der Kriminologie, 1971; *Würtenberger* (comp.), Rechtsphilosophie und Rechtspraxis, 1971; *Zweigert*, Rechtsvereinheitlichung, WVR, t. III, 1962, página 74; *el mismo*, Rechtsvergleichung, WVR, t. III, 1962, pág. 79; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, t. I, 1971.

Las Ciencias Penales[1] se ocupan de la investigación, ordenación y exposición de todo el sector de vida que está determinado por la criminalidad y la lucha contra la misma. Se dividen en: **Ciencia del Derecho Penal**, que se ocupa del Derecho Penal material, del Derecho procesal penal y del Derecho de ejecución de la pena (cfr. *supra*, § 3 II) y **Criminología**, cuyo objeto es la realidad del delito, la persona y el mundo circundante del delincuente, la víctima y la forma de control social. Ambas ciencias se complementan a través de ciencias afines, con las que, en cierta medida, se relacionan. Así, las Ciencias Penales se hallan ancladas, por un lado, en las ciencias sociales y, por otro, en las ciencias naturales. Desde el punto de vista de política científica, la principal tarea que se impone en toda esta materia estriba en lograr la unidad de las Ciencias Penales mediante una concepción integradora de las distintas especialidades, un intercambio continuo de sus planteamientos y resultados y una conexión sistemática de todas las disciplinas particulares. Sólo una estrecha y organizada colaboración permite esperar que el Derecho Penal y la Criminología puedan responder a los problemas actuales de un orden social sometido a un cambio vertiginoso. El Derecho Penal sin la Criminología es ciego, la Criminología sin el Derecho Penal inútil.

La unidad orgánica de las partes, superando la unilateralidad de las distintas especialidades, constituyó el gran objetivo de Franz von LISTZ,

1 Cfr., sobre este concepto, más concretamente, *Geerds*, Kriminalität, páginas 20 y ss.

para cuya designación propuso la expresión programática "Ciencia totalizadora del Derecho Penal" ("*gesamte Strafrechtswissenschaft*").[2]

I. La Ciencia del Derecho Penal (Derecho Penal material) y sus disciplinas afines

1. El núcleo de la Ciencia del Derecho Penal es la **dogmática jurídicopenal** (teoría del Derecho Penal), que, partiendo de la Ley penal que constituye su fundamento y límite, elabora el contenido conceptual y la estructura de las proposiciones jurídicas; ordena el material jurídico en un sistema en el que también tienen cabida las sentencias de los Tribunales y las opiniones de la ciencia e intenta hallar nuevos caminos de elaboración conceptual y de sistemática. Mediante la interpretación progresiva del derecho vigente, en base a un examen crítico, a la comparación y a la clasificación de la Jurisprudencia, la dogmática del Derecho Penal, como puente entre la ley y la práctica, sirve a una aplicación del Derecho Penal por los Tribunales igualitaria y en constante renovación, contribuyendo así en alto grado a la Justicia.[3]

Un *sistema de Derecho Penal* no puede deducirse de unos pocos enunciados fundamentales (axiomas) por la vía de una simple inferencia lógica, puesto que toda nueva proposición jurídica, en cuanto posee un contenido propio real presupone siempre una nueva decisión material, que no puede, ciertamente, contradecir las proposiciones superiores, pero tampoco deducirse sin más de las mismas.[4]

Ejemplo: La admisión o rechazo de la indicación médica en el aborto (§ 218a I) no se deduce de la protección del feto como bien jurídico del delito de aborto, sino de la consideración opuesta de que, según la conciencia jurídica de la hora presente, no cabe exigir a la madre el sacrificio de su vida por la del feto.

2 *v. Liszt*, ZStW 9 (1889), pág. 455; *el mismo*, Aufsätze, t. II, pág. 285. El órgano central de la ciencia del derecho penal alemana fundado por este autor en 1881, todavía se llama "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft". Cfr., también, *Maihofer*, Henkel-Festschrift, pág. 87. En la actualidad se ha esforzado en la ubicación sistemática de las ciencias penales, *Würtenberger*, Situation, en especial, págs. 17 y ss. Sobre la unidad de las ciencias penales cfr., *Frey, Graven, Röling*, en: *Jescheck/Würtenberger*, Kriminologie und Strafrechtsreform, 1958. A favor de la separación de las disciplinas, pero con una coordinación de los cometidos *Göppinger*, Kriminologie, pág. 12; *Kaiser*, Kriminologie, páginas 56 y ss.; *Krauss*, Kriminologie und Strafrecht, págs. 233 y ss.; *Mannheim*, Vergleichende Kriminologie, t. 1, págs. 15 y ss. Sobre los ataques al Derecho Penal por parte de la Criminología radical cfr., oben § 1 I 3; además *Kaiser*, Lange-Festschrift, págs. 521 y ss.

3 Cfr. *Welzel*, Maurach-Festschrift, pág. 5; *Hassemer*, Strafrechtsdogmatik, págs. 176 y ss.

4 *Engisch*, Studium Generale 1957, 173. Sobre el método de interpretación, *el mismo*, Methoden der Strafrechtswissenschaft, págs. 46 y ss.

La dogmática jurídicopenal precisa, por tanto, para la formación del concepto y del sistema, no sólo de la lógica jurídica *formal*, que se limita a dictar las reglas según las cuales debe producirse la argumentación jurídica,[5] sino también de una **lógica material** que argumente a partir de los valores protegidos con ayuda de consideraciones jurídicas en cuanto a su contenido, y conduzca por esta vía a la creación y fundamentación de nuevas proposiciones jurídicas.[6] La lógica material contiene las razones argumentales que se desprenden del orden de valores para una decisión objetiva que aparezca como correcta por su contenido desde la perspectiva de la Justicia y de la eficacia político-criminal, o, por lo menos, como sostenible.

Ejemplo: El robo cualificado (§ 250) es, según la lógica formal, un supuesto especial del robo (§ 249), y según la lógica material una cualificación basada en la peligrosidad del modo de comisión, en la gravedad de las consecuencias o en el hecho de cometerse el delito por medio de una banda, que justifica la imposición de una pena mucho más grave.

La dogmática jurídicopenal no sólo tiene una importancia teórica, sino también práctica. En la Administración de la Justicia Penal intervienen las más dispares funciones y profesiones, representadas por personas dotadas de la más diversa formación y orientación de intereses: jueces, fiscales, defensores, funcionarios de Policía, peritos, funcionarios de prisiones, psiquiatras, psicólogos, sociólogos, asistentes sociales, auxiliares de vigilancia, periodistas encargados de la crónica judicial. Todos ellos precisan de una misma forma de pensamiento y de argumentación para que la aportación de cada uno pueda ser reducida a un denominador común que permita su consideración comprensible. La dogmática jurídicopenal es la que levanta el edificio teórico dentro del cual todos se encuentran o pueden encontrarse en un terreno propio.[7] Ante la rápida evolución de la dogmática en concretos sectores y los ataques al Derecho Penal provenientes del exterior, es una importante misión de la Ciencia mantener la **unidad del sistema jurídicopenal.**

2. La dogmática jurídicopenal se sirve de la ayuda de *otras disciplinas de la Ciencia jurídica*, que le proporcionan planteamientos propios, métodos especiales y nuevos conocimientos.

a) La *Historia del Derecho Penal* amplía la visión del dogmático

5 *Klug*, Logik, págs. 1 y ss.

6 *Engisch*, Studium Generale 1959, 76.

7 Una sugestiva valoración de la dogmática alemana de los últimos cien años ofrece *Welzel*, JuS 1965, 421 y ss. Sobre la esencia y valor de la dogmática cfr., además, *Otto*, Internat. Jahrbuch 1975, 116 y ss. Sobre la discusión dogmática en Derecho civil, que tiene lugar de forma tan distinta, cfr. *Meyer-Cording*, Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein? 1973, así como *Struck*, JZ 1974, páginas 84 y ss.

hacia el pasado.[8] Hace revivir las grandes etapas de evolución del Derecho y sus ideas rectoras, investiga los cambios experimentados por la legislación, revive las figuras de los grandes juristas, sus obras y escuelas, intenta esclarecer las formas de aparición del delito en siglos anteriores y crea, de este modo, la infraestructura sobre la que descansa la ciencia del derecho vigente. La *Historia de los dogmas* constituye un importante complemento de la dogmática jurídicopenal: muestra el nacimiento y el declive de las opiniones doctrinales a la luz del trasfondo ideológico de su tiempo, persigue la evolución de particulares instituciones jurídicas (por ej., el desarrollo del concepto de imputación objetiva o de culpabilidad) a través de los siglos, uniendo de este modo la labor jurídica de las distintas generaciones y suministrando argumentos para la interpretación y la reforma del Derecho vigente. Como historia dogmática comparada sirve de puente al Derecho Penal comparado.

b) Junto a la Historia del Derecho Penal, la dogmática se halla vinculada ante todo a la **Filosofía del Derecho,** que aparece también de forma independiente como Filosofía del Derecho Penal.[9] La Filosofía del Derecho se esfuerza en elaborar los criterios según los cuales puede enjuiciar el dogmático si las proposiciones del Derecho vigente son compatibles con los presupuestos naturales del orden social *(naturaleza de las cosas)* y con las ideas valorativas de la ética social *(derecho natural)* o, en su caso, de qué forma deben modificarse.[10] La Filosofía del Derecho ha de probar, pues, "el verdadero carácter vinculante de la pura positividad del Derecho que aparece históricamente, para conseguir que no rija fácticamente lo que no puede obligar éticamente".[11] La Filosofía del Derecho libera, de esta forma, la dogmática jurídicopenal del dominio del positivismo y le permite hallar la necesaria síntesis que posibilita la concordancia del Derecho positivo, necesariamente imperfecto por el hecho de serlo, con la "idea del Derecho correcto".

Ejemplo: En este sentido, la despenalización del aborto realizado dentro de las doce primeras semanas (§ 218a del texto dado a conocer el 18-6-75, BGBl. I, pág. 1.297) declarada nula por el BVerfG 39, 1, fue también sobre todo una cuestión jurídico-filosófica.

c) Historia del Derecho y Filosofía del Derecho han dirigido desde hace tiempo la atención del jurista al **Derecho comparado.** El

8 Cfr. la breve caracterización que de la Historia del Derecho Penal se hace *infra* § 10.

9 Cfr. el libro, escrito en alemán, del erudito y legislador polaco *Makarewicz,* Einführung in die Philosophie des Strafrechts, 1906; además *Henrici,* Die Begründung des Strafrechts in der neueren deutschen Rechtsphilosophie, 1961.

10 Cfr. los planteamientos de *Henkel,* Rechtsphilosophie, págs. 523 y ss.; además, *Würtenberger,* Rechtsphilosophie und Rechtspraxis, 1971.

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

Derecho Penal comparado, nacido de la unidad del pensamiento jurídicopenal europeo en la época de la Ilustración, jugó ya en el siglo XIX un importante papel en la reforma del Derecho Penal material, siguiendo el modelo del *Code pénal* francés de 1810, primero; en la adopción de instituciones jurídicas francesas e inglesas en la reforma del proceso penal, después; y finalmente, como guía de la moderna política criminal.[12] Hoy se ha convertido en un método universal de la ciencia del derecho que se aplica internacionalmente y se utiliza para distintos fines, habiendo conseguido el rango de verdadera especialidad.[13] El Derecho comparado parte metódicamente de la cuestión de cómo el derecho extranjero resuelve un determinado problema social que el derecho nacional intenta afrontar. Primero se esfuerza en esclarecer el punto de vista de uno o varios derechos extranjeros sobre la cuestión planteada. Sólo entonces comienza el verdadero trabajo comparativo, que debe clarificar las coincidencias y diferencias existentes entre las estructuras jurídicas, investigar las razones que las explican y llevar a cabo una valoración crítica de los resultados obtenidos. El derecho comparado, como toda ciencia, sirve, en primer lugar, al conocimiento, pero al propio tiempo, contribuye a importantes fines prácticos. Entre estos fines prácticos está la propia actividad legislativa penal que en ningún proyecto de importancia puede desatender los trabajos iuscomparatistas, pues sólo por medio de un conocimiento completo de lo que rige en el extranjero se llega a obtener "la provisión de soluciones" *(Zitelmann)* disponibles para una determinada misión social (sobre los trabajos previos iuscomparatistas de la Gran Reforma del Derecho Penal cfr. ed. anterior, págs. 80 y ss.). El Derecho comparado puede, además, emplearse en la interpretación del propio derecho cuando éste se basa en el derecho extranjero o manifieste la misma problemática. (Un *ejemplo* ofrecen los elementos del asesinato del § 211 II, cfr. BGB 9, 385 [387], nota marginal *Jescheck,* JZ 1957, 386.) El derecho comparado sirve, además, a la preparación de la unificación del derecho,[14] tal como viene trabajándose en el Consejo de Europa en pro del mejoramiento cualitativo y de la organización de la cooperación inter-

12 *Jescheck,* ZStW 79 (1967), págs. 128 y ss.; *el mismo,* ZStW 86 (1974) páginas 761 y ss. Una importante ayuda para el estudio del Derecho Penal comparado es la obra *Jescheck/Löffler,* Quellen und Schrifttum des Strafrechts, t. I (Europa) 1972, t. II (Estados no europeos) 1978 (que actualmente está apareciendo).

13 En general, sobre Derecho Comparado: *Ancel,* Rheinstein-Festschrift, tomo I, págs. 211 y ss.; *el mismo,* en: *Wise/Mueller,* Studies, págs. 3 y ss.; *Dölle,* DJT-Festschrift, t. II, págs. 19 y ss.; *Zweigert,* WVR, t. III, págs. 79 y ss.; *Zweigert/Kötz,* Einführung, Teil A; *Kübler,* JZ 1977, 113 y ss. Sobre Derecho Penal Comparado: *Jescheck,* Entwicklung, páginas 36 y ss.; *Jescheck/Kaiser,* Max-Planck-Institut, págs. 3 y ss., 10 y ss.; *Ancel,* Rev. int. dr. comp., 1949, 511; *Herzog,* Rev. int. dr. comp., 1957, 337. Cfr. además los datos bibliográficos en *Jescheck/Löffler,* Quellen und Schrifttum des Strafrechts, t. I, págs. 3 y ss.

14 Sobre esto, *Zweigert,* WVR, t. III, pág. 74.

nacional en la Administración de la Justicia Penal.[15] Por último, el Derecho comparado ha hecho surgir una colaboración científica entre los pueblos que une a numerosos eruditos y prácticos de los más distintos países y encuentra sobre todo su expresión en la animada vida científica de las sociedades jurídicopenales internacionales.[16]

II. La Criminología y sus disciplinas afines

1. Mientras que la Ciencia del Derecho Penal con sus disciplinas afines representan la componente *normativa* de las Ciencias Penales, la **Criminología**[17] es una ciencia *fáctica* que se sirve de los métodos de distintas ciencias de la naturaleza y sociales y puede, por ello, caracterizarse como un "sector científico interdisciplinario".[18] La Criminología se ocupa de la personalidad del delincuente, de su desarrollo, de sus características físicas y psíquicas y de sus posibilidades de educación, así como de las formas de aparición del delito, de sus causas, de su significación tanto para la sociedad como para la vida del individuo y, finalmente, de la forma de incidencia de los medios de reacción juridicopenales, sin que, sin embargo, quede vinculada al concepto de hecho punible en sentido jurídico. Según el objeto de la investigación se distingue entre *Antropología criminal*, que se divide en *Biología criminal* (investigación de la constitución y psiquiatría criminal) y *Psicología criminal*, y *Sociología criminal*. La Criminología partió de la descripción de las formas de aparición del delito y se orientó luego en especial a la investigación de sus causas (disposición y medio ambiente), que desembocó en las teorías de los tipos de autor.[19] Hoy se estudia, sobre todo, el delito en su encuadre social. La Criminología actual se ocupa, además, de los métodos de tratamiento y de reacción jurídicopenales y de su eficacia sobre los condenados (prevención especial).[20] En primer término se hallan en la actualidad la estrategia y táctica de las instancias de control social (Policía, Fiscalía, Tribunal), el papel de la víctima del delito *(victimología)*, el comportamiento denunciador de la población y el efecto

15 Sobre esto, *Vogler*, ZStW 79 (1967), págs. 371 y ss.; *el mismo*, Maurach-Festschrift, págs. 595 y ss.; también, *Geerds*, Angleichung, pág. 273; *Johannes*, ZStW 83 (1971), págs. 531 y ss.

16 Con mayor detalle, *Jescheck*, Entwicklung, págs. 16 y ss. Cfr. la exposición ordenada de los Congresos Internacionales en *Jescheck/Löffler*, Quellen und Schrifttum des Strafrechts, t. I, págs. 8 y ss.

17 La designación proviene del título de la obra fundamental del italiano *R. Garofalo*, Criminologia, 1.ª ed., 1885. La Criminología es, sin embargo, anterior, cfr. *Nagel*, ZStW 71 (1959), pág. 114.

18 Así *Göppinger*, Kriminologie, págs. 122 y ss.; *Kaiser*, Kriminologie, páginas 54 y ss. Cfr., además, *Grünhut*, ZStW 72 (1960), pág. 267; *Krauss*, Kriminologie und Strafrecht, págs. 239 y ss.

19 *Mannheim*, MSchrKrim 1957, 1; *Mezger*, Das Typenproblem, págs. 10 y ss.; *Nass*, Der Mensch und die Kriminalität, t. 1, págs. 45 y ss.

20 Cfr. *Sieverts*, HWB Krim., t. II, págs. 1 y ss.

de la Administración de Justicia Penal en la conciencia jurídica de la comunidad (prevención general).

Tras las equivocadas tendencias que pretendían la eliminación del Derecho Penal de la lucha contra el delito,[21] la "Criminología comprensiva" tiende hoy un puente a una dogmática jurídicopenal basada en el principio de culpabilidad y, por tanto, en la idea de responsabilidad:[22] mantiene vigente la conciencia de libertad del hombre como realidad psicológica, considera la responsabilidad del delincuente por el hecho punible como una de las bases de la convivencia humana y proporciona, sobre esta base, a la Ciencia del Derecho Penal el material empírico que necesita. Así concebida, la colaboración con los criminólogos es para el jurista imprescindible; no sólo se convierte él mismo en objeto de una investigación empírica fructífera, sino que la Criminología le suministra los conocimientos obtenidos de la realidad, que se precisan para la legislación con objeto de que las proposiciones jurídicas sean "ajustadas a la realidad". Le da su consejo especializado en los cometidos diarios de la Administración de la Justicia penal y le ofrece, en especial, con la Prognosis criminal[23] un importante auxiliar para advertir a tiempo al delincuente reincidente, para precaver a quienes han cometido un simple tropiezo de las consecuencias perniciosas de la privación de libertad y para poder decidir en forma correcta todas las cuestiones relativas a la puesta en libertad de los reclusos. En la reciente historia del Derecho Penal hay que agradecer a la Criminología decisivos progresos políticocriminales. El Derecho Penal de jóvenes, la limitación de la pena de privación de libertad, la reforma de la pena pecuniaria, la condena y la libertad condicional, la asistencia durante el período de prueba, la amonestación con reserva de pena, las medidas (en especial el establecimiento de terapia social) y la reforma del cumplimiento de la pena son en gran medida exigencias que se han deducido del trabajo de investigación de la Criminología. Para conseguir un tratamiento más eficaz del delincuente, la Pedagogía criminal busca a marchas forzadas una solución científica al problema de la educación de los adultos.[24] De modo relevante ha contribuido con grandes progresos el Derecho comparado, facilitando el conocimiento de las regulaciones extranjeras. La teoría de la Criminología dis-

21 Sobre esto, *Lange*, Handbuch der Neurosenlehre, págs. 404 y ss.; *el mismo*, Rätsel Kriminalität, págs. 264 y ss.; *Kürzinger*, ZStW 86 (1974), páginas 211 y ss.

22 La idea de la superación de las antinomias entre Derecho Penal y Criminología la desarrolla *Welzel* a través de la teoría de la doble determinación del hombre, *Welzel*, Das neue Bild, págs. 46 y ss.; cfr. sobre ello, también, *Leferenz*, Kriminologie und Kriminalpolitik, págs. 10 y ss.

23 Sobre esto, *Leferenz*, Handb. d. forens. Psychiatrie, t. II, págs. 1.347 y ss.; *Schultz*, SchwZStr 75 (1959), pág. 245; *Wolff*, Die Prognose, págs. 87 y ss.; *Schneider*, Handbuch, págs. 397 y ss.

24 Cfr. *Hellmer*, Kriminalpädagogik, págs. 64 y ss.; *Peters*, Grundprobleme, págs. 190 y ss.

pone hoy en lengua alemana de numerosas exposiciones orientadas en distintas direcciones (cfr., por ejemplo, *Anne-Eva Brauneck, Eisenberg, Göppinger, Kaiser, Hilde Kaufmann, Mannheim, Mergen, Schneider*). El programa alemán de investigación criminológica es apretado y empieza a separarse de los modelos americanos.[25]

2. También la Criminología se sirve de *disciplinas afines* que, en parte, llegan a confundirse con la propia Criminología entendida en sentido amplio.

a) **La Criminalística**[26] (así denominada por su fundador austríaco, *Hans Gross*) es la técnica científica empleada para el esclarecimiento de los delitos y la averiguación de sus autores (Táctica criminal, búsqueda de huellas, toma de huellas dactilares, métodos de investigación química, física y microscópica, participación de la prensa, radio y televisión en la investigación). Se cultiva de forma especial por la policía criminal (Departamento Criminal federal, departamentos criminales de los Landes, escuelas de policía), pero debería ser también objeto de la formación de jueces, fiscales y defensores.[27]

b) ***La Medicina forense***[28] constata los efectos de las agresiones punibles sobre el cuerpo humano (investigación de las causas de la muerte, estudio médico de las huellas, comprobación de delitos de aborto y contra la honestidad, toxicología forense) e interviene en el esclarecimiento de los accidentes de tráfico, particularmente mediante la determinación del alcohol en sangre.

* * *

La exposición que Jescheck *hace de las Ciencias Penales refleja, a grandes rasgos, el panorama todavía dominante en ellas: Por un lado, una Ciencia del Derecho Penal que estudia el delito y sus consecuencias jurídicas como un fenómeno jurídico regulado y previsto por normas jurídicas que hay que interpretar y aplicar. De esta tarea se ocupa la Dogmática jurídico-penal, a la que acompañan otras disciplinas jurídicas como la Historia del Derecho, la Filosofía del Derecho y el Derecho comparado (I). Por otro lado, una Criminología que se ocupa exclusivamente del delito como fenómeno social y biopsicológico, analizando sus causas y proponiendo remedios para evitarlo o, por lo menos, controlarlo (II).*[1]

25 Una visión de conjunto ofrece el informe del Ministerio Federal de Justicia "Rechtstatsachenforschung Kriminologie", 1974. Cfr. además, *Kaiser/Würtenberger*, Criminal Research Trends, 1972, así como *Kaiser/Schack/Schellhoß*, Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 1974.

26 Cfr. sobre ello, *Gross/Heerds*, Handbuch der Kriminalistik, 1977.

27 Sobre el procedimiento de la Criminalística, cfr. *Huelke*, Kriminaltechnik, HWB Krim, t, II, págs. 138 y ss.

28 *Mueller*, HWB Krim, t. I, págs. 274 y ss.; *Ponsold*, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3.ª ed., 1967; *Prokop/Göhler*, Forensische Medizin, 1976.

1 Cfr. también *Muñoz Conde*, Introducción al Derecho Penal, Barcelona, 1975, pp. 101 y ss.

Pero esta situación comienza poco a poco a modificarse, tanto por lo que se refiere a la Ciencia del Derecho Penal propiamente dicha o Dogmática jurídico-penal, como también por lo que se refiere a la Criminología. Por un lado, se pide la inclusión en la dogmática de los problemas político-criminales. Así, por ej., dice Roxin, *principal representante de esta dirección, que "los problemas político-criminales forman parte del contenido propio de la teoría general del delito" y que las tradicionales categorías de la teoría del delito "deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse, desde un principio, bajo el prisma de su función político-criminal".*[2] *Sólo de este modo, es posible evitar el abismo existente entre Dogmática jurídico-penal y Política Criminal que hace sea válido desde el punto de vista dogmático lo que no lo es desde el punto de vista político, y a la inversa.*[3]

Una transformación más radical que la Ciencia del Derecho Penal ha experimentado en los últimos años la Criminología. El pensamiento criminológico tradicional partía del Derecho Penal positivo, aceptando de él sus pautas y valoraciones. Al pensamiento criminolgógico tradicional sólo le preocupaba analizar las causas de la delincuencia y la personalidad de los individuos que se convertían en delincuentes por infringir las normas jurídico-penales. La Nueva Criminología, también llamada Criminología Crítica, centra, en cambio, su atención en el proceso de criminalización mismo y en la crítica del Derecho Penal como medio de control social al servicio de una ideología y de determinados intereses.[4]

Aun reconociendo lo fundado de algunas de las críticas que la Nueva Criminología hace al Derecho Penal, es absurdo negar la legitimidad de la Dogmática jurídico-penal como una de las formas válidas de enfrentarse con la cuestión criminal. En tanto exista el Derecho Penal, será precisa una actividad que se ocupe de él, de interpretarlo, de sistematizarlo y de controlarlo. Aun admitiendo que el Derecho Penal sea un derecho clasista y precisamente por eso, debe ser bien acogido todo lo que signifique limitarlo y controlarlo en beneficio de una mejor y más democrática convivencia. Lógicamente la Dogmática jurídico-penal no puede por sí sola conseguir esta meta, pero sí puede, mediante la crítica, poner de relieve las contradicciones del sistema y las dificultades existentes para lograr las metas que teóricamente se asignan a ese sistema. Éste es el significado profundo y, en cierto modo, revolucionario de una Dogmática crítica del Derecho Penal.[5]

2 *Roxin*, Política criminal y sistema del Derecho Penal, traducción e introducción de *F. Muñoz Conde*, Barcelona, 1972, p. 40.

3 Cfr. *Muñoz Conde*, Introducción a la obra de Roxin anteriormente citada, página 5.

4 Cfr. *Taylor, Walton* y *Young*, La nueva criminología, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1975; *Baratta*, Criminología crítica y política penal alternativa, en Revue Internationale du Droit Pénal, 1978, núm. 1 (que recoge las comunicaciones habidas en el Primer Coloquio Regional Español celebrado en Madrid-Plasencia, del 19 al 23 de octubre 1977), pp. 43 y ss.; *Aniyar de Castro*, Criminología de la reacción social, Maracaibo, 1977.

5 Cfr. *Muñoz Conde*, Introducción al Derecho Penal, cit., pp. 183 y ss. Un resumen de este punto de vista puede verse en *Muñoz Conde*, Pour une science critique du Droit Pénal, comunicación al Symposium Internacional de Jóvenes Penalistas celebrado en Varna (Bulgaria), 1977 (la versión española de este artículo ha aparecido en Doctrina Penal, año 2, enero-marzo 1979, núm. 5 pp. 33

y ss.; hay también traducción portuguesa de Ester Kosovski, publicada en Revista de Direito Penal, núm. 24, janeiro-dezembro, 1977, pp. 93 y ss.). Cfr. también *Mir Puig*, Introducción a las bases del Derecho Penal, Barcelona 1977, páginas 299 y ss.; *el mismo*, Dogmática creadora y política criminal, en Revue Internationale de Droit Pénal, ant. cit., pp. 215 y ss. Sobre la legitimidad de la Dogmática jurídico-penal, cfr. *Gimbernat Ordeig*, Estudios de Derecho Penal, Madrid, 1976, pp. 57 y ss. Recientemente sobre el tema *Baratta*, Criminología e dogmática penale, en la Questione Criminale, Anno V, núm. 2, maggio-agosto 1979, pp. 147 y ss. También *Grosso Galván*, Nueva Criminología y Dogmática jurídico-penal, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 10, 1980, pp. 47 y ss.

PRIMERA PARTE

LA LEY PENAL

El Derecho Penal alemán, a diferencia de lo que en buena medida sucede todavía en el Derecho Penal inglés (no así en el americano), no se basa en el Derecho consuetudinario, sino en la ley. El texto del StGB da comienzo con la formulación del principio de legalidad (§ 1) que, según el art. 103 II GG, constituye una garantía constitucional. De ahí que el *fundamento* de la dogmática jurídicopenal alemana sea la *ley penal*. Todas las afirmaciones que se efectúen de *lege lata* sobre las proposiciones y conceptos jurídicos del Derecho Penal, han de poder deducirse de la ley o, por lo menos, ser compatibles con ella. De la misma forma, la realización práctica de la Justicia Penal ha de tener lugar exclusivamente sobre la base y dentro del marco fijado por la ley. La exposición científica del Derecho Penal alemán vigente tiene, por ello, que partir de la ley penal.

CAPÍTULO 1.º

LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA LEY PENAL

La Ley penal se compone, como toda proposición jurídica que no contenga sólo una definición, de un **supuesto de hecho** y de una **consecuencia jurídica** que otorga derechos o impone deberes. En el supuesto de hecho tiene lugar la descripción de un determinado suceso en sus elementos jurídicamente relevantes. La consecuencia jurídica se halla prevista para el caso de que se cumpla el supuesto de hecho.[1]

Ejemplos: Quien lesione antijurídicamente, con dolo o imprudencia, la vida, la integridad corporal, la salud, la libertad, el patrimonio, o cualquier otro derecho de otra persona, está obligado a la reparación del daño causado (§ 823 I BGB). El que matare a otro dolosamente será castigado como homicida con una pena privativa de libertad de duración no inferior a 5 años (§ 212 I), si la muerte se produce por imprudencia, se impondrá una pena privativa de libertad inferior a 5 años o multa (§ 222). En tanto que el homicidio por imprudencia determina a la vez consecuencias jurídico-civiles y jurídico-penales, los daños materiales causados por imprudencia no llevan aparejada la imposición de una pena, sino sólo el deber de reparar el daño causado (cfr. § 303 en rel. con § 15).

Lo específico de las proposiciones jurídicopenales es que su supuesto de hecho tiene por objeto la descripción de un delito y sus consecuencias jurídicas son penas o medidas. Los conceptos jurídico-penales fundamentales de *delito, pena* y *medida* (cfr. *supra,* § 2 II, 1) constituyen, por consiguiente, los elementos integrantes de la Ley penal.

§ 7 *El delito*

I. El delito como injusto merecedor de pena

Beling, Methodik der Gesetzgebung, insbes. der Strafgesetzgebung, 1922; *Binding,* Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, t. I, 1915; *Grünhut,* Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Festgabe für R. v. Frank, t. I, 1930, pág. 1; *Hassemer,* Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973; *Hegler,* Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915), pág. 19; *Leferenz,* Wilhelm Gallas' "Gedanken zum Begriff des Verbrechens" aus kriminologischer Sicht, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 65; *A. Merkel,* Von dem Ver-

1 *Engisch,* Einführung, págs. 12 y ss.

hältnis des strafbaren Unrechts zum Zivilunrecht, Kriminalistische Abhandlungen, t. I, 1867, pág. 1; *Müller-Dietz*, Strafe und Staat, 1973; *Röhl*, Rechtsgeltung und Rechtswirksamkeit, JZ 1971, 576; *Zipf*, Kriminalpolitik, 1973.

1. Delito es todo aquel comportamiento humano que el Ordenamiento jurídico castiga con una pena. Una definición *formal* de delito como ésta no dice, sin embargo, cuándo un hecho merece ser castigado penalmente. El legislador sólo puede acudir al Derecho Penal cuando la protección jurídica mediante la pena, la más grave forma de reacción que el Estado posee para asegurar la convivencia humana en la Sociedad, resulte imprescindible (cfr. *supra*, § 1 I, 2). Es preciso, por ello, indagar cuáles son los presupuestos *materiales* de los que depende el "*sí*" *de la pena* **(concepto material de delito).**[2] Por de pronto, puesto que la pena supone la desaprobación pública de una infracción *del Derecho* y la imposición de un mal *merecido* (cfr. *supra*, § 2 II, 1), el *injusto* y la *culpabilidad* han de constituir los elementos esenciales del delito. No obstante, no todo injusto culpable se castiga, ni siquiera aunque se trate de proteger de forma inmediata la colectividad, pues el Ordenamiento jurídico dispone de muchas otras formas de reacción distintas a la pena.

Ejemplos: Quien incumple culpablemente un contrato o daña imprudentemente una cosa ajena, debe reparar el daño causado (ilícito *jurídico civil*). Quien origina un peligro relevante para bienes jurídicos protegidos por normas de policía, tiene que soportar medidas de carácter policial (ilícito de *policía*). Quien comete en calidad de órgano estatal un delito de Derecho internacional, no responde personalmente, sino que es el Estado el que, en su lugar, debe prestar una reparación (ilícito *jurídico internacional*).

a) El delito no se distingue de las demás infracciones del Derecho Civil y del Derecho Público *de forma cualitativa*, sino sólo *cuantitativa*.[3] La intervención del Derecho Penal viene requerida por una *necesidad más elevada de protección* de la colectividad y, en consecuencia, el delito ha de encerrar un injusto y una culpabilidad más elevados: **el delito es un injusto merecedor de pena.** Esto supone que la pena debe reservarse para los casos en que constituya el único medio de protección suficiente del orden social frente a los ataques

2 Cfr. sobre lo siguiente *Binding*, Abhandlungen, t. I, págs. 83 y ss. ("una cuestión poco tratada hasta la fecha"); *Sax*, Grundsätze, págs. 923 y ss.; *Sauer*, Allgemeine Strafrechtslehre, págs. 19 y ss.; *H. Mayer*, Lehrbuch, págs. 50 y ss.; *Hegler*, ZStW 36 (1915), págs. 27 y ss.; *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, págs. 198 y ss.; *Müller-Dietz*, Strafe und Staat, págs. 46 y ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 28 y ss.; *SK (Rudolphi)*, § 1 Vorbem. 1; *Zipf*, Kriminalpolitik, págs. 66 y ss. Lo que se mantiene en el texto se basa en *Gallas*, Beiträge, págs. 6 y ss., con el que también está, en principio, de acuerdo desde el punto de vista del criminólogo *Leferenz*, Gallas-Festschrift, págs. 76 y ss.

3 *A. Merkel*, Abhandlungen, págs. 3 y ss.; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 145.

relevantes (necesidad de pena) (cfr. *supra*, § 1 I, 2). La necesidad de pena presupone, sin embargo, el merecimiento de pena del hecho. Para decidir esto último es decisivo determinar, en primer lugar, el valor del bien jurídico protegido. Los bienes jurídicos se hallan constituidos por especiales bienes vitales para la comunidad tutelados jurídicamente. Los objetos protegidos por un precepto penal se llaman, por el contrario, objetos de la acción o del ataque (cfr. en detalle *infra*, § 26 I). El **desvalor del resultado** propio del delito reside en la lesión o puesta en peligro de un objeto de la acción. El valor del bien jurídico protegido no decide, sin embargo, por sí solo, la cuestión de "**si**" es precisa la pena estatal.

Ejemplos: El incumplimiento culpable de un contrato permanece impune, incluso en el caso de que el perjuicio causado a la otra parte importe varios millones, mientras que la más pequeña estafa se castiga con pena. El carácter engañoso del hecho es lo que hace merecedor de pena el perjuicio patrimonial que supone la estafa, en tanto que el sólo incumplimiento contractual puede dejarse al terreno de las sanciones jurídico-civiles porque el deudor en todo caso está expuesto a la acción del acreedor y puede ser objeto de un embargo.

b) **Además del valor del bien jurídico protegido, determina el merecimiento de pena de un hecho la** *peligrosidad* **del ataque al objeto de la acción en que se encarna el correspondiente bien jurídico (desvalor de la acción). La forma y la intensidad de la acción por la que se produce la agresión han de ser tales, que** *sólo* **el grave juicio de desvalor, que la comunidad efectúa mediante la pena pública, es suficiente para caracterizar el hecho como ataque inadmisible a la paz social. En tercer lugar, debe añadirse la concurrencia de un determinado grado de reprobabilidad de la** *actitud interna del autor* **(desvalor de la actitud interna),** ya que el hecho se hace sólo merecedor de la grave desaprobación moral que representa la pena pública cuando al propio tiempo resulta altamente inmoral. La concurrencia de los tres momentos indicados — el valor del bien jurídico protegido, la peligrosidad del ataque y la reprobabilidad de la actitud interna del autor — convierten el hecho en un "ejemplo insoportable" *(H. Mayer)* que sería un mal precedente si el Estado no lo atajase mediante la pena.

Ejemplos: No se castiga los daños imprudentes, aunque se trate de importantes valores y éstos, por ej. en el tráfico rodado, se lesionen de forma temeraria (cfr. § 303 en rel. con el § 15), porque no manifiestan un desvalor de la actitud interna suficiente para el merecimiento de pena. Pero si concurren una crasa infracción de las normas de tráfico y una grave desconsideración basta ya para la punibilidad la sola puesta en peligro de cosas ajenas de importante valor (§ 315c I 2, III). La nueva redacción de la Ley del Opio de 10-1-1972 (BGBl. I, 1) somete ya, por el contrario (de forma

excesiva), bajo pena la mera "posesión" de estupefacientes (§ 11,1, número 4).

Puesto que el merecimiento de pena depende de tres variables (valor del bien jurídico, peligrosidad del ataque y reprobabilidad de la actitud interna del autor), varía de un ordenamiento jurídico a otro y de una época a otra el concepto material de delito. En las Ordenanzas de policía del Reich del siglo XVI se castigaba penalmente el mero yacimiento extramatrimonial, mientras que desde la Ilustración el Derecho Penal liberal se limita normalmente a sancionar aquellos delitos contra las costumbres que lesionan o ponen en peligro especiales bienes jurídicos (por ej., libertad, juventud o moral pública). En Francia no es punible el incesto, que en Alemania se castiga con pena privativa de libertad (§ 173). La estafa requiere en aquel país la presencia de maquinaciones reprobables (art. 405 Código Penal), mientras que en el Derecho alemán es suficiente con el mero engaño (§ 263). A pesar, sin embargo, de las oscilaciones históricas y de las diferencias que median entre los países, existe un importante número de delitos como el homicidio doloso, el hurto, la violación, el incendio, que se castigan en todo tiempo y lugar, porque responden a comunes concepciones valorativas y necesidades de protección de la colectividad. La decisión legislativa por la que una determinada acción se prohíbe bajo pena, posee importantes consecuencias: la amenaza de la pena impregna la conciencia jurídica de la comunidad (cfr. por ej. la legislación medieval sobre la paz territorial), del mismo modo que la deteriora la creación o mantenimiento de preceptos penales carentes de arraigo en la conciencia jurídica del pueblo que en la práctica resultan, por ello, de imposible aplicación (de ahí que sea problemática la eficacia de la prohibición penal del aborto en las doce primeras semanas de embarazo establecida por el Tribunal Federal Constitucional — BVerfGE, 39,1).[4]

2. También el **"cómo" de la amenaza penal** depende de los mismos puntos de vista, sólo que aquí el *valor del bien jurídico protegido* tiene una mayor importancia como baremo independiente. Decisivos son además la entidad del perjuicio del objeto de la acción (lesión o puesta en peligro), la peligrosidad de los medios que el delincuente ha empleado y el grado de reprobabilidad de su actitud interna (dolo o imprudencia, motivos de hecho).[5]

Ejemplos: El homicidio se castiga más gravemente que los daños materiales. Normalmente, la tentativa es menos merecedora de pena que la consumación, porque no se produce la lesión del objeto de la acción y en la tentativa inidónea ni siquiera aparece una puesta en peligro. Sin embargo, en el caso concreto, este minus puede compensarse por la peligrosidad de la forma de comisión o por la reprobabilidad de la actitud interna (de ahí que el § 23 II sólo establezca una atenuación facultativa). El asesinato (§ 211), el homicidio a petición (§ 216) y el infanticidio (§ 217)

4 Sobre el problema de la efectividad de las normas jurídicas cfr. *Röhl*, JZ 1971, 576.

5 Bajo el concepto de "contenido criminal" comprende *Grünhut*, Methodische Grundlagen, págs. 9 y ss., la totalidad de estos elementos.

cuyas conminaciones penales están fuertemente diferenciadas, no se distinguen por el valor del bien jurídico protegido, sino por el grado de peligrosidad del ataque y de reprobabilidad de la actitud interna del delincuente. Los delitos dolosos y los imprudentes se distinguen siempre como claros grados del injusto y de la culpabilidad en la conminación penal (cfr. el § 212 y el § 222).

II. El carácter fragmentario y accesorio del Derecho Penal

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 y siguientes; *Lampe*, Eigentumsschutz im künftigen Strafrecht, en: *Müller-Dietz* (comp.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, pág. 59; *Maiwald*, Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts, Festschrift für R. Maurach, 1972, página 9; *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930; *E. Wolf*, Der Sachbegriff im Strafrecht, RG-Festgabe, 1929, pág. 44.

1. Según una famosa frase de *Binding* el Derecho Penal tiene **carácter fragmentario,**[6] pues no encierra un sistema exhaustivo de protección de bienes jurídicos, sino que se limita a elegir, conforme al criterio del "merecimiento de pena", determinados puntos esenciales (cfr. *supra*, § 7 I, 1). Mientras que *Binding* sentía esta autolimitación del legislador penal como "grave defecto de su obra", se considera actualmente como un mérito y como distintivo del Estado liberal de Derecho el que se reduzca la penalidad a aquellas acciones que, por su peligrosidad y reprobabilidad, exigen y merecen en interés de la protección social inequívocamente la tacha de la pena pública[7] (cfr. *supra*, § 1 I, 2).

2. *Binding* consideraba además que el Derecho Penal, por ser un Derecho eminentemente protector, era una **"rama accesoria del Derecho".**[8] Esta frase encierra ciertamente una exacta alusión a la profusión de bienes jurídicos que "están esparcidos en todos los ámbitos del Derecho", pero no debe malinterpretarse como si el Derecho Penal sólo añadiera su carácter prohibitivo a un Ordenamiento jurídico previamente creado e imaginado como permisivo. Al contrario, el Derecho Penal es la forma históricamente más antigua en la que aparece reflejado el Derecho en general y todavía hoy regula autónomamente amplios sectores como por ejemplo la protección de la vida, de la libertad, del honor o de la moral sexual, sin tener que recurrir a los conceptos de otras ramas del Ordenamiento jurídico.

6 *Binding*, Lehrbuch Bes. Teil, págs. 20 y ss.

7 Cfr. *Maiwald*, Maurach-Festschrift, pág. 22. Más allá del carácter fragmentario va el principio de subsidiariedad, que no sólo acentúa el aspecto liberal sino también el social del Estado de Derecho; a este respecto cfr. *Arthur Kaufmann*, Henkel-Festschrift, págs. 103 y ss.

8 *Binding*, Handbuch, págs. 9 y ss.; cfr. también *Beling*, Methodik, páginas 29 y ss.

Así, por ej., la capacidad jurídica de la persona comienza en Derecho civil con la terminación del parto (§ 1 BGB), la protección penal (§§ 222, 230) se inicia, por el contrario, ya con el comienzo del parto (cfr. § 217), porque durante el parto el niño está especialmente expuesto a peligros. Por otra parte, el Derecho Penal debe, sin embargo, en otros casos emplear conceptos jurídicos pertenecientes a otras ramas del Derecho para poder orientar su función protectora de acuerdo con sus datos. Esto ocurre sobre todo en el Derecho Penal Especial, en el que los preceptos penales dependen muchas veces de la regulación de un ámbito concreto, al estar configurados como leyes penales en blanco (cfr. por ej. § 21 GjS en relación con los §§ 3-6 GjS). Pero también el mismo StGB emplea en parte conceptos jurídicos tomados del Derecho civil (por ej., "cónyuge" en el § 11, I, núm. 1a o "matrimonio" en el § 171), aunque no siempre tienen el mismo significado en uno y otro lugar.[9] Por el contrario, el concepto de propiedad con el mismo significado que tiene en Derecho Civil (propiedad fiduciaria y propiedad con reserva de dominio) ha sido acogido en los delitos contra la propiedad (§§ 242, 246, 249);[10] mientras que el concepto jurídico de patrimonio ha sido sustituido en Derecho Penal (por ej., §§ 263, 266) por el económico (BGH, 2, 364 [365]). El Derecho Penal define otros conceptos autónomamente, por ej., "autoridad" (§ 11 I, núm. 2), incluyendo también la Administración no soberana en el concepto de "tareas de la Administración pública" (§ 11 I, núm. 2c).

La dependencia del Derecho Penal respecto a otras ramas del Derecho y a sus conceptos no puede valer ni siquiera como regla. Más bien hay que estar a las circunstancias que se den respectivamente. En cada caso deben configurarse los conceptos penales de manera que puedan servir de un modo lógico al fin de protección de la respectiva proposición jurídica penal.[11]

III. Derecho Penal de acto y Derecho Penal de autor

Bockelmann, Studien zum Täterstrafrecht, Teil I, 1939; Teil II, 1940; *el mismo*, Wie würde sich ein konsequentes Täterstrafrecht auf ein neues Strafgesetzbuch auswirken? Materialien, t. 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, 245; *Tesar*, Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens, 1904; *E. Wolf*, Vom Wesen des Täters, 1932; *el mismo*, Tattypus und Tätertypus, ZAK 1936, 358; *Zimmerl*, Der Aufbau des Strafrechtssystems, 1930.

9 *Engisch*, Relativität, pág. 69.

10 Un nuevo concepto penal de propiedad exige *Lampe*, Eigentumsschutz, páginas 69 y ss.

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

1. El delito aparece en el mundo exterior como *hecho cometido*. Pero es siempre la obra de una persona, el *autor*, y, por ello, un suceso que caracteriza más o menos su forma de ser. Al legislador se le plantea el problema de si los presupuestos de la penalidad deben determinarse de acuerdo con las características del hecho o si es preferible la descripción de formas criminales de vida (tipos de autor).[12] Teóricamente son imaginables ambas posibilidades de técnica legislativa. En el sistema del **Derecho Penal de acto** la pena se vincula al hecho antijurídico, pero lo decisivo para la penalidad es, en primer lugar, el reproche que se hace al autor por la comisión de un hecho delimitado en sus elementos ("culpabilidad por el hecho"). En el sistema del **Derecho Penal de autor** la pena se vincula, por el contrario, directamente a la peligrosidad del autor, que, a su vez, para justificar la pena, debe ser reconducida a la "culpabilidad por la conducción de vida".[13] Lo decisivo es aquí el reproche que se hace al autor por haberse convertido en una personalidad criminal.

Ni científica ni legislativamente se ha intentado nunca construir un consecuente Derecho Penal de autor. Franz v. LISZT desarrolló ciertamente su famosa teoría de los tipos de autor, pero por razones juridicopolíticas siguió aferrado al Derecho Penal de acto ("la ley penal es la *Magna Carta* del delincuente"). También la concepción sintomática del delito, sólo tuvo especiales consecuencias en la determinación de la pena dentro del marco del Derecho Penal de acto.[14] Igualmente se mantuvo en el Derecho Penal de acto la investigación del problema llevada a cabo por BOCKELMANN en el marco de la reforma del Derecho Penal.[15] Finalmente el "tipo normativo de autor" de DAHM[16] sirvió sobre todo para interpretar restrictivamente los tipos introducidos en el Derecho Penal de la guerra.

2. El Derecho Penal vigente en Alemania es un **Derecho Penal de acto**, pero en la medición de la pena tiene en cuenta la personalidad del autor en el marco de los tipos delictivos configurados siempre como tipos de acción. Los ejemplos de un puro Derecho Penal de autor son raros. Realmente sólo se pueden calificar así la pena para los reincidentes (§ 48) y los casos de profesionalidad y habitualidad (por ej., §§ 260, 292 III, 302a II, 2, núm. 2). El rufianismo (§ 181a) no exige ya como elemento específico una relación temporal continuada entre la prostituta y el "rufián" (cfr. BT-Drucksache VI/3.521,

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

13 Se ha intentado a menudo tender un puente entre culpabilidad y peligrosidad: cfr. *Grünhut*, MSchrKrim. 1926, Beiheft 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 (1944), pág. 203.

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

15 *Bockelmann*, Materialien, t. I, págs. 30 y ss.

16 *Dahm*, Tätertyp, pág. 21.

página 50). La peligrosidad del autor, en tanto no pueda ser neutralizada por la pena, debe ser tratada con medidas de seguridad y corrección, cuya importancia políticocriminal ha aumentado (§ 61).[17] En la práctica, un puro Derecho Penal de autor tendría que fracasar, pues, por un lado, en un Estado de Derecho la prevención especial no puede renunciar a los firmes tipos de acto, por cuya ejecución se reconoce la peligrosidad del autor, y, por otro, es indudable que los tipos penales también deben referirse a personalidades de autor atípicas.[18]

Ejemplo: No hace falta remontarse a los Santos Crispín y Crispiniano que, según una tradición, por lo demás malinterpretada, robaban cuero para hacer zapatos a los pobres; basta con recordar la criminalidad ocasional en los tiempos de inflación y en la postguerra de la Segunda Guerra Mundial (cfr. *supra*, § 5 II).

IV. División de las acciones punibles

Dreher, Anmerkung zu BGH 20, 184 und 140, JZ 1965, 454; *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 edición, 1968; *Heinitz*, Empfiehlt sich die Dreiteilung der Straftaten auch für ein neues StGB? Materialien, t. I, 1954, pág. 55; *Krümpelmann*, Die Bagatelldelikte, 1966; *Stöckl*, Theorienstreit über die Dreiteilung der Straftaten, GA 1971, 236.

1. El moderno Derecho Penal ha abandonado la división tripartita que, procedente del *Code pénal* de 1810 (art. 1), clasificaba las acciones punibles en delitos graves, delitos menos graves y faltas;[19] pero, aún después de haber eliminado del Derecho Penal por su poca importancia[20] las faltas (anteriormente reguladas en la sección 29) y a pesar de haber suprimido la pena de reclusión tradicionalmente aplicada a los delitos graves, ha seguido manteniendo la **división bipartita de las acciones punibles entre delitos graves y menos graves** (§ 12), aunque tanto antes como ahora se pide que se abandone todo tipo de distinciones.[21] Cuando se habla de división de las acciones punibles se piensa en su clasificación según su grado de gravedad y en consecuencia según sean más o menos merecedoras de pena. La distinción tiene importancia como criterio clasificatorio en el Derecho Penal material (§§ 23 I, 30, 45 I, 241), en el Derecho Procesal Penal (§§ 140 I, núm. 2, 153, 153a, 407 StPO) y en la determinación de la competencia objetiva de los tribunales (§§ 25, 74 GVG).

17 Cfr. *Müller-Emmert/Friedrich*, JZ 1969, 249 y ss.
18 *Bockelmann*, Materialien, t. I, pág. 37.
19 Sobre su historia, cfr. *Heinitz*, Materialien, t. I, pág. 55.
20 Cfr. sobre esto, *Krümpelmann*, Die Bagatelldelikte, págs. 149 y ss.
21 Cfr. *Stöckl*, GA 1971, 242 con ulteriores indicaciones; *Baumann*, Allg. Teil, pág. 99; cfr. sobre ello, acertadamente, *Schönke/Schröder/Eser*, §12 Anm. 2.

2. La clasificación de un precepto penal como delito grave y delito menos grave se rige por la pena principal con que se conmine el hecho que en él se prevé. Las penas accesorias (§ 44), consecuencias accesorias (§ 45) y medidas (§ 11 I, núm. 8) carecen de importancia en dicha clasificación. Lo decisivo no es la pena a aplicar en el caso concreto (la llamada consideración concreta) (KG DRZ 1947, 99), sino la pena con que se conmina el respectivo delito como tal (**consideración abstracta**) (BGH 2, 393). La inclusión se lleva a cabo según el grado mínimo de la pena con que se conmina el hecho: es *delito grave* (§ 12 I) el hecho castigado con una pena privativa de libertad de un año o superior a un año; es *delito menos grave* el hecho castigado con una pena privativa de libertad de menos duración o con multa (§ 12 II).

3. De acuerdo con la tesis jurisprudencial tradicional (cfr. la edición anterior de esta obra, pág. 38) se dice ahora expresamente en el § 12 III que las modificaciones del marco normal de la pena por aplicación de los preceptos de la Parte General (§ 49) o por la concurrencia de supuestos especialmente cualificados o atenuados carecen de trascendencia en la clasificación de las acciones punibles.[22]

Ejemplos: Si de acuerdo con los §§ 249, 23 II, 49 I, núm. 3 se impone por robo en grado de tentativa una pena privativa de libertad inferior a un año, el hecho sigue siendo un delito grave, del mismo modo que si esta pena se basara en la existencia del supuesto atenuado del § 249 II. Por las mismas razones sigue siendo un delito menos grave el supuesto especialmente cualificado del delito de malos tratos de personas indefensas (§ 223 b II) (BGH 2, 181), y un delito grave el supuesto atenuado de homicidio (§ 213) (BGH 7, 78 [80]), aunque en el § 223b II la pena con que se castiga el hecho sea, por lo menos, de un año de privación de libertad y en el § 213 de sólo seis meses.

Tampoco se modifica la inclusión en una u otra categoría cuando el supuesto especialmente cualificado se describe con una serie de ejemplos y se presenta uno de ellos (por ej., los abusos deshonestos con menores del § 176 III, 2) (BT-Drucksache V/4.094, pág. 4).[23] Lo mismo sucede cuando el ejemplo viene configurado de tal modo que, caso de que se produzca, debe considerarse como un supuesto especialmente cualificado, porque también aquí se trata solamente de una aclaración obligada de una circunstancia agravante innominada (cfr. BGH 11, 233 [241], así como BGH 20, 184 respecto al § 241a IV).[24]

22 A favor de la llamada consideración especializada, que pretende partir de los grupos valorativos que se contienen en el tipo, antes *Engisch*, SJZ 1948, 660; *el mismo*, Konkretisierung, págs. 50 y ss.; principalmente también *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 130.
23 Cfr. *Dreher*, § 12 Anm. 11; *Lackner*, § 12 Anm. 2b; *SK (Schreiber)*, § 12 Anm. 4.
24 Así con razón, *Baumann*, Allg. Teil, pág. 100; *Lackner*, § 12 Anm. 2b;

4. Una reclasificación sólo se puede dar, cuando el legislador crea un nuevo tipo derivado o autónomo con distinta pena mínima.

Ejemplos: Los tipos cualificados de lesiones (§§ 224-226) son delitos graves; el homicidio a petición (§ 216), como tipo privilegiado del homicidio simple, es delito menos grave; el robo (§252), como tipo autónomo frente al hurto (§ 242), es un delito grave.

V. Hechos punibles e infracciones administrativas

Cramer, Beteiligung an einer Zuwiderhandlung nach § 9 OWiG, NJW 1969, 1928; *el mismo*, Nochmals: Zum Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht, NJW 1970, 1.114; *el mismo*, Grundbegriffe des Rechts der Ordnungswidrigkeiten, 1971; *Dreher*, Plädoyer für den Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht, NJW 1970, 217 y 1.116; *el mismo*, Der Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht, NJW 1971, 121; *el mismo*, Die Behandlung der Bagatellkriminalität, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 917; *Frank*, Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt, ZStW 18 (1898), pág. 733; *Fuhrmann*, Der neue Bußgeldkatalog, DRiZ 1971, 80; *Göhler*, Das neue Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, JZ 1968, 583; *J. Goldschmidt*, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902; *el mismo*, Deliktsobligationen des Verwaltungsrechts, Mitt IKV, t. 12 (1905), págs. 127 y ss.; *Hofacker*, Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform, 1919; *Jescheck*, Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht, JZ 1959, 457; *Kienapfel*, "Beteiligung" und "Teilnahme", NJW 1970, 1.826; *el mismo*, Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, en: *Müller-Dietz* (comp.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, pág. 21; *Krümpelmann*, Die Bagatelldelikte, 1966; *Lange*, Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, JZ 1956, 73; *el mismo*, Die Magna Charta der anständigen Leute, JZ 1956, 519; *el mismo*, Nur eine Ordnungswidrigkeit? JZ 1957, 233; *Mattes*, Zur Problematik der Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten, ZStW 82 (1970), pág. 25; *el mismo*, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, 1. Halbb., 1977; *Michels*, Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung, 1963; *Rebmann/Roth/Herrmann*, Kommentar zum OWiG, ab 1968 (Loseblattausg.); *Rotberg*, Ordnungswidrigkeitengesetz, 5.ª ed., 1975; *Eb. Schmidt*, Probleme des Wirtschaftsstrafrechts, SJZ 1948, 225; *el mismo*, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950; *el mismo*, Das Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts, SJZ 1949, 665; *el mismo*, Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, Festschrift für Adolf Arndt, 1969, pág. 415; *Schmitt*, Ordnungswidrigkeitenrecht, 1970; *Tiedemann*, Verwaltungsstrafrecht und Rechtsstaat, ÖJZ 1972, 285; *el mismo*, Kartellrechtsverstöße und Strafrecht, 1976; *Welp*, Der Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht, VOR 1972, 299; *Welzel*, Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht, JZ 1956, 238; *E. Wolf*, Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, Festgabe für R. v. Frank, tomo II, 1930, pág. 516; *Zipf*, Die mangelnde Strafwürdigkeit der Tat, 1975.

1. A partir de 1945 apareció junto a los delitos graves, menos graves y faltas una cuarta categoría de acciones ilícitas que también se castigaban con una sanción estatal represiva: las **infracciones administrativas** que recogen en esencia el antiguo Derecho Penal Administrativo, ampliándolo y

LK (Tröndle), § 1 Anm. 18; *Schönke/Schröder/Eser*, § 12 Anm. 10; *Preisedanz*, § 12 Anm. 2a. Dudoso, por el contrario, *Dreher*, § 12 Anm. 4B; *Stöckl*, GA 1971, 241. Cfr. también *Dreher*, JZ 1965, 456.

adaptándolo a las exigencias del Estado de Derecho. La distinción entre Derecho Penal propiamente dicho y Derecho Penal administrativo o policial era ya conocida en el Derecho Territorial General Prusiano de 1794, pero no fue acogida en el StGB de 1871. En su lugar, se creó una sección dedicada a las faltas (§§ 360-370 a.r.), que contenía un Derecho Penal de poca importancia. En todos los Proyectos a partir del de 1911 se encuentra recogida la idea de excluir las faltas del Derecho Penal propiamente dicho, ya que realmente no tenían la cualidad de ser merecedoras de pena. A partir de 1931, debido a la crisis económica de aquel tiempo, surgió en el sector de la economía un Derecho Penal económico que fue adquiriendo cada vez mayor extensión y que poco a poco fue tomando el cuño del Estado autoritario.[25] Para sustituirlo se promulgó la Wirtschaftsstrafgesetz de 1949 (GBl de la Administración en asuntos económicos, pág. 193), cuya moderna configuración inspirada en principios constitucionales ha ejercido una relevante influencia en la doctrina del Derecho Penal administrativo.[26] Con ella se pretendía que todos aquellos delitos que desde un punto de vista material carecían de importancia (§ 6 WiStG 1949) fueran castigados por la Administración con sanciones desprovistas de carácter penal, descargando, al mismo tiempo, de dicha tarea a los Tribunales. Con la OWiG de 1952 se creó en la República Federal alemana una amplia ley general, que hizo posible que en las distintas materias se separasen las infracciones administrativas del Derecho Penal propiamente dicho.[27] Sigue aumentando el número de leyes federales que contienen infracciones administrativas juntamente con preceptos penales o en su lugar; la misma evolución se observa también en el Derecho de los cantones federales (Länder). La nueva OWiG de 1968 supuso mejoras sustanciales, sobre todo en el Derecho procesal.[28] Dado que la normativa que regula las infracciones administrativas se considera como una parte del Derecho Penal en sentido amplio, la competencia legislativa en esta materia corresponde al Parlamento Federal conforme al art. 74, núm. 1 de la GG (BVerfGE 27, 18 [32 y ss.]). Tras la transformación de las infracciones de tráfico en infracciones administrativas a partir de 1968 (cfr. § 49 StVO; § 69 a StVZO), la completa supresión de las faltas con la EGStGB ha conducido a que algunos preceptos de la antigua sección 29 se encuentren ahora recogidos en la OWiG, así, por ej., el uso de nombre supuesto (§ 360, núm. 8 a.r.) se encuentra ahora en el § 111 de la OWiG, los desórdenes públicos (§ 360, núm. 11 a.r.) en los §§ 117 y 118 de la OWiG. Igualmente en la misma época se transformaron algunos delitos menos graves en infracciones administrativas, como por ej. la violación del orden de un órgano legislativo (§ 106 a.r.) que ahora se encuentra en el § 112 de la OWiG.

25 *Eb. Schmidt*, SJZ 1948, 227 y ss.

26 Corresponde a *Eb. Schmidt* el mérito principal, cfr. Wirtschaftsstrafrecht, págs. 21 y ss. y SJZ 1949, 665 y ss. Se apoyaba en *Frank*, ZStW 18 (1898), páginas 742 y ss.; *J. Goldschmidt*, Verwaltungsstrafrecht, 1902, y Deliktsobligationen, 1905, así como en *Hofacker*, Die Staatsverwaltung, págs. 496 y ss.; y *E. Wolf*, Frank-Festgabe, t. II, págs. 516 y ss.

27 Sobre la historia y el Derecho, comparado detenidamente *Mattes*, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, 1977.

28 Cfr. con más detalles, *Göhler*, JZ 1968, 583 y ss.; *el mismo*, Ordnungswidrigkeitengesetz, Einleitung, págs. 5 y ss.; *Rotberg*, Ordnungswidrigkeitengesetz, págs. 43 y ss.

2. Aquellos delitos menos graves que en el caso concreto sólo constituyen un **injusto insignificante** (por ej., el hurto de un paquete de cigarrillos en un autoservicio) se han convertido parcialmente en delitos perseguibles a instancia de parte (por ej., §§ 248a, 263 IV, 265a III, 266 III). El nuevo Derecho procesal penal ha ampliado extensamente la posibilidad de no perseguir los casos de poca importancia (§ 153 StPO) y prevé como nueva medida que se suspenda provisionalmente la presentación de la denuncia imponiendo en su lugar determinadas obligaciones por acuerdo de la Fiscalía, siempre que consienta en ello el inculpado (§ 153a StPO) (cfr. *infra*, § 81 I, 4).[29]

3. Por infracción administrativa se entiende la acción típica, antijurídica y reprochable conminada con una multa (§ 1 I OWiG). Esta definición formal no dice, sin embargo, nada sobre la cuestión de en qué casos puede y debe el legislador imponer a un comportamiento antijurídico una multa, una sanción criminal e incluso debe abstenerse de imponer una sanción. Al problema de la **definición material de la infracción administrativa** se le ha dado diferentes respuestas:

a) Así, por ejemplo, se dice que la infracción administrativa sólo afecta a los intereses administrativos pero no a los realmente jurídicos (*Goldschmidt; Maurach*); también se dice que no produce perjuicios individuales o culturales, sino sólo daños sociales específicos (*E. Wolf*); o que se agota en la simple desobediencia, sin que recaiga sobre ella un juicio desvalorativo especial de *carácter ético* (BGH 11, 263 [264]); o que el contenido de lo injusto tiene en ella una menor importancia que en el delito (BVerfGE 8, 197 [207]; 22, 49 [78 y ss.]). Ninguno de estos criterios es válido para *todas* las infracciones administrativas que entretanto ha ido creando el legislador. Pues en la categoría de las infracciones administrativas no sólo se incluyen casos de desobediencia administrativa, sino también numerosos delitos de peligro abstracto, sobre todo cuando se trata de preceptos destinados a proteger la vida y la salud (cfr. § 49 StVO; § 69a StVZO). Igualmente se incluyen también en esta categoría algunos tipos de maquinaciones fraudulentas que todavía no son estafas, pero que, sin embargo, son éticamente reprobables (cfr. por ej., § 33 IV, número 1 AWG).

b) Para distinguir la infracción administrativa del delito hay que partir del criterio de si el hecho es merecedor de una pena (cfr. *infra*, § 7 I). La infracción administrativa coincide con el delito en que también supone un grado tan alto de **peligrosidad** para el bien jurídico protegido o para los intereses administrativos que es necesario para

29 De acuerdo *Dreher*, Welzel-Festschrift, págs. 933 y ss. Sobre la solución del problema de los delitos de poca importancia en el § 42 del StGB austríaco cfr. *Zipf*, Die mangelnde Strafwürdigkeit der Tat, 1975. Sobre el concepto de injusto insignificante *(Bagatellunrechts) Krümpelmann*, Bagatelldelikte, págs. 62 y siguientes.

la protección de la sociedad acudir a la sanción estatal represiva, distinguiéndose de este modo del mero incumplimiento contractual o del ilícito de policía. Pero, por otro lado, el grado de peligrosidad de la infracción administrativa es mucho menor que el del hecho punible. También es la mayor parte de las veces poco relevante el grado de perjuicio del objeto de acción protegido. Lo que claramente distingue la infracción administrativa del hecho punible es la **falta de ese alto grado de reprochabilidad** de la actitud interna del autor, que por sí sólo justifica el desvalor éticosocial de la pena propiamente dicha. En las infracciones administrativas la multa sólo puede servir como "admonición", como "mandato administrativo reforzado" o como "especial advertencia para que se cumplan los deberes", ya que no alcanza los límites de la grave inmoralidad.[30] Con ello no quiere decirse, por supuesto, que las normas, de cuya protección se trata, no contengan "bienes jurídicos". Precisamente en el moderno Estado de bienestar no puede decirse que una actividad administrativa ordenada o la seguridad general en el tráfico puedan excluirse del círculo de los bienes jurídicos o que los deberes de los ciudadanos frente a la Administración o a los demás participantes en el tráfico no sean auténticos deberes jurídicos. Las infracciones administrativas tampoco son "negligencias intrascendentes desde el punto de vista éticosocial".[31] Dado que se trata de diferencias de grado y no de diferencias esenciales, es comprensible que el legislador tenga muchas veces que decidir con criterios pragmáticos el lugar que debe ocupar un hecho ilícito dentro del Derecho sancionatorio o la cuestión de si debe quedar sin sanción represiva.[32] No puede excluirse, sin embargo, que a través de una estratificación puramente cuantitativa se llegue a crear una rama autónoma dentro del Ordenamiento jurídico en la que las reglas generales del Derecho Penal no serán sin más aplicables.

4. A diferencia del delito, la **infracción administrativa** puede castigarse con *multa* superior a 5 e inferior a 1.000 marcos (§ 17 I

30 Cfr. *Tiedemann*, ÖJZ 1972, 290; *Göhler*, Ordnungswidrigkeitengesetz, § 1 Vorbem. 3; *Rotberg*, Ordnungswidrigkeitengesetz, págs. 46 y ss.

31 Para más detalles al respecto, *Jescheck*, JZ 1959, 461.

32 La cuestión de las diferencias entre delito e infracción administrativa sigue siendo discutida, pero parece que va imponiéndose la diferenciación cuantitativa mantenida en el texto; cfr. *Göhler*, Ordnungswidrigkeitengesetz, § 1 Vorbem. 2 A b, con ulterior información; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 19; *Rebmann/Roth/Herrmann*, § 1 Anm. 2; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 258; *Schmitt*, Ordnungswidrigkeitenrecht, pág. 14; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 55; *Tiedemann*, Kartellrechtsverstösse, págs. 101 y ss.; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 16; *Schultz*, Einführung I, pág. 31; ahora también *Baumann*, Allg. Teil, pág. 38; especialmente consecuente *Mattes*, ZStW 82 (1970), págs. 25 y ss. y 119 y ss. De otra opinión, sobre todo, *Eb. Schmidt*, últimamente en Arndt-Festschrift, pág. 434. Una postura intermedia adoptan *Cramer*, Grundbegriffe, págs. 17 y ss.; *Michels*, Zuwiderhandlung, págs. 82 y ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 38 Vorbem. 35; *Rotberg*, Ordnungswidrigkeitenrecht, pág. 49 (cfr. también OLG Hamm GA 1969, página 156).

OWiG) [33] y la condena no se inscribe en el Registro Federal Central, de tal modo que el condenado carece de antecedentes penales. Las infracciones administrativas de poca importancia pueden ser sancionadas con una amonestación o con una multa admonitoria de 2 a 20 marcos (§ 56 OWiG). En caso de impago de la multa, a diferencia del impago de la multa penal, no se impone una pena privativa de libertad subsidiaria (§ 43 StGB), sino un *arresto coactivo* que tiene el carácter de una medida coactiva o coercitiva (§§ 96 y ss. OWiG). También puede imponerse la multa como consecuencia accesoria contra *personas jurídicas*, sociedades irregulares y mercantiles (§ 30 OWiG) (BayObLG NJW 1972, 1.172; OLG Hamm NJW 1973, 1.853). Para las infracciones administrativas existe un *proceso especial* ante los órganos de la Administración (§§ 35 y ss. OWiG). Contra la imposición de la multa por el órgano administrativo puede el sancionado plantear un recurso de apelación ante el Juzgado de Primera Instancia (§§ 67 y ss. OWiG). Contra la decisión del Juzgado cabe un recurso de queja ante la Audiencia Territorial (§§ 79 y ss. OWiG).

5. La **estructura del hecho ilícito** en la normativa de las infracciones administrativas está estrechamente relacionado con la estructura del concepto de delito en Derecho Penal (cfr. los preceptos relativos a los "principios de la sanción", §§ 8-16 de la OWiG, que coinciden literalmente con el StGB).[34] Lo mismo rige en materia de prohibición de la analogía (BGH 24, 54 [62]) y del error de prohibición, en donde también se aplica la teoría de la culpabilidad (§ 11 II OWiG).

Debe rechazarse la tesis mantenida por *Lange*[35] de que la acción dolosa supone en las infracciones administrativas una lesión consciente de la norma, que conduciría en la práctica a la aplicación de la teoría del dolo (BGH 9, 358 [359]); pues las infracciones administrativas no son, desde luego, "éticamente intrascendentes", sino que sólo encierran un *menor* merecimiento de pena que los delitos y por eso mismo se producen los casos de error de prohibición más frecuentemente que en el Derecho Penal propiamente dicho (cfr. para más detalles *infra*, § 41 II, 2c). La especialidad dogmática más importante de la nueva normativa de las infracciones administrativas en el ámbito de la Parte General es la introducción del concepto unitario de autor en el § 14 OWiG, que facilita ciertamente su aplicación práctica, pero que extiende la penalidad también al cómplice (cfr. *infra*, § 61 II, 2c).[36]

33 En las leyes especiales se conminan de distinta manera las cuantías máximas de las multas, así, por ej., en el § 38 IV GWB se prevén multas de hasta 100.000 DM, en la ley de protección de monumentos de Baviera de 25-6-1973 se puede imponer incluso una multa de hasta 1.000.000 de marcos. Véase la tabla B en *Göhler*, Ordnungswisrigkeitengesetz. Por lo general, los límites máximos de las multas administrativas mantienen la adecuada proporción con las multas penales que actualmente pueden alcanzar un máximo de 3.600.000 marcos (§ 40 I, II StGB). En las infracciones administrativas en el tráfico automovilístico existe un catálogo con las diversas cuantías para asegurar una praxis unitaria de las autoridades encargadas de imponerlas; cfr. al respecto *Fuhrmann*, DRiZ 1971, 80; además *Göhler*, Ordnungswidrigkeitenrecht, § 17 Anm. 3 F con cita de jurisprudencia.

34 Cfr. *Göhler*, Ordnungswidrigkeitengesetz, § 1 Vorbem. 4; *Rotberg*, Ordnungswidrigkeitengesetz, Anm. al § 1.

35 En este sentido, *Lange*, JZ 1956, 73 y 519; *el mismo*, JZ 1957, 233; en sentido contrario *Welzel*, JZ 1956, 238; *Göhler*, JZ 1968, 587.

* * *

I. El delito como injusto merecedor de pena

La doctrina dominante en España destaca la imposibilidad de definir el delito al margen del Derecho Penal vigente.[1] *Esto no quiere decir que el penalista quede vinculado por un* concepto formal *del delito. La elaboración de un* concepto material *del delito es una tarea imprescindible para conocer el exacto alcance de las normas penales. Para ello hay que partir de los comportamientos considerados como delictivos en el Código Penal vigente y deducir aquellas características que sean comunes a todos ellos. En el Derecho Penal español también se puede decir que el* desvalor de la acción, *el* desvalor del resultado *y la* reprochabilidad *son los tres pilares sobre los que descansa el concepto material de delito.*[2] *Pero, a pesar de ello, debe advertirse la relatividad histórica de estos conceptos que impide que el concepto material del delito tenga el sentido absoluto que algunos pretenden darle.*

II. El carácter fragmentario y accesorio del Derecho Penal

El carácter fragmentario y accesorio del Derecho Penal es consecuencia del principio de "intervención mínima",[3] *según el cual el Derecho Penal sólo debe intervenir en caso de ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes. De toda la gama de acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos por el Ordenamiento jurídico, en su totalidad, el Derecho Penal sólo se ocupa de una parte, "fragmentos". Pero incluso allí donde el Derecho Penal coincide en su ámbito de prohibición y protección con otras ramas del Ordenamiento jurídico, el Derecho Penal interviene "accesoriamente", como "última ratio legis", en la medida en que las barreras protectoras que deparan esas otras ramas sean insuficientes. La accesoriedad del Derecho Penal no significa, sin embargo, subordinación o menor importancia de éste frente a las demás ramas del Ordenamiento jurídico. Su carácter fundamentalmente sancionatorio impone, sin embargo, a veces la utilización en la configuración de sus presupuestos de conceptos e instituciones*

36 Véase la controversia *Cramer*, NJW 1969, 1.929; NJW 1970, 1.114; *Dreher*, NJW 1970, 217 y 1.116; NJW 1971, 121; *Kienapfel*, NJW 1970, 1.826 y Einheitstäterschaft, págs. 32 y ss.; *Welp*, VOR 1972, 299 y ss.

1 Cfr. *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal Español, Parte General, 7.ª ed., Madrid, 1979, pp. 313 y ss.; *Cerezo Mir*, Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I, Introducción, Madrid, 1976, pp. 13 y ss.; *Rodríguez Mourullo*, Derecho Penal, Parte General, vol. I, Madrid, 1977, pp. 191 y ss.; *Sáinz Cantero*, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, I, Introducción, Barcelona, 1979, p. 29.

2 Cfr. *Muñoz Conde*, Introducción al Derecho Penal, Barcelona 1975, pp. 31 y siguientes.

3 Cfr. *Muñoz Conde*, Introducción, cit., pp. 59 y ss.

de otras disciplinas jurídicas "propiedad", "ajenidad", "cosa mueble", "acreedor", "matrimonio", "documento", etc. Se plantea en estos casos un problema hermenéutico que, en principio, debe resolverse atribuyendo a dichos conceptos el significado originario que tienen en otras ramas del Ordenamiento jurídico, siempre que no sea contrario a los fines concretos del precepto penal en cuestión y a los del Derecho Penal en general.

El carácter fragmentario del Derecho Penal puede tener también un significado ideológico, recientemente puesto de relieve por Baratta.[4] *La fragmentariedad del Derecho Penal no consiste tanto, según este autor, en que sólo se protejan penalmente determinados bienes jurídicos, como en la forma parcial y en la diversa intensidad con que se protegen. Hasta ahora un mal entendimiento del carácter fragmentario del Derecho Penal había dejado sin sanción hechos verdaderamente graves para los intereses económicos colectivos cometidos por personas de alto nivel económico y cercanas a las esferas del poder: la delincuencia de "cuello blanco". En esta materia el Derecho Penal se caracteriza más por lo que no castiga, los llamados "no contenidos" del Derecho Penal, que por lo que castiga. El Derecho Penal clásico liberal, donde tiene su origen este mal entendimiento del carácter fragmentario, no castigaba por ej. la contaminación del medio ambiente, la especulación del suelo o los grandes fraudes a los consumidores; sí castigaba, y muy gravemente por cierto, los comportamientos típicos y en cierto modo inevitables de las clases subalternas: hurtos, robos, estafas de poca monta, etc. A través de los procesos de selección primaria se puede producir, por tanto, una "perversión" del carácter fragmentario del Derecho Penal que evidentemente hay que tener en cuenta cuando se alude a este tema.*

III. Derecho Penal de hecho y Derecho Penal de autor

La distinción entre ambos tipos de Derecho Penal no es sólo una cuestión sistemática, sino también y fundamentalmente política. Sólo un Derecho Penal basado en el hecho cometido puede ser controlado y limitado democráticamente. El Derecho Penal de autor no permite limitar el poder punitivo del Estado y favorece una ideología totalitaria, conduciendo, en última instancia, a la tesis "amigo-enemigo" tan cara a la ideología nazi.

El Derecho Penal español es un Derecho Penal de hecho:[5] *sólo el comportamiento humano (en su doble vertiente activa y omisiva) traducido en hechos externos puede ser calificado de delito y motivar una reacción penal (cfr. art. 1 del vigente Código Penal y art. 17 del Proyecto). Ello no excluye el que en la determinación de la pena deba tenerse en cuenta la "personalidad del reo" (cfr. art. 61, 4.ª del Código Penal). Sin embargo, algunos tipos delictivos se construyen en base a determinadas actitudes o comportamientos habituales de un autor (cfr. art. 452 bis c: proxenetismo; artículo 542: usura habitual), pero siempre que se traduzcan en actos externos. Por ello, debe rechazarse cualquier tipo de reacción penal, llámese pena o medida, que se base en determinadas cualidades de la persona de las que ésta la mayoría de las veces no es responsable en absoluto, ni siquiera con un concepto tan difuso como el de "culpabilidad por la conducción de vida", y no en el hecho cometido (cfr. por ej., algunos supuestos del art. 2 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social).*

[4] Criminología e dogmatica penale, en La questione Criminale, Anno V, número 2, maggio-agosto, 1979, pp. 168 y ss.

[5] En este sentido, *Rodríguez Mourullo,* Derecho Penal, cit., pp. 50 y ss.; *Sáinz Cantero,* Lecciones, cit., p. 40. Sobre la teoría del Derecho Penal de autor, cfr. *Del Rosal,* Estimación de la teoría del "tipo de autor" en la legislación penal española, en ADP 1948, pp. 38 y ss.; *el mismo,* La personalidad del delincuente en la técnica penal, 2.ª ed., 1953; *Rodríguez Devesa,* Parte General, cit., páginas 741 y ss.

IV. División de las acciones punibles

El Código Penal español clasifica las acciones punibles en delitos y faltas. "Son delitos — dice el art. 6 del Código Penal — las infracciones que la ley castiga con penas graves, son faltas las infracciones a que la ley señala penas leves." El Proyecto de Código Penal propugna, en cambio, una clasificación tripartita de las acciones punibles que de hecho se había producido ya hace algún tiempo en el Derecho español por el distinto tratamiento procesal que se da a un determinado tipo de delitos que podían calificarse como "delitos menos graves". En todo caso la distinción entre las diversas categorías de infracciones penales se lleva a cabo, según la doctrina dominante, conforme a un "criterio abstracto", atendiendo a la pena abstracta que tiene asignada la infracción en el correspondiente tipo delictivo.[6] ***A este respecto, el párrafo último del art. 19 del Proyecto dispone que "cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros párrafos de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave".*** *De la clasificación de una infracción como delito (grave o menos grave) o falta se derivan una serie de consecuencias, tanto de índole procesal (diversos tipos de procesos), como material (diversos plazos de prescripción y rehabilitación, impunidad de las formas imperfectas de ejecución en algunos casos, diversas reglas para la determinación de la pena, etc.).*

La inclusión de las faltas, como infracciones penales, tanto en el Código Penal vigente como en el Proyecto me parece contraria al principio de intervención mínima. La tendencia moderna en la Política Criminal es la de reservar el Derecho Penal, sólo para aquellas infracciones de cierta gravedad cuya comisión conmueve, de un modo relevante, los valores fundamentales de la comunidad. Las faltas son, como decía Pacheco, *"delitos veniales", injustos de bagatela que pueden ser perfectamente reprimidos por otras vías, como por el Derecho administrativo, formando un todo con las contravenciones administrativas (cfr.* infra *V). Se conseguiría así una mayor agilización del procedimiento (y con ello una reducción de los costos) y una revalorización del verdadero Derecho Penal. El Proyecto de Código Penal sigue, sin embargo, aferrado a la clásica tripartición de delitos graves, menos graves y faltas, incluyendo en el Libro dedicado a éstas una mezcla confusa de infracciones administrativas e injustos penales de menor cuantía difícilmente reconducibles a un denominador común. Más que razones político-criminales profundas ha pesado, sin duda, en esta de-*

[6] Cfr. *Mir Puig,* Los términos "delito" y "falta" en el Código Penal, en ADP, 1973, pp. 346 y ss.

cisión la existencia de una Justicia de Distrito a la que se atribuye la competencia en esta materia.

V. Delitos e infracciones administrativas

En el art. 26, 3.° del Código Penal y en el art. 37, 3.° del Proyecto se dice que "las multas y demás correcciones que en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, se impongan a los subordinados o administrados" no se reputarán penas. Con ello no se quiere decir, como ha destacado ya un sector doctrinal, que no lo sean efectivamente, en sentido material, sino que no son penas entendidas como reacciones específicamente jurídico-penales. Como demuestran los arts. 26 del Código y 37 del Proyecto en el Derecho español existen junto a las sanciones penales propiamente dichas, otras sanciones. Algunas de éstas son las que la Administración puede imponer en virtud de sus facultades correctivas y disciplinarias. Las diferencias entre estas sanciones y las jurídico-penales propiamente dichas no son sustanciales, sino puramente formales.[7] *Por ello se solicita unánimemente la aplicación de los principios fundamentales del Derecho Penal, sobre todo la de aquellos que suponen una limitación del poder punitivo del Estado, a las sanciones administrativas.*[8] *Ya en el art. 25, 1 de la Constitución se establece que "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o* infracción administrativa, *según la legislación vigente en aquel momento" (principio de legalidad) y en el art. 9, 3 se dice que "la Constitución garantiza el principio de legalidad..., la irretroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales". En el Derecho español no se puede decir que la infracción administrativa tenga que tener los mismos requisitos estructurales (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) que necesariamente tiene que tener el delito. Tampoco hay en el Derecho español una ley general sobre infracciones administrativas. Ello comporta que la potestad sancionatoria de la Administración se materialice en una pluralidad de normas, de diverso rango jerárquico, difícilmente reconducibles a un denominador común. Lo único vedado a la Administración, por imperativo constitucional, es la imposición de "sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad" art. 25, 3 de la Constitución), acabando así una de las prácticas abusivas que más caracterizaron a la Administración franquista.*

Uno de los problemas prácticos más importantes es el de la coexistencia de diversos tipos de sanciones, administrativas y penales, sobre el mismo hecho. En el Derecho actualmente vigente no hay duda de que ello es posible,[9] *aunque no falta quien argumente lo contrario.*[10] *A este respecto el artículo 688 del Proyecto dispone en su párrafo último: "Sin embargo, no podrá ser sancionado gubernativamente quien hubiere sido ya castigado como responsable de una falta por el mismo hecho, ni penado por falta quien hubiere sido ya sancionado por la autoridad gubernativa por el hecho constitutivo de aquélla". Con dicho precepto se pretende evidentemente evitar que un mismo hecho sea sancionado dos veces, por vía administrativa y por vía penal; pero para ello se introduce una especie de excepción de "cosa juzgada administrativa" incompatible con el principio constitucional consagrado en el art. 117, 3 de la Constitución de reserva de la potestad jurisdiccional a los Juzgados y Tribunales y con el art. 24 de la misma Constitución que establece el derecho que tiene toda persona de obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales. La única solución a este problema sólo puede ser la erradicación de las faltas administrativas del Código Penal y la concesión para ellas de un recurso suspensivo frente a la sanción administrativa ante la jurisdicción.*

[7] En este sentido *Casabó Ruiz*, en *Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo, Del Toro Marzal, Casabó Ruiz*, Comentarios al Código Penal, Barcelona, 1972, t. II, página 85; *Cerezo Mir*, Curso, cit., pp. 32 y ss.; *Rodríguez Mourullo*, Derecho Penal, cit., pp. 35 y s.; *Sáinz Cantero*, Lecciones, cit., pp. 52 y ss.; *Rodríguez Devesa*, Parte General, cit., pp. 30 y ss.

[8] Cfr. III Jornadas de Profesores de Derecho Penal, Santiago de Compostela, 1975, p. 341.

[9] Cfr., por ej., art. 603 del Código Penal, art. 18 Ley de Orden Público.

[10] Cfr. *Córdoba Roda*, Notas al Tratado de Derecho Penal de *R. Maurach*, Barcelona, 1972, tomo I, p. 20; *Casabó Ruiz*, en Comentarios, cit., p. 85.

§ 8 *La Pena*

Achter, Die Geburt der Strafe, 1950; *Ahrendts*, Christoph Carl Stübels Straftheorie und ihre Wandlung, 1937; *Althaus*, Die Todesstrafe als Problem der christlichen Ethik, Sitzungsberichte der Bayer. Akademie der Wissenschaften, 1955, Heft 2; *v. Amira*, Die germanischen Todesstrafen, Abhandlungen der Bayer. Akademie der Wissenschaften, t. 31, sec. 3.ª, 1922; *Ancel*, Der Einfluß der Rechtsprechung auf die Entwicklung des französischen Strafrechts, ZStW 72 (1960), pág. 296; *el mismo*, La défense sociale nouvelle, 2.ª ed., 1966 ("Die neue Sozialverteidigung", 1970, traducción alemana de *Melzer*); *Andenaes*, Punishment and Deterrence, 1974; *el mismo*, General Prevention Revisited, etc., The Journal of Criminal Law and Criminology 66 (1975), pág. 338; *Arzt*, Der Ruf nach Recht und Ordnung, 1976; *Association Internationale de Droit Pénal*, VI° Congrés International tenu à Rome 1953, 1.957; *H. Barth*, Die Idee der Ordnung, 1958; *Baumann*, Der Schuldgedanke im heutigen deutschen Strafrecht, JBl 1965, 113; *el mismo*, Minima non curat praetor, Festschrift für Karl 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; *Binding*, Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft, Strafrechtl. u. strafproz. Abhandlungen, t. I, 1915, pág. 61; *v. Birkmeyer*, Was läßt v. Liszt vom Strafrecht übrig? 1907; *Blau*, Gefährlichkeitsbegriff und sichernde Maßregeln im iberoamerikanischen Strafrecht, 1951; *el mismo*, Kustodiale und antikustodiale Tendenzen in der amerikanischen Kriminalpolitik, GA 1976, 33; *Bockelmann*, Schuld und Sühne, 1957; *el mismo*, Strafe, HWB SozW, t. X, 1959, página 211; *el mismo*, Vom Sinn der Strafe, Heidelberger Jahrbücher 1961, Heft V, pág. 25; *el mismo*, Strafe, Ev. Staatslexikon, 1967, pág. 2.243; *el mismo*, Das Problem der Kriminalstrafe in der deutschen Dichtung, 1967; *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, 1973, t. III, página 263; *Cerezo Mir*, Curso de Derecho Penal Español, Parte General I, 1976; *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; *Correia*, Código Penal, Projecto da Parte Geral, 1963; *Dencker*, Strafrechtsreform im EG? JZ 1973, 144; *Dorado Montero*, El derecho protector de los criminales, t. I, 2.ª ed., 1915; *Dreher*, Über die gerechte Strafe, 1947; *el mismo*, Die Behandlung der Bagatellkrimi-

nalität, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 917; *Ehrenzweig*, Psychoanalytische Rechtswissenschaft (traducción de "Psychoanalytic Jurisprudence"), 1973; *Engisch*, Interessenjurisprudenz und Strafrecht, MSchrKrim 1934, 65; *Enschedé/Heijder*, Beginselen van Strafrecht, 2.ª ed., 1974; *Ferri*, I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale, 1881; *Flechtheim*, Hegels Strafrechtstheorie, 2.ª edición, 1975; *Georgakis*, Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz v. Liszts, 1940; *Gramatica*, La lotta contro la pena, Rev int déf soc, 1947, 3; *el mismo*, Principi di difesa sociale, 1961; *Graßberger*, Versuch einer dynamischen Strafrechtstheorie, Österr. Zeitschrift für öff. Recht 1956, 281; *Graven*, Hommage à Enrico Ferri, La Scuola positiva 58 (1953), pág. 394; *Grotius*, De jure belli ac pacis (1625), edición de *Molhysen*, 1919; *Grünhut*, Bedingte Verurteilung, ZStW 64 (1952), pág. 127; *Hanack*, Das Legalitätsprinzip und die Strafrechtsreform, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 339; *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821) comp. por *Lasson*, 1911; *Henkel*, Die "richtige" Strafe, 1969; *v. Hentig*, Die Strafe, t. I, 1954; *Hepp*, J. Bentham's Grundsätze der Criminalpolitik, etc., 1839; *Hoerster*, Zur Generalprävention, etc., GA 1970, 272; *Horstkotte*, Die Vorschriften des 1. StrRG über die Strafbemessung, JZ 1970, 122; *v. Ihering*, Der Zweck im Recht, t. I y II, 1883-84; *Jescheck*, La fonction sociale de la peine, Rev int déf soc 1955, 15; *el mismo* (comp.), Franz von Liszt zum Gedächtnis, 1969 (también en ZStW 81 [1969] Heft 3); *el mismo*, Musterstrafgesetzbuch für Lateinamerika, Fetschrift für Ernst Heinitz, 1972, página 717; *el mismo*, Strafrechtsreform in Deutschland, SchwZStr 91 (1975), página 1; *Kadečka*, Strafrecht und Willensfreiheit, ÖJZ 1953, 337; *Kant*, Die Metaphysik der Sitten (1797), en: Immanuel Kant, Werke in sechs Bänden edit. por *Weischedel*, t. IV, 1956, pág. 303; *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 2.ª edición, 1976; *Kipper*, Johann Paul Anselm Feuerbach, 1969; *Kohlrausch*, Fortschritte und Rückschritte in den kriminalpolitischen Bestimmungen des neuesten Strafgesetzentwurfs, Mitt IKV, t. 3 (1928), pág. 5; *Lange*, Das Rätsel Kriminalität, 1970; *Liepmann*, Die Bedeutung A. Merkels für Strafrechts 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; *Maurach*, Vom Wesen und Zweck der Strafe, en: Schuld und Sühne, 1960, pág. 26; *H. Mayer*, Kant, Hegel und das Strafrecht, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 34; *Melzer*, Die Neue Sozialverteidigung, 1970; *el mismo*, Die Neue Sozialverteidigung, JZ 1970, 764; *A. Merkel*, Über vergeltende Gerechtigkeit, Ges. Abhandlungen, t. I, 1899, pág. 1; *el mismo*, Vergeltungsidee und Zweckgedanke, Ges. Abhandlungen, t. II, 1899, pág. 687; *Mezger*, Strafzweck und Strafzumessungsregeln, Materialien, t. I, 1954, pág. 1; *Mir Puig*, Introducción a las bases del Derecho Penal, 1976; *Müller-Dietz*, Strafbegriff und Strafrechtspflege, 1968, *el mismo*, Strafzwecke und Vollzugsziel, 1973; *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 etc., en: *Blühdorn/Ritter* (comp.), Philosophie und Rechtswissenschaft, 1969, pág. 27; *el mismo*, P. J. A. v. Feuerbach, ZStW 87 (1975), pág. 861; *Nohl*, Vom Sinn der Strafe, Die Erziehung 1 (1926), página 27; *Noll*, Die ethische Begründung der Strafe, 1962; *el mismo*, Schuld und Prävention, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 219; *Peters*, Gedanken zur Kriminalstrafe, Stimmen der Zeit 1956/57, 12; *Helene Pfander*, Der zentrale Begriff "Strafe", SchwZStr 61 (Festgabe für E. Hafter), pág. 173; Papst *Pius XII*, Botschaft an den VI. Internationalen Strafrechtskongreß, ZStW 66 (1954), página 1; *Piontkowski*, Hegels Lehre über Staat und Recht und seine Strafrechtstheorie, 1960; *Plato*, Protagoras, en: Sämtliche Werke, edición de Lambert Schneider, t. I, o. J., pág. 55; *Popitz*, Die Präventivwirkung des Nichtwissens, en: Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften, 1967, pág. 147; *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, página 7; *Prins*, La défense sociale et les transformations du droit pénal, 1910; *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 edición, 1950 (comp. por *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 (comp. por *E. Wolf*); *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; *Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 377; *Saleilles*, L'individualisation de la peine, 1898; *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, t. I, 1954, pág. 9; *el mismo*, Vergeltung, Sühne und Spezialprävention, ZStW 67 (1955), pág. 177; *el mismo*, Franz von Liszt, en: Die großen Deutschen, t. V, 1957, pág. 407; *el mismo*, Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform, ZStW 69 (1957), pág. 359; *Seidl*, Der Streit um den Strafzweck zur Zeit der Weimarer Republik, 1974; *Sieverts*, Kriminalpolitik, HWB Krim, t. II, página 1; *Simson*, Bedingte Verurteilung, ZStW 64 (1952), pág. 140; *Steinmetz*, Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe, t. I y II, 2.ª ed., 1928; *Stratenwerth*, Tatschuld und Strafzumessung, 1972; *Thyrén*, Prinzipien einer Strafgesetzreform, 1910; *Trillhaas*, Zur Theologie der Strafe, Heidelberger Jahrbücher 1961, t. V, pág. 40; *di Tullio*, Cesare Lombroso e la politica criminale moderna, Scuola positiva 64 (1959), pág. 495; *Versele*, Les interventions prédélictueuses, Rev int pol crim 1953, 264 y 298; *Volk*, Der Begriff der Strafe in der Rechtsprechung des BVerfG, ZStW 83 (1971), pág. 405; *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935; *Wilda*, Das Strafrecht der Germanen, 1842; *Würtenberger*, Unbestimmte Verurteilung, Materialien, t. I, 1954, pág. 89.

I. Origen, justificación y naturaleza de la pena

1. El **origen de la pena** se pierde en la noche de los tiempos, en una época oscura dominada por el pensamiento mágico, en la que la venganza del ofendido y de su tribu se mezclaba con actos simbólicos para aplacar los dioses ofendidos por el delito.[1] Hay, sin embargo, testimonios que demuestran la existencia de la pena pública ya en el antiguo Derecho de Israel,[2] en los primeros tiempos de Roma[3] y entre los germanos.[4] La concepción de la pena jurídica como una sanción vinculada a la idea de Justicia, procedente de la doctrina penal italiana de la Baja Edad Media, fue acogida en el Derecho imperial a través de la CCC (1532) comenzando con ella la moderna Ad-

1 *v. Hentig*, Die Strafe, págs. 90 y ss.; *Radbruch*, Elegantiae, págs. 4 y ss.; *Steinmetz*, Ethnologische Studien, t. I, págs. 301 y ss., t. II, págs. 175 y ss.; *von Amira*, Die germanischen Todesstrafen, págs. 198 y ss.; *Achter*, Geburt der Strafe, páginas 10 y ss.; *Rehfeldt*, Nipperdey-Festschrift, págs. 95 y ss., 109.

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

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

4 *Wilda*, Das Strafrecht der Germanen, págs. 484 y ss.

ministración de Justicia penal.[5] Aunque la pena, como se ve, es, desde los comienzos de la cultura humana, uno de los medios de poder estatal más importantes, el problema de su justificación, esencia y sentido sigue siendo, sin embargo, uno de los grandes problemas que tiene sin resolver la Ciencia del Derecho. Ello se debe a que la coacción represiva del Estado no es tan fácilmente explicable como la defensa ante perturbaciones del orden público o la protección militar de las fronteras de un país; por eso, el problema de su justificación ha conducido siempre a profundas polémicas ideológicas.

2. Para comprender el concepto de pena, hay que partir de dos presupuestos fundamentales. El primero afecta a su justificación; el segundo a su naturaleza.

a) La **justificación de la pena** reside en su necesidad para mantener el Orden jurídico entendido como condición fundamental para la convivencia humana en la comunidad.[6] El poder del Estado se aniquilaría por sí mismo, si no tuviera fuerza suficiente para impedir que las infracciones jurídicas intolerables se afirmaran abiertamente. Sin la pena el Ordenamiento jurídico dejaría de ser un orden coactivo y quedaría rebajado al nivel de una simple recomendación no vinculante. La pena, como expresión de la coacción jurídica, forma parte de toda comunidad basada en normas jurídicas (justificación **juridicopolítica** de la pena). La pena es además necesaria para satisfacer la sed de justicia de la comunidad. Una convivencia humana pacífica sería imposible, si el Estado se limitara simplemente a defenderse de los delitos cuya comisión fuera inminente y pretendiera, tanto de la víctima como de la generalidad, que aceptaran el delito cometido y vivieran con el delincuente como si no hubiera pasado nada. Las consecuencias de una tal actitud llevarían a que cada uno se tomara la justicia por su mano y al regreso de la pena privada[6a] (justificación **psicosociológica** de la pena). Finalmente la pena es también necesaria en consideración a la persona del delincuente mismo. La necesidad de librarse de la culpabilidad a través de la expiación es una experiencia fundamental de la persona como ente moral.[7] Posibilitar la expiación como actividad moral autónoma, aunque la mayoría de los delincuentes no lo hagan, es, por tanto, una tarea legítima del Estado[8] (justificación **éticoindividual** de la pena).

5 *Nagler*, Die Strafe, págs. 188 y ss. Cfr. CCC Art. 104: "Die straff nach gelegenheyt vnd ergernuss der übelthatt, auss lieb der gerechtigkeit, vnd vmb gemeynes nutz willen zu ordnen vnd zu machen".

6 *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, págs. 74 y ss.; *Maurach*, Vom Wesen und Zweck der Strafe, pág. 26; *Jescheck*, Rev. int déf soc 1955, 15. Sobre la relación interna entre orden y sanción *H. Barth*, Idee der Ordnung, págs. 217 y ss. Tampoco el psicoanálisis discute la necesidad de la pena; cfr. *Ehrenzweig*, Psychoanalytische Rechtswissenschaft, págs. 256 y ss.

6a Cfr. *Artz*, Der Ruf nach Recht und Ordnung, pp. 43 y ss. y supra, § 1 I 1.

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

8 *Baumann*, JBl 1965, 119; *Grassberger*, Österr. Zeitschrift f. öff. Recht

La predicción de *Radbruch*, de que alguna vez el progreso histórico "superaría al Derecho Penal",[9] no se ha cumplido hasta la fecha y tampoco tiene sentido esperar, como él decía, "algo que será mejor que el Derecho Penal",[10] en tanto no se diga a dónde puede conducir dicha postura. En un Estado de Derecho libre, en el que los ciudadanos también participan en el poder estatal, la coacción jurídica sólo puede existir por la vía de la pena, porque sólo ella se dirige a las personas como "entes racionales".

b) De la justificación de la pena debe distinguirse su **naturaleza.** La pena es un **juicio de desvalor éticosocial de carácter público** que recae sobre el delincuente por haber cometido una infracción jurídica.[11] La pena tiene, por consiguiente, un acento negativo y por ello siempre el carácter de mal, aunque en última instancia deba beneficiar al condenado. El mal que toda pena supone consiste en una injerencia voluntaria en la esfera jurídica del condenado (libertad, patrimonio, respeto social), pues precisamente la desaprobación pública se expresa en que la pena incide en la situación jurídica del culpable.[12] Negarle el carácter de mal a la pena equivaldría a negar el concepto mismo de pena. El precepto evangélico (Sermón de la Montaña) de responder al mal con el bien (*Mateo* 5,44) sólo puede realizarse por el poder punitivo estatal *indirectamente*, al ser el aseguramiento de las condiciones existenciales humanas, al que la pena sirve, también en última instancia un requisito esencial para la realización del bien.

Hasta el momento no ha podido ningún Estado renunciar a la pena como imposición voluntaria de un mal para garantizar el orden jurídico. El Código de Defensa Social cubano de 1936 es, en realidad, una ley de sistema dualista, como por lo demás sucede en el sistema neoclásico, aunque en su Exposición de Motivos se muestre partidario de la superación de la pena represiva por sanciones puramente preventivas.[13] El Código penal sueco de 1962 ha vuelto a la pena, aun después de que el Proyecto de 1956 sustituyera la expresión "pena" por la neutral de "consecuencia jurídica".[13a] Tampoco la nueva ley belga de defensa social de 1964 ha renunciado a la pena, aunque haya ampliado ciertamente las medidas. El Código penal soviético de 1926, que sólo conocía medidas de protección social sin carácter penal, ha sido derogado por la Ley unificadora de la URSS sobre "Bases de la Legislación penal" de 1958, en cuyo art. 20 se asigna a la pena ex-

1956, 283; cfr. también las citas de Platón en *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, págs. 22 y ss.; además, *W. Preiser*, Mezger-Festschrift, págs. 77 y ss. De otra opinión *Roxin*, JuS 1966, 379.

9 *Radbruch*, Rechtsphilosophie, pág. 269. Sobre los actuales ataques al Derecho Penal cfr. *Jescheck*, SchwZStr 91 (1975), págs. 13 y ss.

10 *Radbruch*, Der Erziehungsgedanke, pág. 57.

11 *Grassberger*, Österr. Zeitschrift, f. öff. Recht, 1956, 285; *Helena Pfander*, SchwZStr 61 (1946), pág. 191; *Henkel*, Strafe, pág. 7.

12 Lo que es ignorado por *Noll*, Ethische Begründung, pág. 17.

13 *Jiménez de Asúa*, t. I, pág. 1.210; *Blau*, Gefährlichkeitsbegriff, pág. 155.

13a Cfr. *Aggel/Thornstedt*, Das schwedische Strafrecht, págs. 259 y ss.

presamente una función represiva.[14] Presisamente en países con una Política Criminal especialmente avanzada como Suecia o California se observa una vuelta del sistema de tratamiento en establecimientos a la pena.

II. Posibles sentidos de la pena

El problema del **sentido de la pena** debe distinguirse del problema de su justificación y naturaleza. Aquí se trata de saber el *significado* que puede y debe tener el acto de castigar frente al condenado y a la sociedad.

1. Las **dos ideas básicas**, a través de las que puede descubrirse el sentido de la pena, son la *retribución* y la *prevención*.[15] O la pena mira al pasado (al delito cometido) y trata de conseguir con la imposición querida del mal a ella unido una reparación de la infracción jurídica realizada ("malum passionis propter malum actionis");[16] o mira al futuro (al peligro de que se cometan nuevos delitos por el mismo delincuente o por otros) y quiere intervenir sobre el delincuente y sobre la comunidad para evitar futuros hechos punibles, con lo que la intervención en la situación jurídica del condenado no es querida, sino sólo como un "mal necesario" ("nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur").[17] El punto de referencia de la retribución es la culpabilidad, el de la prevención la peligrosidad que radica en la persona del delincuente y en un sentido más amplio en la disposición constitucional de toda persona a cometer acciones punibles. Existe también la posibilidad de *unir retribución con prevención*. En este sentido, la pena sirve para evitar acciones punibles en el futuro *a través* de la justa retribución de la infracción cometida culpablemente en el pasado (cfr. *infra*, § 1 II, 1). En el lenguaje de *Hugo Grotius* se podría decir: "prudenter punit qui punit, quia peccatum est, ne peccetur".

2. El sentido tradicional de la pena es la idea de la retribución. La retribución fue originariamente una reacción cargada de fuertes connotaciones emotivas y puramente negativa hacia el delito. Sin embargo, el concepto de retribución ha experimentado a partir de la Ilustración en el siglo XVIII un profundo cambio. Retribución quiere decir que la pena debe ser proporcionada al injusto culpable de acuerdo con el principio de la justicia distributiva ("quia peccatum est").[18]

14 La lucha radical contra la pena como medio coactivo del poder punitivo que por ejemplo ya fue conducida por *Gramatica*, Rev int déf soc 1947, 3 y *Reiwald*, Die Gesellschaft, pág. 311 se continúa en las posiciones ideológicas de la Criminología radical actual (cfr. *supra*, § 1 I 3).

15 *Henkel*, Strafe, pág. 12 añade como tercera posibilidad la "reparación de daños", que apenas puede explicar la actual configuración de la pena, aunque podamos encontrar referencias en los §§ 56b II Nr. 1, 57 III, 59a II StGB, 153a I Nr. 1 StPO.

16 *Grotius*, De jure belli, lib. II cap. XX, § 1, 1.

17 *Grotius*, ebenda § 4, 1.

18 *Bockelmann*, HWB SozW, pág. 212.

La retribución, por lo tanto, no tiene nada que ver con la venganza, con oscuros sentimientos de odio o con reprimidos instintos agresivos de la sociedad;[19] la retribución es un principio proporcional. De acuerdo con la idea de la retribución, el delito cometido es causa y medida de la pena[20] que, a su vez, es la respuesta al delito y debe adaptarse al grado de injusto y de culpabilidad, es decir, adecuarse a su naturaleza y gravedad *(principio de culpabilidad)*.

La idea de retribución se apoya en *tres presupuestos inmanentes*. El primero es que la facultad del Estado de dar al culpable con la pena aquello que se merece, sólo puede justificarse, si se reconoce la superioridad moral de la comunidad sobre el delincuente. El segundo presupuesto de la retribución es que exista culpabilidad y que ésta pueda ser graduada de acuerdo con su gravedad. La idea de retribución supone en tercer lugar que, en principio, es posible concordar la gravedad de la culpabilidad y la magnitud de la pena de tal forma que la condena se sienta como merecida, tanto por el autor como por la comunidad. De la retribución debe distinguirse la *expiación*. La expiación es una contribución personal moral del condenado que le confirma la necesidad de la pena y le hace recuperar la propia libertad moral. La expiación no puede ser forzada por la pena; no obstante debe posibilitarse por el Estado e incluir el compromiso de la sociedad de que el autor con la aceptación de la pena se reconcilie con ella.[21]

3. La **idea de prevención** conduce a conclusiones que en parte son opuestas a las de la retribución. Desde un consecuente punto de vista preventivo el problema de la culpabilidad puede permanecer, en el fondo, sin solución, pues lo único que interesa es la peligrosidad del autor y la disposición criminal latente en la comunidad. El Estado ataca la inclinación al delito con penas que, según su clase y gravedad, deben hacer posible una intervención enérgica sobre el condenado. El delincuente no recibe lo que merece por su culpabilidad, sino lo que necesita para su resocialización.[22] Según la idea de la prevención, la pena es un medio para prevenir futuros delitos ("ne peccetur"). El delito no es causa, sino motivo del castigo, evidenciando que la

19 En este sentido la antigua psicología profunda, cfr. *Reik*, Geständniszwang, págs. 135 y ss.

20 De acuerdo con este criterio, son inadmisibles las medidas profilácticas impuestas por "desordenada conducción de vida" tal como las proponía *Versele*, Rev int pol crim 1953, 264 y 298. Sin embargo, el Derecho español y sudamericano contiene este tipo de medidas (cfr. la Ley española de peligrosidad social de 4-8-1970).

21 Cfr., al respecto, *Eb. Schmidt*, Materialien, t. I, pág. 11; *el mismo*, ZStW 67 (1955), pág. 187: "El Estado solamente puede esperar, cuando impone sus penas, la expiación como acto de purificación moral...". *LK (Else Koffka)*, § 13 Vorbem. 4 considera, apoyándose en los argumentos citados en el texto, que "la expiación" es incluso "la esencia de la pena". Escéptico *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 32.

22 Cfr. la conocida fórmula de *Kohlrausch*, Mitt IKV, t. 3 (1928), pág. 14: "Volver al desviado al buen camino, debe ser la cima que corone las funciones de la pena".

intervención del Estado es necesaria porque existen síntomas de un estado peligroso. Igualmente la idea de prevención, no la gravedad de la culpabilidad, determina la clase y magnitud de la pena.

Ejemplo: La Sect. 37 de la *Criminal Justice Act* inglesa de 1967 prevé la "extended sentence", como sustitución de la detención preventiva ("preventive detention"), facultando al Tribunal para sobrepasar de un modo relevante el grado de la pena merecida para asegurar la comunidad.[22a]

Lo mismo que la retribución, también la prevención parte de *tres presupuestos inmanentes*. El primero es la posibilidad de poder hacer, con la suficiente seguridad, un pronóstico del comportamiento humano futuro. El segundo es que la pena se adecue a la peligrosidad con tal exactitud que pueda aparecer por lo menos como probable el resultado preventivo. El tercero es que a través de los elementos de intimidación, corrección y seguridad que hay en la pena y especialmente a través de la labor sociopedagógica durante la ejecución de la pena, puede ser combatida eficazmente la tendencia a la criminalidad que hay no sólo en los jóvenes, sino también en los adultos.

A ello se añade todavía un ulterior factor, en el que se unen retribución y prevención: También la prevención necesita para justificarse la certeza de que el Estado está legitimado para adaptar, a través de la coacción penal, los delincuentes peligrosos a las pautas rectoras dominantes en la sociedad. Con ello se supone que estas pautas también tienen un valor moral y de este modo coinciden los puntos de partida de ambos sistemas en sus ideas fundamentales, en tanto que la resocialización signifique algo más que mera coacción a la obediencia externa.[23] La concepción moral de la labor que tienen que cumplir la Administración de Justicia penal forma así un puente entre retribución y prevención.

La eficacia preventiva de la pena puede ser *doble:*

a) Cuando el resultado de la prevención incide en la totalidad de los ciudadanos, se habla de **prevención general.**[24] A través de la conminación penal contenida en la ley y de la condena del culpable, que demuestra que el Estado pretende aplicar en serio la amenaza

22a Cfr. *Smith/Hogan,* Criminal Law, págs. 13 y ss.

23 *Bockelmann,* Schuld und Sühne, pág. 21.

24 Actualmente vuelve a darse a la prevención general como explicación del sentido de la pena una importancia mayor a la que se le daba en otras épocas dominadas por el optimismo en el tratamiento; cfr. *Andenaes,* Punishment, páginas 34 y ss.; *el mismo,* Journal of Criminal Law 66 (1975), págs. 338 y ss.; *Baumann,* Allg. Teil, págs. 15 y ss.; *Bockelmann,* Allg. Teil, pág. 8; *Enschedé/Heijder,* Beginselen, pág. 9; *Hoerster,* GA 1970, 272; *Jescheck,* SchwZStr 91 (1975), págs. 18 y ss.; *Lenckner,* Strafe, pág. 22; *Schmidhäuser,* Allg. Teil, página 52 y ss.; *el mismo,* Einführung, págs. 49 y ss.; *Sieverts,* HWB Krim., tomo II, págs. 4 y ss.; *Stratenwerth,* Allg. Teil I, número 41; *Bettiol,* Diritto penale, pág. 715; *Merle/Vitu,* Traité, págs. 646 y ss.; *Schultz,* Einführung, I, página 43 y ss. Cfr. también *Popitz,* Präventivwirkung des Nichtwissens, págs. 156 y siguientes.

penal, debe impedirse la legitimación del delito y conseguirse esa aversión moral hacia él que por sí misma se hace sentir y que en gran medida ayuda a mantener dentro de ciertos límites la criminalidad latente en la generalidad. No puede decirse en absoluto que todo hecho punible cometido demuestre la ineficacia de la prevención general del Derecho Penal, pues, si no se castigaran los delitos, se cometerían, sin duda, muchos más de los que se cometen.

El Estado no sólo se propone, pues, con la amenaza de una pena, la intimidación del presunto delincuente, sino que sobre todo se debe esforzar en robustecer la conciencia jurídica de la comunidad con leyes penales justas y con su aplicación igualitaria y proporcionada, exhortándola a la obediencia voluntaria del Derecho (cfr. *infra,* § 1 II, 1).

b) Mientras que la prevención general aspira a prevenir el delito en la comunidad, la **prevención especial o individual** se dirige al condenado mismo, que, a través de la lección que recibe con la pena, debe ser apartado de futuros yerros y educado para que se adapte a las ideas sociales dominantes en la comunidad. Si la pena privativa de libertad llega a ejecutarse, su cumplimiento debe estar inspirado por la imagen rectora de la *resocialización,* formando intelectual, profesional y técnicamente al penado, reforzando su sentido de la responsabilidad e incitándolo a que coopere activamente en el establecimiento penal (§ 2, 1 StVollzG). El período de privación de libertad sirve también para asegurar a la sociedad frente al delincuente peligroso (§ 2, 2 StVollzG). Últimamente se viene considerando cada vez con mayor escepticismo la posibilidad de un efecto pedagógico verdaderamente eficaz en el establecimiento penal, tras el poco éxito obtenido en aquellos países que se han esforzado en intensificar el sistema penitenciario (USA, Países Escandinavos, Holanda). A la prevención especial sirve más eficazmente la condena condicional sobre todo si va acompañada de una asistencia social planificada e intensiva para el condenado (cfr. *infra,* § 8 VI).

4. Retribución y prevención no son polos opuestos irreconciliables. Es posible una **unificación** de manera que la pena no se agote ciertamente en sí misma, sino que se conmine y aplique con el fin de proteger a la sociedad de futuros delitos; pero de manera que también sirva para compensar la culpabilidad por el delito cometido, buscando lograr el resultado preventivo de *una forma justa.*[25] La pena justa tiene que cumplir de este modo una función preventiva y otra reeducadora en la comunidad, en cuanto tiene una *fuerza configuradora de las costumbres,* y en el condenado, en cuanto es un principio proporcional que apela a su sentido de la responsabilidad. Los

25 Sobre la relación entre represión y prevención, cfr. también *Noll,* H. Mayer-Festschrift, pág. 220; *Stratenwerth,* Strafrecht, Allg. Teil I, núms. 44 y ss.; *Schmidhäuser,* Allg. Teil, págs. 55 y ss.; *Arthur Kaufmann,* Schuldprinzip, página 276.

fines preventivos, que no puedan ser logrados con la aplicación de la pena justa, deben asignarse a las medidas de seguridad. Instituciones como la suspensión a prueba de la pena (§ 56) o la libertad condicional (§ 57) pueden evitar las consecuencias nocivas que se derivan del cumplimiento de la pena. Los presupuestos inmanentes que aquí se hacen valer son los mismos de la retribución, es decir, la legitimación del Estado para aplicar una pena, la existencia de la culpabilidad y la posibilidad de compensar la culpabilidad con la pena. A ello se añade el convencimiento de que sólo la pena justa irradia un *efecto sociopedagógico* en la comunidad y de que sólo *ella* se reconoce por el condenado como *respuesta de una comunidad a la que él pertenece.*

A los posibles sentidos de la pena se les denomina **teorías penales.**

III. Teorías absolutas

Las **teorías absolutas de la pena** ven el fundamento jurídico y el sentido de ésta *únicamente* en la retribución. A través de la retribución se hace justicia al culpable de un delito. La pena se libera de toda finalidad ("poena absoluta ab effectu") y se presenta únicamente como la imposición voluntaria de un mal para compensar la lesión jurídica cometida culpablemente. Las bases ideológicas de las teorías absolutas radican en el reconocimiento del Estado como guardián de la justicia terrena y como conjunto de ideas morales, en la fe, en la capacidad del hombre para autodeterminarse y en la idea de que la misión del Estado frente a los ciudadanos debe limitarse a la protección de la libertad individual. En las teorías absolutas coinciden, por tanto, ideas liberales, individualistas e idealistas.

1. Para *Kant* (1724-1804) la ley penal es un **"imperativo categórico"**, es decir, un mandato de la Justicia libre de toda consideración finalista.

La pena sólo tiene sentido, si es retribución de la culpabilidad: "La pena judicial... no puede nunca imponerse simplemente como medio para conseguir otro bien para el delincuente mismo o para la sociedad, sino que tiene que imponerse en todo momento contra el delincuente porque ha delinquido".[26] Y para demostrar claramente que ni siquiera un transfondo de prevención general puede acompañar a la pena, pone Kant como ejemplo el caso de la disolución de la comunidad de una isla: "Incluso si todos los miembros de una comunidad acordaran por unanimidad disolverse (por ej., si la población que habita una isla acordara que cada uno tirara por su lado y esparcirse por el mundo), antes de que ello se llevara a cabo, debería ejecutarse el último asesino que estuviera en prisión, para que todo el mundo supiera el trato que merecen sus hechos...".[27]

26 *Kant*, Die Metaphysik der Sitten (1797), pág. 453.
27 *Kant*, ebenda, pág. 455; cfr. sobre ambas citas *H. Mayer*, Engisch-Festschrift, págs. 64 y ss. Sobre la influencia enorme de Kant véase además *Naucke*, Philosophie und Rechtswissenschaft, págs. 36 y ss.

2. La cuestión es, no obstante, el sentido que para la comunidad debe tener este rigor excesivo del concepto kantiano de pena que en última instancia lleva al principio del Talión ("ojo por ojo, diente por diente"). A ello ha dado *Hegel* (1770-1831) una respuesta que va más allá de lo dicho por *Kant*. *Hegel* fundamenta la pena en el principio dialéctico, según el cual el Ordenamiento jurídico representa la **"voluntad general"** y niega con la pena la **"voluntad especial"** del delincuente expresada en la lesión jurídica que "queda anulada" por la superioridad moral de la comunidad. De esta manera se restablece la coincidencia de la voluntad general con la especial mostrando la inutilidad del delito y su falta de vigencia.[28]

"La lesión de esta voluntad como voluntad existente es, por consiguiente, la anulación del delito que, de lo contrario, tendría vigencia, y el restablecimiento del Derecho."[29]

"La lesión que se infiere al delincuente, es no sólo justa en sí — como justa dicha lesión es también su voluntad en si existente, una existencia de su libertad, su derecho; ... se honra al delincuente como ser racional, si se contempla la pena como una institución que contiene su propio derecho."[30]

3. La antigua *Ética cristiana* sostuvo también una teoría absoluta de la pena. Para ello se basaba, por una parte, en la concepción del orden universal como una obra creada por Dios (teoría de los dos reinos) y, por otra, en la idea de la identidad entre el ser divino y el humano (teoría de la "analogía entis").

Esta teoría ha sido mantenida por un sector de la teología protestante y por la antigua teoría católica. "El sentido de la pena radica" para *Althaus*[31] "en ella misma como mantenimiento del orden eterno ante y sobre el delincuente." Y para *Trilhaas*,[32] encerrado en la idea de expiación (el sentido de la pena) radica en que, sin consideración a los fines, se orienta únicamente hacia el bien mismo y en que la pena sin efectos secundarios sólo afecta al delincuente". Especialmente expresiva es la cita de la teoría de la "analogia entis" que hizo el Papa *Pío XII* en su Mensaje al VI Congreso Internacional de Derecho Penal: "Mais le Juge suprême, dans son jugement final, applique uniquement le principe de la rétribution. Celui-ci doit donc certes posséder une valeur qui n'est pas négligeable".[33]

28 Cfr. *H. Mayer*, Engisch-Festschrift, pág. 77.
29 *Hegel*, Rechtsphilosophie, § 99.
30 *Hegel*, Rechtsphilosophie, § 100. Especialmente se adhirieron a él los principales partidarios de la moderna Escuela Clásica del Derecho Penal, cfr. *Binding*, Abhandlungen, t. I, pág. 85; *Beling*, Die Vergeltungsidee, págs. 19 y ss. Críticamente sobre la falta de realismo en Hegel *Flechtheim*, Hegels Strafrechtstheorie, págs. 91 y ss., y sobre su postura política e ideológica, págs. 122 y ss. Cfr. además *Piontkowski*, Hegels Lehre, págs. 139 y ss.
31 *Althaus*, Die Todesstrafe, pág. 21.
32 *Trillhaas*, Zur Theologie der Strafe, pág. 48.
33 Mensaje del Papa *Pío XII*, ZStW 66 (1954), pág. 14.

4. Como **crítica** de las teorías absolutas se alega que la realización de la moralidad absoluta en la tierra no es una tarea que incumba al Estado ni corresponde a sus fines y medios. Son muchos más los actos injustos que quedan sin castigar que los que se castigan. Al poder estatal lo único que puede interesarle cuando impone una pena es mantener por medio de la coacción jurídica las bases de una pacífica y segura convivencia humana. Precisamente por eso no se emplea la pena siempre que la Justicia lo requiera, sino sólo cuando es imprescindible en interés de la comunidad. Debe destacarse además que en las teorías absolutas se desconoce totalmente que el hombre es un ser necesitado de ayuda, que padece y que es débil; se le trata con justicia, pero con extrema frialdad. La permanente verdad de las teorías absolutas radica en decir que sólo de una manera justa puede aspirarse a proteger la sociedad con la pena, cuando ésta sea necesaria.

IV. Teorías relativas

Las **teorías relativas** son totalmente opuestas a las absolutas. Según las teorías relativas la pena no tiene que realizar la Justicia en la tierra, sino proteger la sociedad. La pena no es un fin en sí misma, sino un medio de prevención. El sentido de la pena consiste *únicamente* en cumplir su tarea de impedir que se cometan en el futuro acciones punibles ("poena relata ad effectum"). Los fundamentos ideológicos de las teorías relativas están constituidos por las teorías políticas humanitarias de la Ilustración, por la inclinación a la explicación científica causal del comportamiento humano, por la fe en la posibilidad de educar a las personas, inclusive las adultas, a través de una adecuada intervención sociopedagógica y por el escepticismo frente a todos los intentos de explicar metafísicamente los problemas de la vida social. En las teorías relativas coinciden, por tanto, ideas humanitarias, sociales, racionales y utilitarias.

1. **La idea de la prevención como fin de la pena** era prácticamente una idea que se encontraba próxima a la Filosofía antigua orientada al bien común.

Así, por ejemplo, el "sed ne peccetur" de HUGO GROTIUS procede de una frase que PLATÓN ponía en boca de Protágoras: "Quien quiera castigar de manera racional, no debe hacerlo por el delito ya cometido..., sino pensando en el futuro, para que en adelante ni el delincuente mismo vuelva a delinquir, ni tampoco lo hagan los otros que ven cómo el delincuente es castigado".[34]

La teoría del Estado del Derecho Natural y de la Ilustración *(Hugo Grotius, Samuel Puffendorf, Christian Thomasius)*, con su lucha por una configuración racional más humana del estado de cosas en que se encontraba la Justicia Penal, dio un impulso para superar la idea de la intimidación que, en la praxis penal del Derecho común en los siglos XVII y XVIII, había ido degenerando.

34 *Plato*, Protagoras, pág. 76.

En la literatura francesa de la época de la Ilustración consideraba *Montesquieu* que lo más importante era el fin preventivo de la pena y *Voltaire* atacaba valerosamente los abusos que se daban en la Justicia Penal del Ancien Régime, considerando que lo principal de la pena debía ser su humanidad, proporcionalidad y utilidad. El libro, traducido a tantos idiomas, del italiano *Cesare Beccaria* "Dei delitti e delle pene" (1764), en el que por primera vez se desarrollaba, sirviéndose de la teoría del pacto social, un programa completo de reforma del Derecho Penal basado en la idea de prevención, supuso una apertura de la conciencia de la humanidad hacia los problemas políticocriminales. En Inglaterra *Jeremy Bentham* fundamentó su ética utilitarista en el "greatest happiness principle", deduciendo de él una Política Criminal racional elaborada de un modo estrictamente lógico.[34a] En Alemania fue Prusia, con su rey Federico el Grande, la que ocupó el primer lugar en la nueva configuración de la Política Criminal, encontrando la teoría de la prevención especial de *Stübel*,[35] a través de *Klein* y *Grolman*,[36] acogida en el Derecho Territorial General de 1794.[37]

2. **Las teorías penales de los siglos XVII y XVIII habían estado ciertamente determinadas por las ideas preventivas, pero únicamente *Paul Johann Anselm v. Feuerbach* (1775-1833), el más grande criminalista alemán de la primera mitad del siglo XIX, distinguió desde el punto de vista teórico claramente entre prevención general y prevención especial.** *Feuerbach* vinculó la prevención general a la conminación penal, haciendo de ella el centro de su sistema. De este modo condujo la teoría penal de la Iustración a su cénit.[38] *Feuerbach* no se apoyaba ya en el utilitarismo clásico de *Beccaria* y *Bentham*, sino que intentaba extender un puente entre su teoría y la ética kantiana.[39] La *conminación* penal tenía que producir **"prevención general a través de la coacción psicológica"**; la *imposición* de la pena sólo venía a demostrar que se pensaba realmente llevarla a la práctica.

"El Estado... debe preocuparse de impedir psicológicamente al que tiene inclinaciones delictivas, que se comporte realmente de acuerdo con esas

34a Cfr. *Hepp*, J. Bentham's Grundsätze der Criminalpolitik, págs. 5 y ss.
35 Cfr. sobre esto, *Arendts*, Christoph Carl Stübels Straftheorie, págs. 14 y siguientes.
36 Cfr. *Cattaneo*, Karl Grolman, págs. 278 y ss.
37 *Eb. Schmidt*, Die Kriminalpolitik Preussens, pág. 42 y ss.
38 *Radbruch*, P. J. A. Feuerbach, págs. 44 y ss.; *Cattaneo*, Anselm Feuerbach, págs. 501 y ss.; *Kipper*, Feuerbach, págs. 26 y ss.
39 *Naucke*, Kant und die psychologische Zwangstheorie, págs. 43 y ss. Sobre la relación entre la teoría de la coacción psicológica y el principio de legalidad en Feuerbach *Naucke*, ZStW 87 (1975), págs. 880 y ss.

inclinaciones."[40] "Si de lo que se trata es de impedir que se cometan infracciones jurídicas, debe existir junto a la coacción física otra clase de coacción cuyo efecto sea anterior al de la comisión del delito... Esta otra clase de coacción sólo puede ser una coacción psicológica."[41] La teoría penal de Feuerbach era en buena parte indiscutiblemente cierta y, al mismo tiempo, se ajustaba al pensamiento liberal de la época, conduciendo rápidamente a la superación de las ideas de prevención especial que, procedentes de la época del Despotismo Ilustrado, aún eran objeto de especulación. La teoría penal de Feuerbach, juntamente con el *Code pénal de 1810,* fue decisiva en la legislación de todo el siglo XIX.

3. Cuando parecía que las teorías de la prevención especial de la época del Derecho Territorial Prusiano habían sido superadas definitivamente, surgió con *Franz v. Liszt* (1851-1919)[42] casi cien años más tarde una nueva teoría de la prevención especial, que ha tenido como modelo ideal una resonancia internacional y ha producido una profunda transformación del sistema sancionatorio del Derecho Penal alemán.[43] *Von Liszt* situó el Derecho Penal en el ámbito mucho más amplio de una Política jurídica inspirada en puntos de vista racionales, en la que debía figurar la **"idea del fin"** como el auténtico punto de apoyo del progreso jurídico. Para ello, partiendo de la cuestión de la realidad de la criminalidad, se dejó llevar por los métodos de investigación causal-empíricos de las modernas Ciencias físicas y naturales, que en aquella época encontraban acogida en las Ciencias sociales; demostró las deficiencias del Derecho Penal vigente a la vista de los resultados que aportaba la Estadística Criminal y consideró la Política Criminal como una parte orgánica de la Política social *(positivismo).*[44] En 1882 presentó *v. Liszt* su concepción políticocriminal básica en su famosa lección inaugural en la Universidad de Marburgo: "Der Zweckgedanke im Strafrecht" (Programa de Marburgo).[45]

Las ideas fundamentales son: "La pena correcta, es decir, la justa es la pena necesaria. Justicia en Derecho Penal es el mantenimiento de la magnitud penal que requiere la idea del fin". De acuerdo con ello, es misión del Derecho Penal llamar la atención del delincuente ocasional no necesitado de corrección con una especie de "advertencia" para apartarle de

40 *Feuerbach,* Revision Teil I, pág. 43.
41 *Feuerbach,* Lehrbuch, 3.ª ed., págs. 14 y ss.
42 Bibliografía sobre el más grande criminalista alemán de la segunda mitad del siglo XIX en *Eb. Schmidt,* en: Die grossen Deutschen, t. V, pág. 407; cfr. además *Jescheck* (ed.), Franz v. Liszt zum Gedächtnis, 1969.
43 Cfr. la ponderada exposición del punto de vista preventivo especial de *Kohlrausch,* Mitt IKV, t. 3, págs. 5 y ss.
44 Sobre la ideología del positivismo cfr. para más detalles *Welzel,* Naturalismus und Wertphilosophie, págs. 1 y ss.; además *Engisch,* MSchrKrim 1934, página 35.
45 *v. Liszt,* ZStW 3 (1883), pág. 1; además *el mismo,* en: Aufsätze, t. I, página 126.

futuros delitos, resocializar al delincuente de estado susceptible de corrección a través de la educación durante el tiempo de cumplimiento de la pena e inocuizar al delincuente habitual incorregible con la "servidumbre penal" por tiempo indeterminado. Esta concepción suponía necesariamente la lucha contra las penas cortas privativas de libertad que desde el punto de vista educacional son ineficaces y perjudiciales para el condenado y el esfuerzo por mejorar el sistema penitenciario. VON LISZT se dio cuenta, sin embargo del peligro que suponía para la seguridad jurídica una Política criminal determinada por un criterio puramente preventivo especial: por eso, consideraba que el *Derecho* Penal debería seguir siendo "la infranqueable barrera de la Política Criminal" (la "Magna Charta del delincuente").[46] Una dogmática juridicopenal estrictamente objetiva debía, además, hacer posible la vinculación de la idea del fin con la del Estado de Derecho.[47] En torno al programa político-criminal de FRANZ VON LISZT se formó en Alemania la *moderna* (sociológica) Escuela del Derecho Penal (ERNST DELAQUIS, MORITZ LIEPMANN, GUSTAV RADBRUCH, EBERHARD SCHMIDT).

4. Sobre la base del positivismo científico surgieron también en **otros países europeos,** casi al mismo tiempo, movimientos políticocriminales que pretendían extraer de los movimientos ideológicos, económicos y sociales de la segunda mitad del siglo XIX consecuencias para el Derecho Penal.[48] Fundamental importancia tuvo sobre todo esta evolución en *Italia* que de un modo especialmente intenso influyó en América del Sur.[49] En Italia *Cesare Lombroso* (1836-1909)[50] proclamó la revolucionaria tesis de que las causas del delito había que buscarlas en determinadas características corporales hereditarias del delincuente ("delinquente nato"); mientras el jurista *Enrico Ferri* (1856-1929),[51] fundador de la "Scuola Positiva" y luchador en pro de reformas sociales en Italia, colocaba el centro de gravedad del origen del delito en los factores sociales. De ambos planteamientos se derivaron amplias consecuencias de tipo preventivo especial en la configuración de la pena.[52] Las relaciones internacionales de la Escuela moderna condujeron pronto a la creación de una organización:

46 *v. Liszt,* Aufsätze, t. II, pág. 80.
47 Detalladamente sobre esto *Georgakis,* Geistesgeschichtliche Studien, páginas 50 y ss.
48 Cfr., por ejemplo, en Francia la "École pénitentiaire" *(Lucas)* y la "Société Générale des Prisons" (1877), así como *Saleilles,* L'individualisation de la peine, págs. 51 y ss.; en Suecia, *Thyrén,* Prinzipien einer Strafgesetzreform, páginas 19 y ss.; en España, *Dorado Montero,* El derecho protector de los criminales, t. I, págs. 281 y ss. (sobre él, *Jiménez de Asúa,* t. I, págs. 872 y ss.).
49 Cfr. sobre esto y sobre la Política Criminal sudamericana cada vez más orientada hacia Alemania *Jescheck,* Heinitz-Festschrift, págs. 717 y ss.
50 Sobre la importancia permanente de Lombroso, cfr. *di Tullio,* La Scuola positiva 64 (1959), página 495. La completa investigación de *Landecho,* Cesare Lombroso, biografía y obra criminológica, espera aún su publicación.
51 Principal obra de *Ferri:* I nuovi orizzonti, 1881. Sobre Ferri, *Graven,* La Scuola positiva, 58 (1953), pág. 394.
52 Estos planteamientos fueron incluidos por *Ferri* en el Anteproyecto del Código Penal italiano de 1921, La Scuola positiva, N.F. 1 (1921), pág. 1.

en 1889 *Franz v. Liszt*, juntamente con el belga *Adolphe Prins*[53] y el holandés *G. A. van Hamel*, fundó la Unión Internacional Criminalista (UIC),[54] que desarrolló hasta la Primera Guerra Mundial una importante y eficaz campaña científica y propagandística en pro de una nueva Política criminal, siendo continuada a partir de 1924 por la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP).

El programa politicocriminal de la Escuela moderna se continúa hoy, sobre todo, por la *Sociedad Internacional de Defensa Social* ("Société Internacionale de Défense Sociale"), que fue fundada en 1947 por el italiano *Filippo Gramatica*.[55] Su ala radical capitaneada por el mismo *Gramatica* quiere sustituir el delito por la antisocialidad, la culpabilidad por la peligrosidad y la pena por medidas.[56] Actualmente es, sin embargo, más importante la dirección ecléctica, representada por *Marc Ancel*, que reconoce el principio de culpabilidad y la responsabilidad del hombre, pero que quiere transformar la Administración de Justicia penal con un espíritu profundamente humanitario de modo que pueda ajustarse de la mejor manera posible a su tarea de recuperar al condenado para la comunidad en colaboración con las modernas Ciencias humanas.[57] El VIII Congreso Internacional de Defensa Social celebrado en París en 1971 puso de relieve que, al igual que puede comprobarse también ahora en EE.UU. y en Suecia, existe un claro escepticismo desde el prisma de la libertad individual, del principio de legalidad y de los derechos humanos ante una concepción excesivamente amplia de la prevención especial (Sobre la importancia de la "Défense sociale" en la moderna Política Criminal, cfr. *infra*, § 70 I).

5. En la **crítica** de las teorías penales relativas hay que distinguir entre prevención general y prevención especial. A la *prevención general* le falta, si no se limita por el principio de culpabilidad, un criterio proporcional que limite la gravedad de la pena a imponer, pues la misma lógica de la intimidación lleva a considerar que mientras mayor sea la gravedad de las penas que se imponen en atención a la impresión que produce en la generalidad mayor debe ser también su eficacia. Pero realmente no es la pena más grave, sino la pena más justa en relación con lo injusto del hecho y la culpabilidad del autor

53 La principal obra de *Prins* tenía ya el importante título "La défense sociale".

54 Sobre la IKV (UIC) y sus principales miembros cfr. el número de la Rev int dr pén 1951, núm. 2/3 recordatorio del centenario del nacimiento de Franz von Liszt; y además *Cornil*, ZStW 87 (1975), págs. 438 y ss.

55 Cfr. el "Programme Minimum" de la Défense Sociale en: Bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale 1955, núm. 1, publicado en alemán en ZStW 66 (1954), pág. 646.

56 *Gramatica*, Principi di difesa sociale, 1961.

57 *Ancel*, La défense sociale nouvelle, págs. 37 y ss., págs. 26 y ss. de la edición alemana. Una buena exposición de esta teoría ofrece *Melzer*, Die Neue Sozialverteidigung, págs. 37 y ss.; *el mismo*, JZ 1970, 765 y ss. Cfr. además *Lenckner*, Strafe, págs. 14 y ss. Especialmente en contra *Lange*, que, sin embargo, no tiene en cuenta la evolución más reciente.

la que incide en la conciencia jurídica del pueblo como "fuerza configuradora de las costumbres". La prevención general por sí sola produce más perjuicio que beneficio. Frente a la *prevención especial* hay que objetar, por un lado, que consecuentemente debería sustituir la pena por medidas terapéuticas, pues si de lo que se tratara en la Administración de Justicia Penal fuera solamente de la resocialización del delincuente, entonces sería tan absurdo la desaprobación del delito que la pena lleva implícita como la desaprobación de una enfermedad. Por otro lado, la prevención especial en algunos casos límites conduce a resultados que son insoportables para el sentimiento de Justicia de la comunidad.[58] Por una parte, debería dejarse totalmente sin castigar al delincuente ocasional, que, tras haber vivido de un modo decente durante varios años haya sido descubierto, como por ejemplo el vigilante de los campos de concentración nazis, complicado en aquel sistema político criminal, o al esposo que declara falsamente en un juicio para salvar el honor de su esposa, porque en ninguno de estos casos es necesaria una resocialización. Por otra parte, habría que imponer al delincuente de estado que hubiera cometido un delito de poca importancia, pero que fuese sintomático de su tendencia criminal, importantes medidas de seguridad o terapéuticas que no estarían en relación con la importancia del hecho cometido. Una prevención especial consecuente debería, además, conducir a las medidas predelictuales, pues desde este punto de vista es absurdo esperar a la comisión de un delito para que el Estado pueda intervenir. El gran problema es, por último, si puede conseguirse durante el tiempo de ejecución de la pena una eficaz educación del delincuente adulto y si no sería mucho mejor en la mayoría de los casos que, para conseguir la resocialización del delincuente, el Estado renunciara a la pena en general y se limitara a la simple asistencia social.

V. Teorías eclécticas

Las **teorías eclécticas** (o de la unión) intentan mediar entre las teorías absolutas y las relativas, pero no a través de la simple adición de ideas contrapuestas, sino a través de la reflexión práctica de que la pena en la realidad de su aplicación frente al afectado por ella y frente a su mundo circundante siempre desarrolla la totalidad de sus funciones; así que lo que interesa es reunir todos los fines de la pena en una relación equilibrada (método dialéctico),[59] aunque, caso de que se presenten las inevitables "antinomias de los fines de la pena", haya que inclinarse por uno u otro principio. Así, por ejemplo, se une la prevención general con la justa retri-

58 *Bockelmann*, Schuld und Sühne, págs. 17 y ss.; *el mismo*, Allg. Teil, página 7.

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

bución de acuerdo con la experiencia de que únicamente la pena limitada en su gravedad por la culpabilidad puede tener una eficacia intimidatoria en sentido sociopedagógico. Igualmente la retribución no se entiende nunca simplemente como humillación del condenado, sino siempre como una intervención lo más moderada posible, que debe reconciliar al delincuente, cuya culpabilidad se compensa proporcionalmente, con la comunidad. Y así también debe toda pena configurarse de tal modo que pueda tener un efecto resocializador siempre que este efecto sea posible y necesario; y para poder cumplir este fin puede reducirse el marco penal correspondiente al grado de culpabilidad sin que, desde luego, la pena pierda su relación con la culpabilidad que es su fundamento. Por el contrario, la pena correspondiente al grado de culpabilidad nunca debe ser agravada por razones de prevención general o especial. Las teorías eclécticas se caracterizan, pues, por una concepción pluridimensional de la pena, que se orienta en la idea de retribución, pero que no se limita a ella (cfr. *infra*, § 82 III, 3).

1. Las teorías eclécticas han sido el resultado de una larga polémica política y científica. Contra las radicales exigencias de la Escuela moderna se alzaron las fuerzas conservadoras de la Ciencia alemana del Derecho Penal[60] que se agruparon en torno a *Binding*, *v. Birkmeyer* y *Kahl* en la *Escuela Clásica*. La **lucha de Escuelas** se prolongó hasta después de la República de Weimar en una enconada polémica[60a] y sólo terminó en 1933, cuando el Estado totalitario minó los cimientos de ambas direcciones científicas, utilizando el Derecho Penal desde el primer momento como instrumento de terror. Todavía en el momento cumbre de la lucha de Escuelas se intentó una solución de compromiso que pudiera ajustarse a las necesidades prácticas de la Administración de Justicia Penal,[61] sobre todo después de que *Adolf Merkel* hubiera relativizado los contrastes, al destacar su denominador común.[62] La "pena retributiva", así se argumenta desde entonces, no flota libremente suspendida en el espacio de la especulación teórica, sino que, en cuanto es una realidad en la vida del condenado y en su mundo circundante, tiene que cumplir una función social que es lo único que la justifica. La pena retributiva cumple las exigencias del Ordenamiento jurídico, satisface el sentimiento jurídico y asegura con ello del mejor modo la protección de los bienes jurídicos. El delincuente recibe lo que él mismo considera justo, es aleccionado y dentro de lo posible corregido por la pena. Únicamente

60 Característico de esta postura es, por ejemplo, el subtítulo del escrito polémico de *Birkmeyers* "Was lässt v. Liszt vom Strafrecht übrig?", que dice: "Advertencia sobre la moderna dirección en Derecho Penal".

60a Cfr. con más detalle *Seidl*, Der Streit um den Strafzweck, págs. 46 y ss.

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

62 *A. Merkel*, Abhandlungen, t. I, págs. 10 y ss., y t. II, págs. 695 y ss.

la pena justa y sólo ésta sirve, tanto para intimidar a la comunidad y robustecer su conciencia jurídica, como para intimidar y corregir al delincuente mismo. La pena justa asegura el Ordenamiento jurídico con una intervención lo más moderada posible, aunando en una relación equilibrada culpabilidad y magnitud penal juntamente con la personalidad del delincuente. La "pena fin" se legitima en el moderno Derecho Penal que persigue la prevención del delito, pero esta meta sólo puede alcanzarse si se atienden también las exigencias de Justicia. Recientemente vienen ocupando el primer plano, aunque sin desplazar los demás fines de la pena, la consideración consciente de los efectos de la pena en la vida futura del condenado en la sociedad y la idea de la asistencia social aneja a la pena (cfr. §§ 59 II, 69 A E). Ésta es la línea que sigue hoy la doctrina dominante en Alemania.[63] También en el extranjero son dominantes las teorías eclécticas.[64]

2. El concepto de pena de las teorías eclécticas es también el concepto de pena acogido por el **Derecho vigente.** Acuñado por el espíritu liberal de la primera mitad del siglo XIX, el RStGB de 1871 reunió las ideas retributivas de *Kant* y *Hegel* con las preventivas generales de *Feuerbach*. "Prevención general a través de la justa retribución" fue la idea dominante en la época de su nacimiento. Con la introducción de las medidas de seguridad y de corrección en 1933 se subrayó aún más el carácter retributivo de la pena, pues las especiales necesidades de prevención especial de la Administración de Justicia penal, que no pueden ser realizadas por la pena cuando ésta permanece limitada a su función retributiva, deben ahora ser satisfechas por esta vía. También se consideró admisible y ha sido prác-

63 Cfr. anteriormente, *v. Hippel*, t. I, págs. 487 y ss.; *Mezger*, Materialien, t. I, pág. 2; actualmente *Baumann*, Allg. Teil, págs. 14 y ss.; *Bruns*, Strafzumessungsrecht, págs. 196 y ss.; *Bockelmann*, Ev. Staatslexikon, pág. 2.245; *Dreher*, Gerechte Strafe, págs. 127 y ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 91 y ss.; *H. Mayer*, Lehrbuch, pág. 33; *Müller-Dietz*, Strafbegriff, págs. 111 y ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 52 y ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, § 38 Vorbem., 11 y ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núms. 43 y ss.; *Welzel*, Lehrbuch, págs. 238 y siguientes.

64 La afirmación de *Kadecka*, ÖJZ 1953, 340 de que "las teorías sincréticas sólo tienen partidarios todavía en Alemania", no es acertada. A favor de las teorías eclécticas o de la unión están, entre otros, por ejemplo, en Austria, *Rittler*, tomo I, pág. 3 y *Leukauf/Steininger*, § 32 Anm. A; en Suecia, *Aggel/Thornstedt*, Das schwedische Strafrecht, págs. 259 y ss.; en Suiza, *Hafter*, Allg. Teil, páginas 252 y ss. y *Schultz*, Einführung, I, págs. 42 y ss.; en Italia, *Pagliaro*, Principi, págs. 638 y ss.; en Francia, *Stefani/Levasseur*, pág. 342; *Vouin/Léauté*, páginas 93 y ss. y *Merle/Vitu*, Traité, págs. 646 y ss.; en España, *Antón Oneca*, Derecho Penal, t. I, págs. 477 y ss. y *Cerezo Mir*, Curso, págs. 25 y ss.; en Holanda, *Pompe*, Handboek, pág. 7 y *D. Hazewinkel-Suringa*, Inleiding m. Nachw., páginas 763 y ss., esp. págs. 770 y ss. Cfr. además las sesiones del VI Congreso Internacional de Derecho Penal de Roma en: Association Internationale de Droit Pénal, VI[e] Congrès International, 1957, págs. 226 y ss. Estrictamente aferrados a la retribución permanecen *Bettiol*, Diritto penale, pág. 705 y *Devesa*, Derecho *Penal*, págs. 749 y ss.; mientras *Mir Puig*, Introducción, págs. 92 y ss. da la primacía a la prevención.

tica habitual hasta la fecha la reducción del contenido de la culpabilidad por razones de prevención especial a través de la suspensión condicional de la pena, la libertad condicional y la pena pecuniaria sustitutiva de la privación de la libertad (§ 27b a. r.). El Derecho Penal alemán actualmente vigente tras la reciente reforma acoge en el § 46 I StGB las teorías eclécticas, en tanto que su párrafo 1 hace de la culpabilidad el fundamento de la determinación de la pena, mientras que el párrafo 2 exige la consideración de los efectos que cabe esperar para la vida futura del delincuente en la sociedad.[65] Sin embargo, la prevención general no se menciona expresamente en el nuevo Derecho, si se prescinde de los §§ 47 I, 56 III y 59 I, núm. 3, en los que se emplea el concepto mucho más limitado de "defensa del orden jurídico". De ello se puede deducir que el legislador presupone tácitamente que la protección del Orden jurídico es un fin evidente de la pena y considera que el efecto intimidatorio de la pena justa adecuada a la culpabilidad es suficiente desde el punto de vista de la prevención general. En el nuevo Derecho la tendencia hacia la prevención especial se ha reforzado con la pena privativa de libertad unitaria (§ 38), la limitación de las penas cortas privativas de libertad (§ 47), la genérica agravación en caso de reincidencia (§ 48), la generosa configuración de la suspensión condicional de la pena (§§ 56-56g) y de la libertad condicional (§ 57), así como con la eliminación de las penas deshonrosas. Esta evolución se continúa en la amonestación con reserva de la pena (§§ 59-59c), la modificación de las penas pecuniarias (§§ 40 y ss.) y la ampliación de las medidas (§§ 61 y ss.). La idea básica de todo el sistema es una relación equilibrada entre retribución de la culpabilidad, prevención general y prevención especial.

3. La **Jurisprudencia de los Tribunales alemanes** sigue igualmente desde hace tiempo las teorías eclécticas[66] e incluso en aquellos países, cuya doctrina penal en parte se inclina por la dirección de la Défense sociale, acentuando la prevención especial, ha permanecido la Jurisprudencia fiel a las teorías eclécticas.[67]

65 El § 46 I es entendido en el sentido de una teoría ecléctica ponderada por *Bockelmann*, Allg. Teil, págs. 8 y ss.; *Bruns*, Strafzumessungsrecht, páginas 311 y ss.; *Dreher*, § 46 Anm. 3; *Müller-Dietz*, Strafzwecke, pág. 20; *Lackner*, § 46 Anm. 1; *el mismo*, Gallas-Festschrift, págs. 123 y ss.; *LK (Else Koffka)*, § 13 Anm. 5 y ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 97; *Preisendanz*, § 46 Anm. 1, 2; *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 Anm. 2 y ss.; *SK (Horn)*, § 46 Anm. 15; *Zipf*, en: *Roxin* y otros, Einführung, pág. 78; quizá también por *Baumann*, Allg. Teil, pág. 15; *Lenckner*, Strafe, pág. 13. Los autores influenciados por el Proyecto Alternativo colocan, por el contrario, el centro de gravedad en la prevención especial, dándole poca importancia a la retribución de la culpabilidad; cfr. *Calliess*, Theorie der Strafe, págs. 186 y ss.; *Horstkotte*, JZ 1970, 123; *Stratenwerth*, Tatschuld, pág. 31.

66 Cfr. la exposición de *Bruns*, Strafzumessungsrecht, págs. 230 y ss.

67 Cfr. para Bélgica, Cass. de 30-6-1949, Pasicrisie 1949, t. I, pág. 483; para Francia, *Ancel*, ZStW 72 (1960), págs. 309 y ss.

Según el RG 58, 106 [109] en la determinación de la pena son decisivos "en primera línea, la necesidad de expiación, el fin retributivo de la pena, pero junto a ello también todavía el fin intimidatorio. Frente a ellos los otros fines de la pena, el fin de corrección y aseguramiento, ocupan un lugar secundario". "Decisivas para determinar la clase y la gravedad de la pena son la culpabilidad del delincuente, la gravedad y consecuencias del delito, la personalidad del delincuente y su reinserción, todo ello en consideración a los fines de la pena" (BGH 7, 214 [216]). En el BGH 6, 125 (127) se acentúa junto a la justa retribución la prevención general como fin legítimo de la pena. El castigo "no sólo tiene que servir de expiación, sino también prevenir futuros delitos" (BGH 19, 201 [206]). "Fundamentos de la determinación de la pena son la gravedad del delito y el grado de la culpabilidad personal del delincuente. Para ello, el juez puede también tener en cuenta otros fines de la pena, como la intimidación y el aseguramiento" (BGH 20, 264 [266 y ss.]). Especialmente importante es el criterio de que los fines preventivos sólo pueden perseguirse en el marco de una magnitud penal determinada por la culpabilidad. La pena tampoco debe "rebajarse en su contenido de su determinación como retribución justa de la culpabilidad" (BGH 24, 132 [134]). Especialmente la imposición de una medida no debe conducir a rebajar la pena adecuada a la culpabilidad. "El fin preventivo no debe tampoco conducir a sobrepasar la pena justa" (BGH 20, 263 [267]). Es, además, importante la declaración de "que la pena no tiene la misión de retribuir la culpabilidad por sí misma, sino que sólo está justificada, si al mismo tiempo aparece como medio necesario para la realización de la tarea preventiva protectora del Derecho Penal" (BGH 24, 40 [42]). Cfr. además BVerfGE 21, 391 (404): la pena "es, sin perjuicio de su misión intimidativa y resocializadora, retribución por el injusto cometido"; BVerfGE 39, 1 (57): "tan importante como la reacción evidente en el caso concreto es el efecto reflejo de la norma penal...".[68] Cfr. además BVerfGE 32, 98 (109); BVerfGE NJW 1977, 1525 (1531).

4. Finalmente existe la posibilidad de desplazar totalmente el **centro de gravedad** en las teorías eclécticas desde la retribución justa a la **prevención especial**, es decir, de dar preferencia a la prevención especial en el caso de una antinomia de los fines de la pena. Una tal teoría de la pena se justificaría en la experiencia de que frente a determinados grupos de delincuentes (jóvenes y adolescentes, multirreincidentes, delincuentes habituales) no tiene ningún sentido políticocriminal la limitación del principio de culpabilidad a la culpabilidad por el hecho. La conclusión que de ello debería deducirse sería la de que el principio de la culpabilidad por el hecho *en estos casos* debería ceder ante la idea de la culpabilidad por la conducción de vida, pues de lo que se trataría sería de incluir toda la persona en el enjuiciamiento jurídicopenal. En estos casos, la especial necesidad de corregir al delincuente conduciría a la *pena privativa de libertad indeterminada*, que duraría hasta que se consiguiera la resocialización.

68 Sobre el concepto de pena del BVerfG cfr. *Volk*, ZStW 83 (1971), páginas 405 y ss.

Por este camino es posible aspirar a conseguir específicas metas de prevención especial a través de la pena, sin tener que recurrir a la ayuda de la doble vía. Esta teoría[69] no se ha impuesto en Alemania, porque con ella se abandonaría el principio de culpabilidad como fundamento y límite de la pena y al mismo tiempo una parte importante de la seguridad jurídica. En el extranjero, no obstante, sí se mantiene. En la legislación sólo ha penetrado excepcionalmente,[70] aunque la Comisión de ejecución de las penas se ha pronunciado en favor de esta solución,[71] sin encontrar, no obstante, apoyo. En USA se critica cada vez más la condena indeterminada, porque desde el punto de vista terapéutico se ha demostrado que es un fracaso y perjudica notablemente la seguridad jurídica del individuo.

VI. La condena condicional

Junto a la pena *stricto sensu* y a las medidas (cfr. *infra*, § 9) la condena condicional es el **tercer pilar** sobre el que se apoya la moderna Política criminal. De todos modos, se justifica su tratamiento científico en inmediata conexión con la pena, porque en la mayoría de los casos se trata formalmente de una suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

La finalidad de la **condena condicional** no es la de dejar, por razones de prevención general o especial, sin reacción estatal un delito cometido, sino la de aplicar la pena al delincuente para evitarle el mal que ésta lleva implícito o reducirlo lo más posible. Esta finalidad puede lograrse por *cuatro* vías distintas.

1. Como primera vía puede considerarse el *sobreseimiento provisional del ejercicio de la acción pública* por un delito menos grave (§ 153 a I StPO) que significa que el proceso penal se inicia, pero que

69 Así, sobre todo, *v. Liszt/Schmidt*, pág. 23; *Eb. Schmidt*, SchwZStr 45 (1931), pág. 200; *el mismo*, ZStW 69 (1957), pág. 394; *Peters*, Stimmen der Zeit 1956/57, 12; *el mismo*, Protokolle 4. Wahlperiode, 21. Sitzung v. 26-5-1964, página 385; *Jescheck*, Niederschriften, t. I, pág. 61; *Sieverts*, Niederschriften, tomo III, págs. 34 y ss.; *Würtenberger*, Materialien, t. I, pág. 89.

70 En el Derecho alemán sólo existen las penas privativas de libertad por tiempo indeterminado en Derecho Penal de Jóvenes (§ 19 JGG). El internamiento por tiempo indeterminado de la Ley belga de defensa social de 1964 está previsto como medida y no como pena, cfr. *Cornil*, SchwZStr 83 (1967), pág. 7. Por el contrario, el Código Penal griego de 1950, redactado por *Chorafas*, prevé la condena indeterminada para delincuentes habituales y profesionales (arts. 90 a 92), y el Derecho inglés en la sect. 37 de la Criminal Justice Act 1967 la "extended sentence" que igualmente en la práctica es relativamente indeterminada. En el Derecho americano la pena privativa de libertad es también indeterminada, recayendo la decisión sobre la libertad condicional la mayoría de las veces en manos de los "parole boards" mixtos. Igualmente deben considerarse penas privativas de libertad indeterminadas, la enorme agravación de la pena para casos de reincidencia prevista en el § 44 del StGB de la República Democrática Alemana. También en el Proyecto de Código Penal portugués realizado por *Correia* se encuentra la pena privativa de libertad indeterminada (arts. 94 y ss.).

71 Cfr. Tagungsberichte, t. I, pág. 151.

la decisión sobre el ejercicio de la querella se suspende provisionalmente con el consentimiento del Tribunal y del inculpado (el consentimiento del Tribunal no es preciso en los delitos patrimoniales de poca importancia que no tienen asignada una pena mínima elevada, por ejemplo, § 242 a diferencia del § 244). Al mismo tiempo, la Fiscalía impone al inculpado determinadas obligaciones respecto a la reparación del daño, el pago de una suma dineraria en favor de un establecimiento público o de la Caja del Estado, la realización de otras prestaciones de utilidad social o el pago de alimentos. Estas obligaciones, como compensación del injusto y la culpabilidad, deben tener la suficiente importancia como para considerarlas adecuadas para eliminar, en caso de leve culpabilidad del autor, el interés público en la persecución penal. Si el inculpado cumple las obligaciones impuestas dentro del plazo fijado por el Fiscal, que no puede pasar de 6 meses (en los casos de pagos de alimentos puede llegar hasta un año), el proceso penal se sobresee definitivamente y el hecho no puede perseguirse mas como delito menos grave (y ni siquiera como infracción administrativa).

El sobreseimiento provisional del proceso, que como un medio de desincriminación ha sido introducido por la EGStGB según el modelo americano ("diversión", "pre-trial probation")[71a] y belga ("classement sans suite surveillé"), prescinde, sin embargo, de la asistencia durante el período de prueba que precisamente en muchos casos es conveniente.[72] Frente al deseable efecto de este sistema que sin renunciar a la reacción estatal impide al mismo tiempo que se promuevan innecesarios procesos penales, deben rechazarse las objeciones que se han formulado basadas sobre todo en que el sistema supone la transferencia de las facultades decisorias a la Fiscalía, incluso dentro del estrecho margen que permite el § 153a StPO, ya que la Fiscalía decide como autoridad judicial y está vinculada al consentimiento del Tribunal.[73]

2. La segunda posibilidad, la "*probation*",[74] procede del Derecho angloamericano y consiste en la simple declaración de culpabilidad ("conviction") sin pronunciamiento de la pena ("sentence") y va unida a la imposición de deberes especiales y, si es posible, se somete al condenado a la vigilancia de un "probation-officer". Si el "probationer" se comporta bien, sólo se llega a la declaración de culpabilidad. En otro caso, la pena se impone definitivamente, teniéndose además

71a Cfr. *Blau*, GA 1976, 45 y ss.

72 La nueva medida ha sido criticada por distintas razones; cfr. *Baumann*, Peters-Festschrift, págs. 3 y ss.; *Dencker*, JZ 1973, 144 y ss.; *Hanack*, Gallas-Festschrift, págs. 347 y ss.; *Schmidhäuser*, JZ 1973, 529 y ss. Cfr. sobre ello *infra*, § 81 I 4.

73 En este sentido, cfr. *Dreher*, Welzel-Festschrift, página 933; *Jescheck*, SchwZStr 91 (1975), pág. 20; *Jung*, en: *Roxin* y otros, Einführung, pág. 121.

74 Cfr. sobre la "probation" y la "sursis" los trabajos, importantes para la evolución en Alemania, de *Grünhut*, ZStW 64 (1952), pág. 127 y *Simson*, ebenda, pág. 140.

en cuenta la conducta del condenado durante el período de prueba. En Alemania existe la "probation" en la forma de suspensión de la imposición de una pena en el Derecho Penal de jóvenes (§§ 27 y ss. JGG). Una institución alemana parecida a la "probation" es la amonestación con reserva de la pena (§§ 59 y ss.) (cfr. *infra*, § 80 II). La auténtica "probation" existe en el Derecho Penal belga y en el StGB de la República Democrática Alemana (§ 33) y está también prevista en el Avantprojet del Code pénal francés (1976).

3. La tercera posibilidad de la condena condicional es la "*sursis*" del Derecho belga y francés. En esta institución no sólo se declara la culpabilidad, sino que también se pronuncia la pena, aunque se suspenda a prueba su ejecución. El significado de la "sursis" consiste en que se impide por razones de prevención especial la ejecución de penas privativas de libertad de corta o media duración, evitando así los perjuicios que llevan anejas (por ej., pérdida del puesto de trabajo, desintegración de la familia, desclasamiento en la cárcel), mientras que sigue manteniéndose con intensidad suficiente la eficacia preventiva general que suponen la declaración de culpabilidad y el pronunciamiento de la condena (a las que se acompañan determinadas obligaciones). La suspensión condicional de la condena que en el caso de buen comportamiento durante cierto tiempo conduce al perdón absoluto de la pena, da, además, la posibilidad realmente eficaz de que el propio condenado, a través de las obligaciones e instrucciones que se le dan y a través sobre todo de la tutela de un asistente social, emplee sus fuerzas planificadamente para conseguir su propia resocialización. Estas tres razones: el suficiente aseguramiento de la prevención general a través de la declaración de culpabilidad y el pronunciamiento de la condena (con obligaciones), la evitación de la ejecución de las penas privativas de libertad (especialmente las de corta duración) y el recurso a la propia voluntad del condenado bajo una dirección adecuada, han sido las que han conducido desde finales del siglo XIX a la victoria de la "probation" y de la suspensión condicional en todo el mundo. En Alemania se introdujo la suspensión condicional de la pena en 1953 y ya entonces llevaba aneja determinadas obligaciones, sobre todo el sometimiento del condenado a una asistencia durante el período de prueba. La regulación actual ha estructurado la suspensión condicional con una fuerte tendencia hacia la prevención especial, reforzando la importancia de la asistencia durante el período de prueba (§§ 56-56g) (cfr. *infra*, § 79 I).[75] Un equivalente de la suspensión condicional de la pena es la libertad condicional (§ 57) que igualmente ha sido ampliada en la nueva regulación (cfr. *infra*, § 79 II). En otros países, por ejemplo, en Francia, la suspensión de parte de la pena impuesta se da ya en la misma sentencia condenatoria.

75 Cfr. sobre ello *Bruns*, Strafzumessungsrecht, págs. 347 y ss.

4. La cuarta y última vía de la condena condicional es la *suspensión condicional de las medidas de seguridad y corrección*. De este modo se posibilita, igual que con las penas privativas de libertad, el cumplimiento ambulatorio, que ofrece al condenado la ayuda necesaria para su reincorporación a la comunidad sin tener que entrar en contacto con el mundo de un establecimiento cerrado o mantenerlo en él más tiempo del necesario. La actual regulación ofrece la posibilidad de la suspensión condicional del internamiento en un hospital psiquiátrico, en un centro de deshabituación y en un establecimiento de terapia social (§ 67b). Si la pena privativa de libertad se ejecuta antes que la medida, según el § 67, también existe la posibilidad de aplicar la suspensión condicional en todas las medidas de privación de libertad, sobre todo en la custodia de seguridad (§ 67) (cfr. *infra*, § 77 VI, 2c).

4

* * *

I. La doctrina dominante en España actualmente coincide en asignar a la pena un fundamento retributivo, aunque admite también determinadas finalidades preventivas, siempre que sean compatibles con la retribución.[1] *Este planteamiento es, en sus líneas generales, similar al de la teoría ecléctica, e incluso se considera que también el Código Penal responde a esta teoría.*[2] *De la posición dominante discrepan* Gimbernat, Mir Puig *y* Muñoz Conde. *Para el primero, la pena se justifica simplemente por su necesidad y tiene una finalidad puramente preventiva general, en cuanto actúa motivando a los ciudadanos para que se abstengan de cometer delitos.*[3] Mir Puig *distingue entre concepto y función de la pena: la pena es, según su concepto, retribución; pero su función es fundamentalmente preventiva general, es decir, persigue la protección de bienes jurídicos a través de la prevención.*[4] Muñoz Conde *defiende una teoría dialéctica de la pena que atiende a la función que ésta cumple en cada fase de la realización del poder punitivo del Estado. En la fase legislativa la pena, a nivel de conminación penal, tiene una función preventiva general; en la fase judicial, es decir, en el momento de la aplicación y determinación de la pena a imponer al autor de*

1 Cfr. a nivel de obras generales *Antón Oneca*, Derecho Penal, Parte General, Madrid, 1949, pp. 477 y ss.; *Casabó Ruiz*, en *Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo, Del Toro Marzal, Casabó Ruiz*, Comentarios al Código Penal, tomo II, Barcelona, 1972, p. 8; *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal Español, Parte General, 7.ª ed., 1979, pp. 816 y ss.; *Cerezo Mir*, Curso de Derecho Penal Español, I, Introducción, 1976, pp. 18 y ss.; *Rodríguez Mourullo*, Derecho Penal, Parte General, vol. I, 1977, pp. 54 y ss.; *Sáinz Cantero*, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, I, Introducción, 1979, p. 22.

2 Cfr. *Antón Oneca*, ob. cit., pp. 61 y ss.; *Casabó Ruiz*, ob. cit., pp. 17 y ss.; *Cerezo Mir*, ob. cit., p. 27; *Rodríguez Mourullo*, lug. cit.

3 Cfr *Gimbernat Ordeig*, Estudios de Derecho Penal, Madrid, 1977, pp. 67 y siguientes.

4 Cfr. *Mir Puig*, Introducción a las bases del Derecho Penal, Barcelona, 1977, pp. 61 y ss., 91 y ss.; *el mismo*, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, Barcelona, 1979, pp. 17 y ss.

un delito, esa función preventiva general se limita con el criterio retributivo basado en la culpabilidad; y en la fase ejecutiva se pretende, junto a la confirmación de la intimidación general que supone el cumplimiento efectivo de la pena con que se amenazaba en el tipo penal, la intimidación particular y el aseguramiento del condenado y, en su caso, sobre todo en la ejecución de las penas privativas de libertad, su resocialización.[5] *En la fase legislativa coinciden, por tanto, estos tres autores en asignar a la pena una función preventiva general que, además, se basa en la función motivadora que ellos asignan a la norma penal.*[6] *Las consecuencias prácticas de dicha postura se analizarán en el capítulo correspondiente a la determinación de la pena (cfr.* infra, *notas al § 82).*

En el Código Penal, y lo mismo sucede en el Proyecto, falta una referencia expresa a los fines de la pena. Respecto a la fase ejecutiva de las penas y medidas privativas de libertad, el art. 25, 2 de la Constitución dice que "las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados", y el art. 1, 1 de la Ley General Penitenciaria dice, por su parte, que "las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados".[7]

II. Sobre la condena condicional cfr. infra *notas al § 79.*

§ 9 *Las medidas*

Agge, Das neue schwedische Strafgesetzbuch, ZStW 76 (1964), pág. 107; *Ancel,* La fin de la relégation, En hommage à J. Constant, 1971, pág. 7; *Beristain,* Medidas penales en derecho contemporáneo, 1974; *Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale,* Pene e misure di sicurezza, 1962; *Cornil,* Développements récents du droit pénal et du traitement des délinquants en Belgique, SchwZStr 83 (1967), pág. 1; *Dreher,* Die Vereinheitlichung von Strafen und sichernden Maßregeln, ZStW 65 (1953), pág. 481; *Enschedé/Heijder,* Beginselen van Strafrecht, 2.ª ed., 1974; *Exner,* Die Theorie der Sicherungsmittel, 1914; *Frey,* Das Verhältnis von Strafe und Maßnahme, SchwZStr 66 (1951), pág. 295; *Germann,* Maßnahmenrecht des schweiz. StGB, SchwZStr 73 (1958), pág. 44; *Sh.* y *E. Glueck,* Predicting Delinquency and Crime, 1959; *Grünwald,* Die Strafrechtsreform in der Bundesrepublik und in der DDR, ZStW 82 (1970), pág. 250; *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,*

[5] Cfr. *Muñoz Conde,* Introducción al Derecho Penal, Barcelona, 1975, pp. 36 y siguientes; *el mismo,* Culpabilidad y prevención en Derecho Penal, en Cuadernos de Política Criminal, 1980, núm. 12.

[6] Cfr. notas 3, 4 y 5 autores y obras citadas. En contra, la teoría de la función motivadora de la norma *Rodríguez Mourullo,* ob. cit., p. 81 nota 17; *Bajo Fernández,* Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma, en Estudios Penales I, Santiago de Compostela, 1977, pp. 11 y ss.

[7] Cfr. *Muñoz Conde,* La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito, en Doctrina Penal, núm. 7, julio-septiembre 1979, pp. 625 y ss.; *Córdoba Roda,* La pena y sus fines en la Constitución, lug. u. cit., pp. 561 y ss.; *García-Pablos,* La supuesta función resocializadora del Derecho Penal, en ADP 1979, páginas 645 y ss.

Die Individualisierung von Strafen und Maßnahmen, 1960; *el mismo,* Le misure di sicurezza sotto il profilo costituzionalistico, en: Stato di Diritto e misure di sicurezza, 1962, pág. 40; *Reinhard v. Hippel,* Reform der Strafrechtsreform, 1976; *Horstkotte,* Die Vorschriften des 1. StrRG über den Rückfall etc., JZ 1970, 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; *Kaiser/Schöch/Eidt/Kerner,* Strafvollzug, 1974; *Kohlrausch,* Sicherungshaft, ZStW 44 (1924), página 21; *Lang-Hinrichsen,* Probleme der Sicherungsverwahrung, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 311; *Leferenz,* Zur Problematik der kriminologischen Prognose, ZStW 68 (1956), pág. 233; *el mismo,* Aufgaben einer modernen Kriminologie, 1967; *Mannheim,* Deutsche Strafrechtsreform in englischer Sicht, 1960; *el mismo,* Rückfall und Prognose, HWB Krim, 2.ª ed., 1969; t. III, pág. 38; *Mannheim/Wilkens,* Prediction Methods in Relation to Borstal Training, 1955; *Maurach,* Neuere kriminalpolitische Tendenzen im sowjetischen Strafrecht, ZStW 82 (1970), pág. 239; *Müller-Emmert/Friedrich,* Die Strafrechtsreform, DRiZ 1969, 273; *Nuvolone,* L'accertamento della pericolosità nel processo ordinario di cognizione, en: Pene e misure di sicurezza, 1962, pág. 5; *Rácz,* Die Einführung der Sicherungsverwahrung im ungarischen Strafrecht, ZStW 87 (1975), pág. 755; *Rehberg,* Die Behandlung der Rückfälligen nach den revidierten Art. 42 und 67 StrGB, SchwZStr 89 (1973), pág. 272; *Schaffstein,* Jugendstrafrecht, 6.ª ed., 1977; *Schultz,* Strafrechtliche Bewertung und kriminologische Prognose, SchwZStr 75 (Mélanges O. A. Germann) (1959), pág. 245; *Serini,* Das neue österr. StGB, SchwZStr 90 (1974), pág. 1; *Sieverts,* Würde sich die Einführung der unbestimmten Verurteilung empfehlen? Materialien, t. I, 1954, pág. 107; *Simson,* Das schwedische Kriminalgesetzbuch, 1976; *Solnar,* Kriminalpolitische Tendenzen des tschechoslowakischen Strafrechts, ZStW 82 (1970), pág. 223; *Stooß,* Zur Natur der sichernden Maßnahmen, SchwZStr 44 (1930), pág. 262, *Stratenwerth,* Zur Rechtsstaatlichkeit der freiheitsentziehenden Maßnahmen, SchwZStr 82 (1966), página 338; *Stree,* Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960; *Stürup,* Einrichtung und Betrieb einer sozialtherapeutischen Anstalt, Festschrift für E. Heinitz, 1972, página 533; *Sveri,* Die Behandlung der gefährlichen Gewohnheitsverbrecher in den nordischen Ländern, ZStW 80 (1968), pág. 176; *Wolff,* Die Prognose in der Kriminologie, 1971; *Zlatarić,* Kriminalpolitische Tendenzen einiger sozialistischer Länder, ZStW 82 (1970), pág. 199.

I. La doble vía en Derecho Penal

1. La pena fijada en función de la culpabilidad por el hecho no siempre puede ajustarse a la misión preventiva del Derecho Penal, pues muchas veces su duración no es suficiente para garantizar el éxito preventivo, o es necesario también un tratamiento pedagógico o terapéutico del delincuente, que por su naturaleza no puede realizarse durante el tiempo de cumplimiento de la condena. Tampoco puede imponerse una pena a los inimputables. La pena debe, por consiguiente, ser completada con *medidas,* que sólo tienen la finalidad de combatir con vistas al futuro la peligrosidad del delincuente, que se refleja en el delito o en sus antecedentes, a través de intervenciones pedagógicas, terapéuticas o inocuizadoras. Con la **doble vía** se impide que la pena se grave con misiones preventivas que sólo podría cumplir con abandono del principio de culpabilidad; al mismo

tiempo, se ofrece la posibilidad de realizar el tratamiento preventivo del delincuente peligroso con medios médicos o socioterapéuticos de los que no se dispone normalmente durante el período de cumplimiento de la pena, ya que este período se tiene que adaptar a los casos más frecuentes. Por otra parte, la regulación legal de los presupuestos, de la realización y de la terminación de las medidas puede llevarse a cabo de un modo más concreto y más adecuado al Estado de Derecho que si se quisiera resolver todo el problema con una pena desvinculada de la culpabilidad.

Esta fácil solución, aparentemente tan sugestiva, de superar la antinomia entre retribución y prevención con la acumulación de pena y medida, procede del Anteproyecto del Código penal suizo realizado por *Carl Stooss* (1893) [1] y se ha convertido en el modelo de una parte importante de la legislación penal europea y sudamericana.[2] En Alemania, tras muchos intentos legislativos que durante décadas cuajaron en un sistema elaborado de medidas acogido en los diversos Proyectos, se introdujeron las medidas de seguridad y corrección con la *Ley sobre el delincuente habitual*, de 24-11-1933 (RGBl. I, pág. 995).[3] De este modo, el programa preventivo especial de la Escuela Moderna no se realizó ciertamente por la vía de la pena, pero sí de una manera distinta e igualmente eficaz.

1 *Stooss*, SchwZStr 44 (1930), pág. 262; sobre su influjo en la reforma alemana del Derecho Penal *Jescheck*, SchwZStr 73 (1958), págs. 189 y ss.

2 Característico es, por ejemplo, el caso de Suiza que en los arts. 42 y ss. de su StGB conoce un sistema ampliado de medidas de seguridad, cfr. sobre esto *Germann*, SchwZStr 73 (1958), págs. 44 y ss. y *Stratenwerth*, SchwZStr 82 (1966), páginas 337 y ss.; y también el Código Penal italiano (1930) con las medidas de seguridad contenidas en los arts. 199 y ss., cfr. críticamente sobre esta regulación *Nuvolone*, L'accertamento della pericolosità, págs. 12 y ss. El nuevo StGB austríaco contiene ahora igualmente medidas (§§ 21-23) a diferencia de lo que sucedía en el anterior; cfr. *Serini*, SchwZStr 90 (1974), págs. 6 y ss. El Código Penal tipo sudamericano recomienda también el empleo de medidas; cfr. *Jescheck*, Heinitz-Festschrift, págs. 731 y ss. Sobre las medidas en el Derecho holandés, *Enschedé/Heijder*, Beginselen, págs. 149 y ss. Sobre el Código Penal argentino de 1921 cfr. *Jiménez de Asúa*, t. I, págs. 1.050 y ss. En Francia ha sido sustituida la "relégation" (cfr. 1.ª ed., pág. 54, nota 2) por la "tutelle pénale" que igualmente tiene el carácter de medida; cfr. al respecto *Ancel*, Festschrift für J. Constant, págs. 7 y ss. La "preventive detention" inglesa fue sustituida en 1967 por una prolongación de la pena ("extended term of imprisonment"), lo que ha sido fuertemente criticado; cfr. *Mannheim*, HWB Krim, 2.ª ed., t. III, pág. 49. En los países socialistas son desconocidas las medidas de internamiento por tiempo indeterminado, empleándose en la lucha contra la criminalidad reincidente penas privativas de libertad de larga duración; cfr. *Zlatarić*, ZStW 82 (1970), pág. 222. Hungría, que ha introducido recientemente la custodia de seguridad, constituye una excepción; cfr. *Rácz*, ZStW 87 (1975), pág. 755. Sobre estas cuestiones en general y sobre el Derecho español en particular que contiene también medidas predelictivas, *Beristain*, Medidas, págs. 37 y ss., 101 y ss.

3 La doctrina dominante actualmente en Alemania es partidaria de la doble vía, haciendo recaer el acento no tanto en la separación teórica como en el efecto recíproco de penas y medidas que caracteriza al actual Derecho vigente; cfr. *Baumann*, Allg. Teil, págs. 739 y ss.; *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 8; *Bruns*, Strafzumessungsrecht, págs. 221 y ss.; *Lackner*, § 61 Anm. 2; *Lenckner*, Strafe, páginas 24 y ss.; *LK (Lang-Hinrichsen)*, § 42a Vorbem. 3; *Preisendanz*, § 61 Vorbem. 1 y ss.; *Schmidhäuser*, Einführung, págs. 223 y ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, § 61 Vorbem. 1 ss.; *Zipf*, en: *Roxin* y otros, Einführung, págs. 88 y ss.

2. La actual regulación ha mantenido la doble vía, pero mejorando radicalmente el sistema anterior[4] y orientándolo más fuertemente hacia la resocialización, lo que se expresa simbólicamente en la modificación que se ha hecho de los fines de las medidas en la rúbrica del Título VI. Las medidas *privativas de libertad* son el internamiento en un hospital psiquiátrico, el internamiento en un centro de deshabituación, el internamiento socioterapéutico[5] y la custodia de seguridad (§ 61, 1-4). En la aplicación práctica de las medidas es de relevante importancia el *principio de proporcionalidad* (§ 62), aunque su vigencia se deriva ya de la prohibición de imponer sanciones excesivas, características del Estado de Derecho (BVerfGE 16, 194 [202]; BGH 20, 232). Este principio cumple en las medidas una función protectora similar a la que en la pena cumple el principio de culpabilidad. Como consecuencia del principio de proporcionalidad se suprimió como medida el centro de trabajo (§ 42a, núm. 3 a.r.), porque parecía desproporcionada frente al delincuente poco peligroso una privación de libertad indeterminada que excedía de la pena que correspondía por la culpabilidad.[6] El efecto recíproco entre penas y medidas se expresa claramente en la actual regulación que permite en los casos normales el "sistema vicarial" durante la ejecución de las penas y de las medidas privativas de libertad, computando el tiempo de ejecución de la medida en el de la pena (§ 67) (excepto en los casos de custodia de seguridad que se considera como simple medida precautoria) y posibilitando, al mismo tiempo, la suspensión del resto de la pena que aún queda por cumplir antes de haber cumplido dos tercios del tiempo total. Por otra parte, la Comisión de Ejecución de las Penas (§§ 78 a.r. GVG) puede imponer al condenado una medida distinta, "si de este modo puede lograrse mejor la resocialización del delincuente" (§ 67a). Finalmente se ha creado la posibilidad de suspender condicionalmente la ejecución de las medidas privativas de libertad (§§ 67 b y c). Las medidas *no privativas de libertad* (§ 61, números 5-7) son la libertad vigilada, la privación del permiso de conducir y la prohibición de ejercer una profesión.

4 Cfr. *Horstkotte*, JZ 1970, 154 y ss.; *Jescheck*, SchwZStr 91 (1975), páginas 40 y ss.; *Müller-Emmert/Friedrich*, DRiZ 1969, 276 y ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 818.

5 La introducción del establecimiento de terapia social que constituye el núcleo del sistema de medidas, ha sido aplazada, porque en los distintos Estados de la Federación, a pesar de los importantes ensayos prácticos realizados (en Baden-Württemberg, por ej., en la sección de terapia social del hospital penitenciario Hohenasperg), no pudieron llevarse a cabo los trabajos previos necesarios y además falta todavía una concepción generalizada respecto a la terapia que debería aplicarse (cfr. la exposición de los problemas por *Stürup*, Heinitz-Festschrift, páginas 533 y ss.). Cfr. *infra*, § 77 IV 1.

6 La castración obligatoria de los delincuentes sexuales peligrosos fue suprimida ya en 1946 por la KRG núm. 11, al considerarse que lesionaba el principio de humanidad.

II. Justificación y crisis de la doble vía

1. Nada hay que objetar, en principio, contra el sistema de la doble vía que combina penas y medidas, pues retribución de la culpabilidad y defensa ante el peligro son cosas distintas, aunque ambas son misiones legítimas del Derecho Penal (cfr. *supra*, § 1 II, 2). Sin embargo, las medidas igual que las penas requieren de una **justificación**: las medidas no sólo tienen que ser útiles, sino también tienen que pasar ante el foro de la Justicia.[7] Lo decisivo para ello debe ser 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 comportarse en la comunidad sin poner en peligro gravemente a otros, debe aceptar las necesarias restricciones a su libertad en interés de la seguridad de todos.[8] Así es evidente que en caso de graves abusos pueden privarse derechos, que en sí se conceden a cualquiera *(Idea de la privación)*. Nadie puede, por ejemplo, exigir ejercer una determinada profesión o poder conducir un automóvil, si ha demostrado con la comisión de delitos relativos a estas actividades que le faltan las condiciones psíquicas, técnicas o caracterológicas necesarias para ello. En las medidas de naturaleza tutelar, como el internamiento en un hospital psiquiátrico o en un centro de deshabituación, su justificación interna radica en la misión del Estado de proporcionar a personas con anomalías psíquicas o físicas, que son peligrosas criminalmente, un tratamiento médico, psicoterapéutico o preventivo, que mejore su estado, lo atenúe o por lo menos lo neutralice *(Idea del tratamiento terapéutico)*. De la misma manera se puede fundamentar el establecimiento socioterapéutico introducido en la nueva Parte General (§ 65). Tras la medida de libertad vigilada (§ 68) se encuentra la idea de la asistencia social (cfr. *infra*, § 78 I).

Especialmente problemática es, en cambio, la justificación de la custodia de seguridad. Lo decisivo debe ser aquí la idea de la correlación entre la libertad interna y la externa. Únicamente puede pretender ejercer toda la libertad externa quien posee la libertad interna para dejarse regir por las normas indispensables de la vida comunitaria,[9] por lo que es indiferente si la peligrosidad criminal descansa en anomalías psíquicas y físicas, en debilidad de carácter o simplemente en la mala voluntad, pues la necesidad de protección de la comunidad es la misma en todos los casos *(Idea de la degeneración de la personalidad)*.[10] La actual regulación se esfuerza en limitar la custodia de seguridad a los delincuentes realmente peligrosos, frente a los cuales es imprescindible proteger a la población (BT-Drucksache V/4.094, pág. 19: "última medida de Política criminal para casos de necesidad") (cfr. *infra*, § 77 VI).

2. Aunque, como se ve, es fácil encontrar una justificación de las medidas, se presentan algunas *dificultades* en el sistema de la doble vía, sobre todo cuando se trata de medidas privativas de libertad similares a la pena (**"Crisis de la doble vía"**).[10a] Estas dificultades se observan especialmente en la custodia de seguridad, que incluso antes de que se aumentara el número de sus presupuestos raras veces se aplicaba (cfr. *supra*, § 5 V, 2). Por un lado, no se puede discutir que las medidas privativas de libertad anulan parcialmente la protección que el principio de culpabilidad concede al delincuente con la determinación del límite máximo de la pena, en tanto no se basan en la culpabilidad, sino en la peligrosidad, haciendo posibles intervenciones más gravosas y, por tanto, más temidas que las penas de larga duración. El principio de proporcionalidad (§ 62) no representa por sí solo un contrapeso suficiente. Junto a él hay que exigir la determinación lo más restringida posible de los presupuestos de su aplicación, el parco uso en la praxis y la intensiva vigilancia de la evolución del condenado en el establecimiento con el fin de preparar su liberación. La segunda dificultad con que se enfrentan las medidas privativas de libertad, que no se cumplen en una institución hospitalaria, sino en las condiciones de un centro carcelario (como la custodia de seguridad, el establecimiento socioterapéutico), es que no pueden seriamente diferenciarse de las penas privativas de libertad, pues las condiciones bajo las que se convive encerrado son las mismas[11] (**"Estafa de etiquetas"**).[12] A superar esta dificultad ayuda en gran medida el sistema de intercambio entre pena y medida durante la ejecución, computándose el tiempo de duración de la medida en el de la pena (**sistema vicarial**), y la posibilidad de que las medidas también puedan ser suspendidas a prueba. Ambas posibilidades han sido creadas con la nueva regulación (§§ 67, 67b, 67c), aunque, sin embargo, se

7 Cfr. *Beristain*, Medidas, págs. 92 y ss.; *Heinitz*, Individualisierung, páginas 22 y ss.; *el mismo*, Le misure di sicurezza, págs. 40 y ss.; *Jescheck*, Heinitz-Festschrift, págs. 733 y ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 819 y ss. Respecto a Italia véase, además, *Centro Nazionale di prevenzione*, Pene e misure di sicurezza, 1962.

8 *Stree*, Deliktsfolgen, pág. 222.

9 En este sentido, *Bockelmann*, Niederschriften, t. I, págs. 56, 247; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 245. Sobre los antecedentes del § 66 cfr. *Lang-Hinrichsen*, Maurach-Festschrift, págs. 311 y ss. Sobre la problemática juridicoconstitucional cfr. *LK (Lang-Hinrichsen)*, § 42e Anm. 10 y ss.

10 Objeciones contra esta fundamentación en *Stratenwerth*, Allg. Teil I, número 51. En contra, por principio, de toda custodia de seguridad, *H. Mayer*, Grundriss, págs. 30, 185.

10a Contra la transferencia del Derecho de medidas como parte del "Derecho Administrativo" al juez penal, como cuestión de principio, *Reinhard v. Hippel*, Reform., págs. 35 y ss.

11 Según la BVerfGE 2, 118 la asimilación de la ejecución de la custodia de seguridad a la ejecución de las penas privativas de libertad no lesiona el principio de igualdad.

12 *Kohlrausch*, ZStW 44 (1924), pág. 33. Algunas objeciones contra el "carácter de compromiso" del sistema dualista formula *Naucke*, Einführung, página 116.

excluye de este sistema vicarial precisamente la custodia de seguridad.[13] Una última dificultad radica en que el proceso penal alemán está estructurado en función de la averiguación del delito y no está preparado para la tarea de la investigación de la personalidad que es presupuesto de la aplicación de las medidas. Parece necesario recabar más frecuentemente la ayuda de peritos, siempre que se trate de decidir sobre la imposición de medidas privativas de libertad, e introducir los llamados "*dossiers de la personnalité*" que acompañan al multirreincidente y que sirven para tener siempre presente todas las valoraciones de tipo social, psicológico, médico y de ejecución que se refieran a la capacidad psíquica y caracterológica. Además debe procederse a la *división del proceso penal* en una doble fase: el proceso condenatorio ("conviction") y el proceso sancionatorio ("sentence").

3. En Alemania no se ha impuesto (excepto en el Derecho Penal de jóvenes[14]) como forma de reacción juridicopenal el sistema de la **vía única** (sistema monista) (expresamente contrario en atención al principio de culpabilidad BT-Drucksache V/4094, pág. 19), aunque se haya recomendado muchas veces esta solución.[15] Las experiencias realizadas en el extranjero no pueden considerarse como absolutamente positivas.[16] Sin embargo, en las legislaciones modernas se emplea, muchas veces, parcial o totalmente, la sanción monista (pena *o* medida); así, por ej., en Inglaterra,[17] Grecia,[18] Suecia,[19] Bélgica,[20] en la mayoría de los estados particulares americanos y en los países socialistas,[21] en los que ciertamente también influyen otros motivos políticos o ideológicos totalmente distintos.

13 Contra esta limitación *Mannheim*, Deutsche Strafrechtsreform, página 28. El sistema vicarial obligatorio para la custodia del delincuente habitual previsto en el art. 42, 5 del StGB suizo ha dado buenos resultados, cfr. *Schwander*, Das schweiz. StGB, págs. 250 y ss.; *Rehberg*, SchwZStr 89 (1973), págs. 286 y siguientes; *Schultz*, Einführung II, pág. 157.

14 Sobre esto *Schaffstein*, Jugendstrafrecht, págs. 54 y ss.

15 Confróntese, por ejemplo, *Heinitz*, ZStW 63 (1951), págs. 80 y ss.; *Frey*, SchwZStr 66 (1951), pág. 295; *Dreher*, ZStW 65 (1953), págs. 489 y ss.; *Sieverts*, Materialien, t. I, págs. 109 y ss., esp. pág. 117; *Eb. Schmidt*, Niederschriften, tomo I, págs. 51 y ss.

16 Cfr. *Mannheim*, Deutsche Strafrechtsreform, págs. 28 y ss. Significativa es la creciente crítica que se viene haciendo en USA a la condena indeterminada.

17 La Criminal Justice Act inglesa de 1967 introdujo en su sección 67 la *pena* de seguridad contra los reincidentes peligrosos, cfr. *Hall Williams*, SchwZStr 84 (1968), págs. 17 y ss. De la Criminal Justice Act de 1948 sólo han permanecido las medidas relativas a los delincuentes jóvenes.

18 El Código penal griego de 1950 prevé en los arts. 90-92 la pena relativamente indeterminada contra delincuentes habituales y profesionales, cfr. *Mangakis*, Das griechische Strafrecht, págs. 319 y ss.

19 El nuevo Código Penal sueco de 1962 introdujo consecuentemente el principio monista; cfr. *Agge*, ZStW 76 (1964), pág. 117; *Simson*, Das schwedische Kriminalgesetzbuch, págs. 51 y ss.; *Sveri*, ZStW 80 (1968), págs. 176 y ss.

20 Cfr. para más detalles *Cornil*, SchwZStr 83 (1967), págs. 4 y ss.

21 La mayoría de los Ordenamientos juridicopenales socialistas sólo conoce, por razones políticas e ideológicas, penas, que, sin embargo, tienen una fuerte connotación preventiva especial, cfr. las aportaciones de *Zlatarić*, *Solnar*, *Maurach*, *Grünwald*, ZStW 82 (1970), págs. 212 y ss., 235, 241 y ss., y 272 y ss.

III. Presupuestos y duración de las medidas

1. Los presupuestos de los que depende la imposición de las medidas deben configurarse en la ley de modo que sean conformes tanto con el **fin**, como con la **razón de justificación de las medidas.**[22] Para evitar abusos, deben ser delimitados del modo más preciso posible, y aproximarse tanto a la realidad que sólo comprendan los casos realmente específicos. Hay que distinguir respectivamente entre la naturaleza, número y gravedad de los delitos cometidos anteriormente por el delincuente, la naturaleza y gravedad de los hechos antijurídicos que puedan esperarse de él en el futuro y las características de su personalidad.

Así, por ejemplo, basta para la privación del permiso de conducir (§ 69) sólo que se haya cometido anteriormente un delito; pero este delito debe haberse cometido con ocasión o en relación con la conducción de un vehículo de motor o con infracción de los deberes que incumben al conductor. De este delito debe derivarse además la ineptitud del delincuente para conducir vehículos de motor. Su peligrosidad para el futuro se presumirá por el juez de un modo irrefutable (BGH 5, 168 [174 s.]). De acuerdo con el § 69 I, 2 se excluye toda comprobación especial de la proporcionalidad (§ 62), para no hacer dependiente de adicionales consideraciones discrecionales la importante medida decisiva para la seguridad del tráfico. En algunos graves delitos contra la seguridad del tráfico la ineptitud se da ya por probada en la ley (§ 69 II). En esta regulación la necesidad de seguridad de la comunidad ocupa, pues, el primer plano de un modo relevante y, por eso mismo, es tan frecuente la privación del permiso de conducir. En la custodia de seguridad, por el contrario, dadas la gravedad de la intervención y la limitación a los delincuentes realmente peligrosos, se exige tal número de requisitos (§ 66), que la medida probablemente sólo raras veces tendrá aplicación (cfr. *supra*, § 5 V, 2). Para ello exige que se hayan cometido anteriormente dos delitos graves, que se haya estado largo tiempo en prisión, que el delito desencadenante sea también grave y que exista tendencia a cometer otros hechos punibles relevantes.

2. En todas las medidas desempeña un importante papel la posibilidad de **pronosticar** el comportamiento futuro, pues una medida sólo está justificada, cuando existe frente al delincuente una necesidad de protección también para el futuro.[23] A primera vista parece que el valor o desvalor de la prognosis dependen de la postura que se adopte respecto al problema de la libertad de la voluntad. El determinista creerá más fácilmente en la prognosis, porque para él las mismas causas deben tener los mismos efectos; mientras que el indeterminista considerará inadmisible cualquier tipo de prognosis, porque el factor de la libertad en la persona se opone, por principio, a toda

22 Al respecto, detalladamente *Exner*, Sicherungsmittel, págs. 59 y ss.

23 Cfr. detalladamente *Schultz*, SchwZStr 75 (1959), págs. 245 y ss.

predicción de su conducta futura. Sin embargo, es posible un compromiso en el sentido de admitir la relativa idoneidad de la prognosis, porque el determinista nunca podrá prever *todas* las condiciones futuras del comportamiento de una persona, mientras que el indeterminista sabe por experiencia, que de la vida anterior de una persona pueden sacarse conclusiones de lo que va a ser en el futuro. La *prognosis* no es, por tanto, sólo *posible,* sino también, dentro de ciertos límites, necesaria.

Para ello se sirve de métodos intuitivos,[24] estadísticos[25] *(procedimiento de puntos)* y criminológicos.[26] La prognosis intuitiva, que principalmente se basa en la experiencia y en el conocimiento de la persona, es indispensable, pero inexacta. El *procedimiento de puntos* aporta ciertamente valores estadísticos exactos, que, sin embargo, no pueden aplicarse automáticamente al caso concreto. El método criminológico, que considera toda la personalidad del delincuente desde todos los puntos de vista científicos, da los mejores resultados, pero es difícil y costoso.

3. Mientras las penas privativas de libertad se vinculan a la culpabilidad del delincuente que se dio en el pasado y por ello se determinan dentro de unos límites, las medidas privativas de libertad atienden a su peligrosidad en el futuro y por ello son **de duración indeterminada.** En algunas medidas la indeterminación es absoluta, en otras relativas. De **duración absolutamente indeterminada** son el internamiento en un hospital psiquiátrico (§ 63) y la custodia de seguridad (§ 66) si esta última se ha impuesto ya una vez. Existen **plazos máximos** para el internamiento en un centro de deshabituación (2 años), en un establecimiento de terapia social (5 años) y para el primer internamiento en custodia de seguridad (10 años) (§ 67d I).

4. En cualquier momento puede comprobar la Comisión de Ejecución de las Penas (§§ 463 III, 454, 462a I StPO), si puede **suspenderse a prueba** la ulterior ejecución de una medida que lleva aneja una privación de libertad (§§ 67d II, 67e I, 1), incluso está obligado a ello antes del transcurso de determinados plazos (§ 67e I, 2). De esta manera debe conseguirse, que la ejecución de las medidas privativas de libertad sólo dure el tiempo indispensable necesario para la protección de la comunidad y para las exigencias de un efecto resocializador en el condenado.

* * *

1. En el Ordenamiento jurídico español también existe una doble vía de reacción frente al delito: las penas y las medidas. Pero a diferencia de lo

24 *Leferenz,* ZStW 68 (1956), pág. 237.

25 *Mannheim/Wilkens,* Prediction Methods, págs. 137 y ss., *Sb. u. E. Glueck,* Predicting Delinquency, págs. 127 y ss.; *Wolff,* Die Prognose, págs. 168 y ss.

26 *Leferenz,* Aufgaben, pág. 19.

que sucede en el Derecho alemán, las medidas se aplican sobre todo y principalmente a personas peligrosas sociales *hayan o no cometido un hecho tipificado en la ley como delito. La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 4 de agosto de 1970, que contiene la mayoría de estas medidas, se refiere sobre todo a supuestos de* peligrosidad predelictual, *no necesariamente referida a la probable comisión de delitos en el futuro, y hace de ellos objeto preferente de sus medidas que en nada se diferencian, por lo menos en lo que se refiere a la forma de su ejecución, de las penas propiamente dichas y mucho menos de las medidas posdelictuales (cfr. arts. 2 y 5 de la Ley de Peligrosidad). Se establece así un sistema de control social más amplio que el penal tradicional, desbordando los límites que constituyen las garantías de un Estado de Derecho.*

El principio de legalidad queda infringido cuando el presupuesto de la reacción sancionatorio del Estado no está constituido por la comisión de un injusto tipificado en la norma penal, sino por estados de peligrosidad social que ni siquiera van referidos a la comisión de delitos futuros y que además son sancionados con medidas que, materialmente, en nada se diferencian de las penas.

El principio de intervención mínima igualmente se infringe, cuando se utilizan medias sancionatorios tan graves como las penas, para reprimir estados de peligrosidad no basados en la previa comisión de un delito y que, por lo tanto, no constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos fundamentales.

La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social supone, pues, tanto en la teoría como en la práctica, una "perversión" del Derecho Penal y un abuso de poder del Estado. Ciertamente que la tarea de defensa de la sociedad y de una convivencia social pacífica y organizada pluralmente no sólo incumbe al Derecho Penal, sino a todo el Ordenamiento jurídico. Pero en esta tarea el Derecho Penal no es sólo un plus, ***sino también un*** aliud *frente a las demás ramas del Ordenamiento jurídico. Precisamente por su carácter de "ultima ratio", al Derecho Penal debe quedar reservada la tarea de reaccionar frente a los comportamientos más intolerables de desprecio a las normas fundamentales que rigen la convivencia, reaccionando frente a ellos con los medios más graves e importantes de que dispone el Ordenamiento jurídico, bien sean penas, bien sean medidas. El presupuesto de esta reacción sólo puede constituirlo la comisión de un hecho típico y antijurídico, es decir, la realización de un comportamiento prohibido y conminado con una pena en la Ley Penal.*[1]

1 Cfr. *Muñoz Conde,* Introducción al Derecho Penal, Barcelona, 1975, páginas 40 y ss. El rechazo de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social por parte de la doctrina española ha sido casi total. Especialmente sobre el tema cfr. *Beristain Ipiña,* Medidas penales en Derecho contemporáneo, 1974; *Jorge Barreiro,* Las medidas de seguridad en el Derecho Español, 1976. Diversas opiniones, en su mayoría críticas, se recogen en el libro colectivo Peligrosidad social y medidas de seguridad, Valencia, 1974. Más recientemente y en relación también con el Proyecto de Código Penal, *Barbero Santos-Morenilla Rodríguez,* La ley de Peligrosidad y Rehabilitación social: su reforma, en Doctrina Penal, año 2, abril-junio 1979, núm. 6, pp. 217 y ss.; *Quintero Olivares,* Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de Código Penal, en La reforma penal y penitenciaria, Santiago de Compostela, 1980, pp. 569 ss.; *Barbero Santos,* Las

2. Una vez hecha esta aclaración, queda por resolver la cuestión de si el sistema de reacción frente al delito cometido debe ser monista o dualista;[2] *es decir, debe ser la imposición de una sanción única (pena o medida) o la aplicación conjunta de una doble sanción: pena y medida. La elección de una u otra vía es objeto de viva discusión doctrinal aun no resuelta definitivamente en un sentido o en otro. Para un Derecho Penal clásico basado en la culpabilidad y en la retribución de la misma, la pena debe ser el único medio de reacción frente al delito. Esta postura fracasa desde el momento en que los propios Códigos penales, ya desde el siglo XIX, se prevén sistemas de reacción frente a autores "inculpables" de hechos típicos y antijurídicos (enfermos mentales, menores de edad penal, etc.). Igualmente fracasan las teorías que propugnan un monismo de signo contrario y consideran que el presupuesto de la reacción sancionatoria estatal debe ser sólo la peligrosidad y la reacción misma una medida, por cuanto, cualquiera que sea la opinión que esta propuesta merezca de "lege ferenda", lo cierto es que casi todas las legislaciones penales del mundo tratan de manera diferente, por ejemplo, al autor de un delito cuando es un enfermo mental (declarándolo exento de responsabilidad, pero internándolo en un establecimiento psiquiátrico) que al que no lo es (al que se aplica sin más la pena prevista para el delito cometido). Esta diversa forma de reaccionar frente al autor de un delito, cuando es enfermo mental, menor de edad, etc., y frente al autor del mismo delito cuando no está en estas condiciones, permite pensar que junto al presupuesto común a ambas formas de reacción sancionatoria (el hecho típico y antijurídico) deben darse otros elementos que justifiquen la elección entre una u otra forma de reacción. Al conjunto de condiciones que justifican la imposición de una pena al autor de un hecho típico y antijurídico se le llama* culpabilidad; *al de las que justifican la imposición de una medida* peligrosidad. *Culpabilidad y peligrosidad son, pues, los dos puntos de conexión del sistema de reacción estatal frente a la comisión de un hecho típico y antijurídico. El hecho típico y antijurídico de un autor culpable dará lugar, por tanto, a la imposición de una pena; el hecho típico y antijurídico de un autor inculpable, pero peligroso dará lugar a la imposición de una medida.*

3. Si a nivel de sus presupuestos la distinción entre penas y medidas parece lógica, ya no lo es tanto cuando se trata de diferenciarlas por su fin y contenido, sobre todo cuando la pena y la medida implican la privación de libertad del condenado a ellas.

El art. 25, 2 de la Constitución declara, en efecto, que "las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados". Y prácticamente lo mismo dice el art. 1 de la Ley General Penitenciaria: "Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad".

Pero, si esto es así, ¿qué sentido tiene distinguir entre pena y medida,

medidas de seguridad en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal, en La reforma penal, cit., pp. 95 ss.

[2] Sobre lo que sigue cfr. *Muñoz Conde*, Culpabilidad y prevención en Derecho Penal, en Cuadernos de Política Criminal, 1980, núm. 12.

cuando ambas en la práctica, sobre todo cuando son privativas de libertad, tienen la misma finalidad? En el fondo, la equiparación del sistema de ejecución o de la finalidad de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad debería conducir consecuentemente a un sistema monista que superase la aparente contradicción teórica entre pena y medida, entre culpabilidad y peligrosidad, entre retribución y prevención del delito. Sin embargo, no siempre ocurre esto y ello produce consecuencias injustas difíciles de evitar, porque el punto de partida sigue siendo un sistema dualista, como seguidamente vamos a ver.

La pena adecuada a la culpabilidad puede ser insuficiente para cumplir las funciones preventivas, general y especial, que tiene que cumplir el Derecho Penal. Piénsese, por ej., en unos abusos deshonestos cometidos por un psicópata sexual que tiene alterada su capacidad de culpabilidad, pero no hasta el punto de poder ser declarado plenamente inimputable. La pena que podría corresponderle en este caso apenas sería la de unos meses de privación de libertad; las necesidades preventivas, tanto de defensa de la sociedad, como de reeducación (si ello es posible) del delincuente, pueden exigir, por el contrario, la aplicación de una medida de internamiento por un período de tiempo muy superior: por ej. varios años. De acuerdo con el sistema dualista procedería en este caso, por tanto, la imposición conjunta de la pena (adecuada a la culpabilidad) y de la medida proporcional a la peligrosidad del delincuente. Pero con ello se corre el peligro de que queden destruidas de golpe todas las garantías del Estado de Derecho y los principios de un Derecho Penal liberal entendido en el mejor sentido de la palabra, como decía von Liszt, *como "la infranqueable barrera de la Política criminal". Con el sistema dualista, la sospecha del "fraude de etiquetas" se hace cada vez más evidente. Pues ¿de qué sirve decir que la pena en su magnitud viene limitada por el grado de culpabilidad por el hecho del autor, si después, bajo el manto de la medida de seguridad o de corrección se le impone al sujeto una sanción más grave? ¿No sería más honesto decir ya, desde el principio, que la reacción del Estado frente al delito, llamémosle pena o medida, viene condicionada sólo por la peligrosidad mostrada por el sujeto a través de la comisión de ese delito? ¿No estamos ya aceptando con el sistema de acumulación de penas y medidas los postulados más descarnados del positivismo criminológico en su vertiente más reaccionaria y contraria a los postulados de seguridad y certeza jurídicas del Estado de Derecho?*

4. La respuesta a estos interrogantes, que estimo urgente y necesaria, debe hacerse consecuentemente con los principios político-criminales que teóricamente informan el Derecho Penal de un Estado social y democrático de Derecho. En un sistema político de este tipo la misión del Derecho Penal no puede ser otra que la protección de la sociedad empleando los medios más radicales de que el Ordenamiento jurídico dispone, reprimiendo y previniendo los ataques más intolerables a los intereses más importantes de esa sociedad. ¿Es la medida posdelictual, basada en la peligrosidad, distinta de la pena, basada en la culpabilidad, necesaria para cumplir esta misión? A mi juicio, sí; pero con ciertas limitaciones.

En primer lugar, la medida es necesaria como sustitutivo de la pena en aquellos casos de autores inculpables que, sin embargo, son peligrosos. Piénsese en un enfermo mental peligroso que intenta matar a alguien y

muestra tendencias homicidas evidentes. Su falta de capacidad de culpabilidad no puede significar su inmediata puesta en libertad y la indefensión de la sociedad frente a él. Es necesario que la sociedad disponga de medios de control y aseguramiento de estas personas. Este medio es la medida (que, en este caso, sería de internamiento en un establecimiento psiquiátrico). Con ella se pretende, por un lado, la defensa de la sociedad y, por otro, el tratamiento, la curación del enfermo. Pero esta doble finalidad preventiva debe ser limitada de algún modo, si no se quiere hacer del enfermo mental delincuente un sujeto de peor condición que el cuerdo que comete el mismo delito.[3] *Este límite viene representado en el ámbito de las medidas por el principio de intervención mínima y por el de proporcionalidad (junto, por supuesto, al principio de legalidad y de judicialidad). Conforme al primero, la duración de la medida deberá ser la indispensable para eliminar la peligrosidad criminal del condenado. Conforme al segundo, la medida no podrá ser desproporcionada ni a la peligrosidad criminal del sujeto, ni a la gravedad del delito cometido y de los que sean probable que aquél pueda cometer. La referencia a la gravedad del delito cometido y a la de los que el sujeto sea probable cometa en el futuro, medida por el marco penal que estos delitos tengan asignado en abstracto, impide que la duración de la medida sea superior a la de la pena que, caso de ser el sujeto culpable, hubiera podido ser impuesta. Es, pues, fundamental que la gravedad del delito cometido, más que la de los que se puedan cometer en el futuro, constituya el límite máximo que no deba ser rebasado en ningún caso, aunque quizá la medida durante ese tiempo no haya logrado alcanzar sus objetivos preventivos; pero éste es un riesgo que la sociedad debe asumir, lo mismo que asume diariamente el de la reincidencia de los que, habiendo cumplido su condena en la cárcel, salen en libertad.*

En segundo lugar, la medida puede ser impuesta juntamente con la pena en aquellos casos en los que junto a la culpabilidad se da también la peligrosidad del autor del delito. Pero en este caso, además de los principios ya citados, deberá darse preferencia al cumplimiento de la medida, abonando el tiempo de cumplimiento de ésta en el de la pena. Una vez cumplida la medida, podrá suspenderse el resto de la pena que aún queda por cumplir, si con ello se han cumplido ya los objetivos preventivos, defensistas y resocializadores, que motivaron la imposición de la medida y la ejecución del resto de la pena pudiera ponerlos en peligro. Este sistema vicarial *es, según creo, el único compatible con la finalidad asignada a las penas y medidas privativas de libertad en la Constitución y en la Ley General Penitenciaria. Con ello, la pena adecuada a la culpabilidad constituye el límite máximo de duración de la privación de libertad cuya ejecución se unifica. Sólo en algunos casos muy excepcionales de gran peligrosidad comprobada respecto a delitos contra la vida, la integridad física y la libertad sexual, delincuentes habituales por tendencia, etc., podría pensarse en rebasar este límite máximo; pero, aun en estos casos (que deberían regularse taxativamente en la ley), se habría de fijar siempre un límite máximo que, en ningún caso, podría ser rebasado. Téngase en cuenta que estamos hablando aquí de casos muy extremos que raramente se dan y que, conforme a los*

3 Cfr. *Quintero Olivares*, Reflexiones sobre el monismo y el dualismo, en La reforma penal, cit., p. 569 ss.

conocimientos psiquiátricos actuales, el tratamiento de enfermos mentales, de toxicómanos, etc., no siempre requiere el internamiento o éste al poco tiempo puede ser sustituido por otras medidas menos radicales como el tratamiento ambulatorio, la psicoterapia, etc. Lo mismo puede decirse respecto a los centros de terapia social que no siempre son la mejor solución para los delincuentes habituales. También aquí la sociedad debe asumir los riesgos de reincidencia con ciertos márgenes de libertad.

Sólo teniendo en cuenta estos principios pueden evitarse los inconvenientes y contradicciones del actual sistema dualista. Por supuesto, que ello implica el rechazo de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social que ni siquiera respeta el principio de la previa comisión de un delito como presupuesto de reacción sancionatoria y que confunde peligrosidad social y peligrosidad criminal. Pero también el rechazo, en esta materia, del Proyecto de Código Penal que en el título VI del Libro I pretende configurar las medidas posdelictuales de acuerdo con los principios del sistema dualista, admitiendo medidas de duración indeterminada y permitiendo como regla general la acumulación de pena y medida. En las notas a los §§ 77 y 78 volveremos a ocuparnos de estos problemas.

CAPÍTULO 2.º

LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL

§ 10 *Historia del Derecho Penal alemán hasta el Código Penal imperial de 1871*

v. Amira, Grundriβ des germanischen Rechts, 3.ª ed., 1913; *el mismo*, Die germanischen Todesstrafen, 1922; *Boldt*, J. S. F. von Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft, 1936; *Brunnenmeister*, Die Quellen der Bambergensis, 1879; *Brunner*, Deutsche Rechtsgeschichte, t. 1, 2.ª ed., 1906, t. 2., reelaborada por C. *v. Schwerin*, 1928; *Carlen*, Die Galeerenstrafe in der Schweiz, ZStW 88 (1976), págs. 557 y ss.; *Dahm*, Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, 1931; *el mismo*, Zur Rezeption des römisch-italienischen Rechts, 1960; *Engelmann*, Die Schuldlehre der Postglossatoren, 1895; *Friese*, Das Strafrecht des Sachsenspiegels, 1898; *Gernhuber*, Die Landfriedensbewegung in Deutschland bis zum Mainzer Reichslandfrieden von 1235, 1952; *Güterbock*, Die Entstehung der Carolina, 1876; *v. Hippel*, Beiträge zur Geschichte der Freiheitsstrafe, ZStW 18 (1898), pág. 419, 608; *His*, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, 1.ª parte, 1920; *el mismo*, Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina, 1928; *Kantorowicz*, Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik, t. 2., 1926; *Kipper*, Johann Paul Anselm Feuerbach, 1969; *Moos*, Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert, 1968; *Radbruch*, Paul Johann Anselm Feuerbach, 2.ª ed., 1957; *Schaffstein*, Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina bis zu Carpzov, GS 101 (1932), pág. 14; *el mismo*, Die europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus, 1954; *Eb. Schmidt*, Die Kriminalpolitik Preuβens unter Friedrich Wilhelm I. und Friedrich II., 1914; *el mismo*, Die Carolina, Zeitschr. der Savigny-Stiftung, Germ. Abt. 53 (1933), página 1; *el mismo*, Inquisitionsprozeβ und Rezeption, 1940; *el mismo*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3.ª ed., 1965; *Thieme*, Das Gesetzbuch Friedrichs des Groβen, DJZ 1936, 939; *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, t. 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., Zeitschr. der Savigny-Stiftung, Germ. Abt. 77 (1960), pág. 288; *Welzel*, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, 1958; *Wilda*, Das Strafrecht der Germanen, 1842; *Erik Wolf*, Grotius, Pufendorf, Thomasius, 1927; *el mismo*, Groβe Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4.ª ed., 1963.

El presente capítulo se estructura conforme a la clasificación usual en la Historia del Derecho. Sin embargo, *Eberhard Schmidt*[1] emplea otro criterio clasificatorio, dividiendo la historia del Derecho Penal alemán en tres períodos (época del pensamiento jurídico ger-

1 Cfr. *Eb. Schmidt*, Einführung, págs. 17 y ss.

mánico, época del pensamiento jurídico medieval, desarrollo de la Política criminal moderna). Pero contra esta clasificación se puede objetar que los conceptos superiores empleados comprenden espacios de tiempo demasiado amplios, en los que junto a los factores tradicionales también aparecen nuevos factores que igualmente han determinado la evolución.

I. Período germánico

En el período germánico hasta finales de las transmigraciones de los pueblos en el siglo VI,[2] el Derecho Penal como todo el Derecho era Derecho consuetudinario. Fuentes jurídicas escritas aparecen sólo en Francia. La situación jurídica del individuo venía determinada por su pertenencia a la familia, a la tribu y a la comunidad. Los delitos (quebrantamientos de la paz) sólo llevaban aparejada, en principio, una reacción del individuo y de su tribu por la vía de la venganza o de la faida **(concepción iusprivativista del Derecho Penal).** Poco a poco la faida fue siendo sustituida, dados sus efectos deshonrosos sobre la comunidad, por *convenios expiatorios* (entrega de ganado, caballos, armas y más tarde de dinero, según la gravedad del delito y el rango de la víctima). Posiblemente desde el primer momento una parte de esta prestación expiatoria iba a parar a la comunidad como dinero de la paz (fredus). En casos de graves infracciones de deberes comunitarios (traición en la guerra, deserción, cobardía ante el enemigo, delitos religiosos) parece que existía ya en el período germánico la *pena pública.*[3] Su paulatina ampliación se vio favorecida por el castigo que se imponía a los siervos en el marco del poder doméstico. La naturaleza y gravedad del delito se determinaba en principio por su *resultado* externo ("el hecho mata al hombre"); sin embargo, se distinguió ya desde el primer momento de la mano de algunos elementos característicos entre hechos voluntarios, hechos fortuitos y los casos especialmente considerados graves de delitos dolosos.

II. Período franco

El período franco, que suele situarse entre la fundación del imperio merovingio por Clodoveo (482-511) y la división del imperio en el Tratado de Verdum (843), se caracterizaba por el nacimiento de un **fuerte poder estatal** y por la aparición de **fuentes jurídicas escritas.**[4] La monarquía se esforzaba en restringir la autonomía privada en el ejercicio de la faida y la realización de los convenios expiatorios. El deber de realizar estos convenios fue sustituyendo poco a poco a la faida. Surgieron las multas fijas, favorecidas por la incipiente economía monetaria. Junto a la pena privada del antiguo Derecho consuetudinario apareció con el Derecho real cada vez con mayor fuerza la *pena pública,* pues el aumento del poder estatal hacía necesario proteger nuevos bienes jurídicos del Estado y de la comunidad (por ej., fidelidad al rey, paz pública, religión cristiana, tráfico monetario). Los derechos de las estirpes se recogieron por escrito en latín en las *leges barbarorum* (primeramente en la Lex Salica alrededor del año 500), conteniendo sobre todo las cuantías pecuniarias que debían servir de base a los convenios expiatorios (sistema de la composición). Junto al Derecho de la estirpe empezó a aparecer cada vez con mayor importancia el Derecho reglamentario real *(Capitulares)* y junto al Tribunal de la estirpe los Tribunales del rey o del conde. El influjo del cristianismo se hacía patente en la atenuación de las penas y en el reconocimiento del derecho de asilo.

2 Cfr. al respecto *Wilda,* Das Strafrecht der Germanen, 1842; *v. Amira,* Grundiss des germanischen Rechts, págs. 228 y ss.; *Brunner,* Deutsche Rechtsgeschichte, t. I, págs. 33 y ss.

3 Cfr. *v. Amira,* Die Germanischen Todesstrafen, págs. 23 y ss.

4 Cfr. *Brunner,* Deutsche Rechtsgeschichte, t. II, págs. 703 y ss.; *His,* Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina, págs. 57 y ss.

III. La Edad Media

La Edad Media, que se puede situar entre la división del imperio y la decadencia del Derecho Penal en los siglos XIV y XV, significó en muchos aspectos un **retroceso en la evolución del Derecho Penal.**[5] A consecuencia del debilitamiento del poder imperial tras la cuestión de las Investiduras (desde el año 1075) y sobre todo a partir del fin de la dinastía de los Hohenstaufen (1268) se deterioraron rápidamente los enérgicos intentos del período franco en pro de una centralización del poder punitivo. El poder sancionatorio se desplazó a los grandes señoríos cada vez más reforzados, a las ciudades y a grupos de poder cada vez más pequeños. La consecuencia de ello fue una extraordinaria dispersión del Derecho Penal acompañada de la arbitrariedad y de una dureza en la Administración de Justicia penal característica de la Edad Media. Típicas del Derecho Penal de aquella época eran la pena de muerte y las penas corporales de extremada crueldad para los delitos graves y la pena de azotes, el marcaje a fuego y la picota para los delitos menos graves. La *faida* experimentó un gran impulso dentro de las órdenes de caballería y sólo lentamente con muchos retrocesos fue prohibida por leyes de la paz pública hasta la Paz Pública Eterna en 1495.[6] La seguridad pública, fuera de las ciudades y plazas fortificadas estaba continuamente amenazada y especialmente las ciudades interesadas en el transporte y el comercio se defendían contra las bandas de ladrones cada vez más frecuentes con una dureza extrema, en el proceso penal con la intro-

5 Cfr. al respecto *His,* Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, t. I, 1920.

6 Cfr. *Gernhuber,* Die Landfriedensbewegung bis zum Mainzer Reichslandfrieden von 1235, 1952.

ducción de procedimientos sumarísimos y el empleo sin contemplaciones de la tortura.

La legislación imperial desapareció, después de haber tenido todavía para el Derecho Penal una gran importancia en las leyes de la paz pública hasta la Paz Pública de Mainz en 1235,[7] cayendo de nuevo en manos de los particulares que pretendían, de acuerdo con sus limitados intereses y sus tradiciones locales, asentar el Derecho Penal en una pluralidad de reglamentaciones locales, en gran parte completadas por el Derecho consuetudinario. Importantes colecciones particulares escritas de preceptos jurídicos de carácter regional (Espejo de Sajonia de 1230,[8] Espejo de Suabia de 1275) que gozaban de amplia acogida, desempeñaban en la praxis la función de las leyes, sin poder detener la decadencia de la Administración de Justicia penal.

IV. La recepción del Derecho romano-italiano

El cambio en la evolución del Derecho Penal alemán se produjo con la recepción del Derecho Romano que, transformado y adaptado por la Ciencia jurídica italiana de la Edad Media (Glosadores 1100-1250, Posglosadores 1250-1450), a través de la práctica de los Ordenamientos locales de las ciudades del Norte de Italia y de algunas tradiciones longobardas no era del todo ajeno a las necesidades políticas y al sentimiento jurídico en Alemania.[9] Las causas de esta recepción se encontraban en la decadencia del Derecho Penal alemán, en la idea de que el Derecho Romano en cuanto legado jurídico del Sacro Imperio Romano sucesor del Imperio antiguo era el legítimo "Derecho Imperial", en la alta elaboración científica de los problemas jurídicos llevada a cabo por los juristas italianos (véase por ej., *Albertus Gandinus*, Tractatus de maleficiis, 1298[10]) y en el resurgimiento de una propia generación de juristas que, antes de la creación de las Universidades centro-europeas (Praga, 1348; Cracovia, 1364; Viena, 1365; Heidelberg, 1386) y aun todavía después, se formaron en las Facultades de Derecho de las Universidades del Norte de Italia (Bolonia, Pavía, Padua).[11] La creación del Tribunal de Cámara Imperial (1495) acentuó aún más el deseo de un Derecho imperial unitario. Sobre la base de una legislación penal territorial, la Constitutio Criminalis Bambergensis (1507),[12] la genial creación del

7 Cfr. al respecto *Gernhuber*, Landfriedensbewegung, págs. 224 y ss.
8 Cfr. *Friese*, Das Strafrecht des Sachsenspiegels, 1898.
9 Cfr. al respecto *Dahm*, Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, 1931.
10 Cfr. *Kantorowicz*, Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik, 2.° tomo, 1926. Cfr. además *Engelmann*, Die Schuldlehre der Postglossatoren, año 1895.
11 Cfr. *Dahm*, Zur Rezeption des römisch-italienischen Rechts, 1960.
12 Cfr. *Brunnenmeister*, Die Quellen des Bambergensis, 1879.

Magistrado de Bamberg *Johan Freiherr von Schwarzenberg und Hohenlandsberg*,[13] fue redactada la **Constitutio Criminalis Carolina** en alemán, con el título de "Keyser Karls des fünften und des heyligen Romischen Reichs peinlich Gerichtsordnung" ("Ordenanza Judicial Penal del Emperador Carlos V y del Santo Imperio Romano") que fue aceptada por el Reichstag en 1532.[14] "En lo esencial materialmente fue obra de Schwarzenberg" *(Eberhardt Schmidt)* y se le considera como "un hito único y formidable de la legislación alemana en la época de la recepción en el paso de la Edad Media a la Edad Moderna" *(v. Hippel)*. La Carolina supuso la victoria definitiva de la concepción juridicopública de la pena y condujo al reconocimiento del Derecho Penal como una institución jurídica que no dependía ya de la arbitrariedad del más fuerte, sino que tenía que servir al bien común y adaptarse a la necesidad de justicia de la comunidad. Importantes conceptos fundamentales de la Parte General están ya recogidos en la Carolina y, en parte, incluso formulado en un lenguaje gráfico y vigoroso, así, por ejemplo, el principio de culpabilidad, algunas causas de justificación, la tentativa y la participación. La descripción de los tipos delictivos reflejaba de diversas maneras el Derecho nacional. En el Derecho procesal se intentó por lo menos una reforma con la nueva configuración del proceso inquisitivo y con la determinación de los presupuestos de la tortura.[15]

V. El Derecho común

Aun cuando en la Carolina se contenía una cláusula salvatoria en favor de las "antiguas, honorables, justas y equitativas costumbres" de los poderes territoriales, el nuevo Derecho imperial se impuso en la Administración de Justicia gracias a su calidad superior a la de los Ordenamientos locales y en algunos territorios ha estado en vigor como fuente subsidiaria hasta la promulgación del StGB de la Federación del Norte en 1870. En los Estados regionales en los que se hicieron Codificaciones, éstas estaban estrechamente vinculadas a la Carolina que, de este modo, completada por ordenanzas imperiales de policía de 1530, 1548 y 1577 con numerosos preceptos penales para la protección del "buen orden", se convirtió en el fundamento del Derecho común hasta los grandes movimientos codificadores de finales del siglo XVIII y principios del XIX. Lo más destacadamente nuevo de esta época fue la aparición de una propia **Ciencia del Derecho Penal** siguiendo el modelo de penalistas italianos y españoles, de los que especialmente tuvieron influencia en Alemania *Julius Cla-*

13 Cfr. *Erik Wolf*, Grosse Rechtsdenker, págs. 102 y ss.
14 Cfr. *Güterbock*, Die Entstehung der Carolina, 1876; *Eb. Schmidt*, Zeitschr. der Savigny-Stiftung, Germ. Abt. 53 (1933), págs. 1 y ss.; *v. Weber*, ebenda 77 (1960), págs. 288 y ss.
15 Cfr. *Eb. Schmidt*, Inquisitionsprozess und Rezeption, 1940; *el mismo*, Einführung, págs. 125 y ss.

rus (1525-1575), *Tiberius Dacianus* (1509-1582)[16] y *Diego Covarrubias* (1517-1577).[17] Las más importantes figuras de la Ciencia alemana del Derecho Penal fueron en el siglo XVII *Benedict Carpzov* (1595-1666) con su obra principal "Practica nova Imperialis Saxorica rerum criminalium" (1635),[18] y en el siglo XVIII *J. S. F. Böhmer* (1704-1772) con su "Elementa jurisprudentiae criminalis" (1732)[19] y *Christian Thomasius* (1665-1728) que con su lucha contra la opresión teocrática, la superstición y la brujería fue ya un precursor de la Ilustración.[20] Frente al auge de la ciencia que supo conseguir ya un sistema doctrinal deductivo,[21] siguió, sin embargo, la *decadencia de la praxis penal,* que, con la crueldad de las penas corporales y la pena de muerte,[21a] la indeterminación de la poena extraordinaria y las penas por simple sospecha, con la introducción de la absolutio ab instantia (en lugar de la absolución) y el uso inmoderado de la tortura, estableció un temible régimen de discrecionalidad del poder judicial rayano en la arbitrariedad. Frente a esta dureza de la praxis penal supuso un cierto contrapeso en la Alemania del siglo XVII las penas privativas de libertad introducidas según el modelo de la Prisión de Amsterdam (1595), en el que ya se insinuaba el inminente cambio.[22]

VI. La Ilustración

El lastre espiritual que supuso la Edad Media sólo fue definitivamente superado por la Ilustración que, con el nacimiento de una **Política Criminal racional,** introdujo el período moderno en la Administración de Justicia penal. El pensamiento racionalista del Derecho Natural planteó la cuestión del sentido y fin del Derecho Penal, las ideas humanistas condujeron al triunfo de las penas privativas de libertad (cuyos defectos en el período de ejecución siguieron, sin embargo, siendo evidentes) y la limitación del poder punitivo por la teoría del contrato social condujo al principio de legalidad. La Ilustración quedó reflejada en una magnífica literatura de carácter ju-

16 Cfr. *Schaffstein,* Die europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus, págs. 38 y ss.

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

18 *v. Weber,* Rosenfeld-Festschrift, págs. 29 y ss.; *Schaffstein,* GS 101 (1932), págs. 14 y ss. Cfr. además, *v. Weber,* Influencia, págs. 6 y ss., con referencias a las citas españolas que se encuentran en la obra de Carpzovio.

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

20 Cfr. *Erik Wolf,* Grotius, Pufendorf, Thomasius, págs. 97 y ss.; *el mismo,* Grosse Rechtsdenker, págs. 371 y ss.

21 Cfr. *Schaffstein,* Die allgemeinen Lehren, págs. 26 y ss.

21a Una degeneración de este tipo de penas fueron las penas de galeras, cfr. sobre esto *Carlen,* ZStW 88 (1976), págs. 557 y ss.

22 Cfr. *v. Hippel,* ZStW 18 (1898), págs. 429 y ss., 608 y ss.

ridicopolítico, entre cuyos principales representantes se cuentan *Montesquieu* ("Esprit des lois", 1748), *Voltaire* ("Prix de la justice et de l'humanité", 1777) y el ginebrino *Rousseau* ("Contrat social", 1762) en Francia; *Bentham* ("Introduction to the principles of morals and legislation", 1780) en Inglaterra y *Beccaria* ("Dei delitti e delle pene", 1764) en Italia. En Alemania debe destacarse sobre todo a *Samuel Pufendorf* (1632-1694) con su teoría iusnaturalista de la imputación y de la libertad[23] y *Christian Wolf* (1679-1754) el gran sistematizador del Derecho Natural. El final y al mismo tiempo el cénit de la Ilustración fue para el Derecho Penal la figura del relevante penalista *Paul Johan Anselm v. Feuerbach* (1775-1833), que fue el fundador de la Dogmática juridicopenal por la claridad de su formación conceptual y la estructuración de un sistema cerrado (Revisión, 1799-1800; Lehrbuch, 1801).[24] En la legislación destaca Prusia, que ya en 1740 con el comienzo del reinado de *Federico el Grande* abolió la tortura, con su Derecho Territorial General (1794), cuya parte penal (Parte II, Título 20) fue elaborada por *Suárez*[25] y *Klein.* En Baviera el Codex iuris criminalis Bavarici (1751) fue creado por *Kreittmayr* y en Austria se promulgó la Constitutio Criminalis Theresiana (1768). Los tres cuerpos legales citados significaron el final de la época del Despotismo Ilustrado.[26] El StGB bávaro de 1813 proyectado por *Feuerbach* fue, juntamente con el Code pénal francés de 1810, el más importante modelo de Código penal del siglo XIX. El Derecho Penal aparecía asentado en el principio de legalidad formulado por *Feuerbach* (nullum crimen, nulla poena sine lege).

VII. Período del Derecho Penal regional

Al StGB bávaro se añadieron como principales aportaciones de los Estados alemanes el Código penal del Reino de Sajonia (1838, 1855, 1868), el Código penal de Hannover (1840), el Código penal del Ducado de Braunschweig (1840), el StGB de Baden (1845), el StGB de la Turingia (1850) y sobre todo **el Código penal de los Estados Prusianos de 1851,** que, durante algún tiempo elaborado bajo la dirección de *v. Savigny,* estaba en gran parte influido por el Code pénal francés, aunque sin aceptar la dureza preventiva general de éste. La **Ciencia del Derecho Penal** del siglo pasado, a la que hay que agradecer especialmente la unidad del Derecho a pesar de su dispersión territorial, alcanzó una relevante altura e importancia con *Mittermaier*

23 Cfr. *Welzel,* Die Naturrechtslehre, págs. 84 y ss.; *Erik Wolf,* Grosse Rechtsdenker, págs. 343 y ss.

24 Cfr. *Radbruch,* Paul Johann Anselm Feuerbach, 2.ª ed., 1957; *Erik Wolf,* Grosse Rechtsdenker, págs. 553 y ss.; *Kipper,* J. P. A. Feuerbach, 1969.

25 Cfr. *Erik Wolf,* Grosse Rechtsdenker, págs. 440 y ss.

26 Cfr. *Eb Schmidt,* Die Kriminalpolitik Preussens unter Friedrich Wilhelm I. und Friedrich II, 1914; *Thieme,* DJZ 1936, 939 y ss.; *Moos,* Der Verbrechensbegriff in Österreich, págs. 94 y ss.

(1787-1867), *v. Wächter* (1797-1880), *Köstlin* (1813-1856), *Hälschner* (1817-1889), *Luden* (1810-1880) y *Berner* (1818-1907). Sus teorías representan ya el estadio previo de la Dogmática juridicopenal que sirve de base al Derecho vigente (cfr. *infra*, § 22).

VIII. El nacimiento del Código penal imperial de 1871

El Código penal imperial de 1871 no fue una creación "*ex novo*", sino una mera ampliación de la vigencia del StGB de la Federación de Alemania del Norte de 1870 a los Estados de Alemania del Sur que se adhirieron a la Federación por los Tratados de noviembre de 1870. Pero, por otro lado, el StGB de la Federación de Alemania del Norte había sido también una refundición del StGB prusiano de 1851, cuyas raíces se remontan a su vez hasta la primera mitad del siglo XIX. El StGB de 1870 miraba más, como se ve, al pasado que al futuro y pronto se puso de relieve la **necesidad de su reforma** en atención al cambio de las circunstancias sociales, al progreso de la Dogmática y al nacimiento de la Criminología. Sin embargo, ha estado vigente, renovado, completado y adaptado por Novelas,[27] hasta el 31-12-1974 y está todavía vigente en amplios sectores de la Parte Especial, si bien con profundas modificaciones (sobre el nacimiento del Código penal imperial de 1871 cfr., con más detalle, la anterior edición, página 74).

* * *

En líneas generales, la historia del Derecho Penal español no difiere mucho de la historia del Derecho Penal europeo, salvando las peculiaridades específicas en la evolución de cada Ordenamiento. También aquí se puede distinguir, a grandes rasgos, entre el Derecho Penal del Antiguo Régimen y el Derecho Penal a partir del siglo XIX, la época de la Codificación.[1] *El primero es objeto específico de la Historia del Derecho; el segundo, en cuanto en su mayor parte coincide con el Derecho todavía vigente, es tratado con cierta amplitud en los manuales y tratados de Derecho Penal. En España en las exposiciones generales del Derecho Penal sólo es objeto de estudio el Derecho Penal a partir de la Codificación.*[2] *Aquí sólo*

27 Cfr. la exposición de conjunto en *Dreher*, Strafgesetzbuch, págs. XXXVI y siguientes.

1 Cfr. *Antón Oneca*, Derecho Penal, Parte General, Madrid, 1949, pp. 55 ss.

2 Cfr. *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal Español, Parte General, 7.ª ed., Madrid, 1979, pp. 93 y ss.; *Cerezo Mir*, Curso de Derecho Penal Español, I, Introducción, Madrid, 1976, pp. 104 y ss.; *Rodríguez Mourullo*, Derecho Penal, Parte General, vol. I, Madrid, 1977, pp. 39 y ss.; *Sáinz Cantero*, Lecciones de Derecho Penal, Barcelona, 1979, pp. 215 y ss. De este proceder se apartan *Antón Oneca*, lug. u. cit.; *Cuello Calón*, Derecho Penal, 18.ª ed. revisada y puesta al día por *Camargo Hernández*, I, Parte General, Barcelona, 1975; *Del Rosal*, Tratado de Derecho Penal Español, Parte General, vol. I, 2.ª edición revisada y corregida por *Cobo*, Madrid, 1976, pp. 171 y ss.; quienes todavía consideran en sus obras el Derecho Penal anterior a la Codificación.

haremos una sucinta referencia a los hitos y características más importantes del Derecho Penal en España desde sus orígenes hasta el presente.

1. Del Derecho Penal de la Antigüedad destaca la existencia de un Derecho Penal público de concepción objetiva entre los pueblos primitivos, el rigorismo y el humanitarismo como características de los Derechos púnico y griego, respectivamente y, ya bajo la influencia del Derecho Romano, la evolución hacia la tipicidad, el subjetivismo y la penalidad indeterminada.[3]

2. En la Edad Media el Derecho visigodo supone la entrada de elementos germánicos, aunque la base de su principal texto legislativo (liber iudiciorum) *(654) sea romanista. También hay influencias eclesiásticas, especialmente a partir de la conversión al cristianismo de Recaredo y de los trabajos de Isidoro de Sevilla.*

Con la invasión musulmana de la Península Ibérica (711) comienza un período de dispersión normativa y reaparecen prácticas primitivas soterradas durante mucho tiempo (derecho consuetudinario). *En el Derecho de los Fueros, las piedras angulares del Derecho Penal son la composición y la venganza, junto a una concepción objetiva del delito y deshumanizada del delincuente, una deficiente tipificación delictiva (basada fundamentalmente en la casuística) y una gran crueldad en el sistema de las penas (basado fundamentalmente en el principio talional). Principios similares regían también en la zona musulmana.*[4]

Con Las Partidas *de Alfonso X (de las cuales la VII está dedicada al Derecho Penal) se inicia un período de integración y recopilación del Derecho, caracterizado por la recepción del Derecho común basado en el Derecho romano y en la doctrina canónica. Las Partidas no llegaron a aplicarse directamente, pero declaradas como fuente supletoria por el Ordenamiento de Alcalá (1348), tuvieron gran influencia en el Derecho posterior.*[5]

3. En la Edad Moderna, el emperador Carlos I que había fomentado en Alemania la redacción de la Carolina no hizo lo mismo en España, prefiriendo legislar sobre temas concretos de acuerdo con las Cortes de cada reino español (Pragmáticas). *La primera recopilación, más o menos total de las leyes penales se lleva a cabo con la* Nueva Recopilación *(1567), promulgada por Felipe II, cuyo libro VIII estaba dedicado al Derecho Penal. Se trata de una mezcla confusa de disposiciones de diverso origen que, con sucesivas modificaciones, estuvo en vigor hasta 1805, fecha en la que se promulgó la* Novísima Recopilación, *igualmente caótica e incompleta, que mantenía la dureza general del Derecho Penal del Antiguo Régimen, apenas atenuada por algunas pragmáticas de Carlos III que constituían en palabras de* Jiménez Asúa *"humanitaria excepción".*[6]

3 *Lalinde Abadía*, Iniciación histórica al Derecho español, 2.ª ed., 1978, páginas 662 y ss. Sobre esta época pueden consultarse también las obras de *Antón Oneca*, *Cuello Calón* y *Del Rosal* anteriormente citadas. Especialmente sobre el Derecho Penal de los pueblos primitivos cfr. *Dorado Montero*, El Derecho Penal en Iberia; y las notas de *Quintiliano Saldaña* al Tratado de Derecho Penal de *von Listz*, tomo I, 2.ª ed., 1926.

4 Cfr. *Lalinde*, ob. cit., pp. 663 y ss.

5 Cfr. *Riaza*, El Derecho Penal de las Partidas, Madrid, 1922.

6 *Jiménez de Asúa*, Tratado de Derecho Penal, tomo I, 3.ª edición, 1969. Sobre el Derecho Penal de aquella época cfr. *Tomás y Valiente*, El Derecho Penal de la Monarquía absoluta, Madrid, 1969.

Durante toda esta época destacan juristas como Covarrubias, Antonio Gómez *y* Pradilla Barnuevo, *y teólogos como* Suárez *y* Alfonso de Castro. *Estos últimos plantearon en sus escritos problemas penales básicos, como el fundamento de la responsabilidad penal y el fundamento de la pena, aunque tratados desde un punto de vista filosófico o teológico sin mayor influencia en la praxis judicial de época que se caracterizaba por un gran arbitrio judicial, por la tortura y por la imposición de penas gravísimas (la de muerte ejecutada por medios de gran crueldad) a través de un procedimiento inquisitivo. Tampoco influyeron en la legislación de su época los penalistas ilustrados, entre los que destaca* Manuel de Lardizábal.[7]

4. La Ilustración sí suministró, sin embargo, las bases ideológicas, filosóficas y políticas que, a partir del siglo XIX, influyeron decisivamente en la configuración del nuevo Derecho Penal que se recoge en los Códigos penales. En España se puede decir que el Antiguo Régimen termina con la Constitución de Cádiz (1812) y, en el ámbito específico del Derecho Penal, con el Código Penal de 1822, productos ambos de un espíritu liberal y progresista.

El movimiento codificador español, como el europeo en general, está fuertemente influido en su orígenes por el francés. Precisamente bajo el influjo del Código Penal francés de 1810 se redactó el primer Código Penal español de 1822 que apenas llegó a aplicarse.[8] *A él le siguió el Código Penal de 1848, que en sus líneas generales aún sigue estando vigente.*[9] *Sobre las paredes maestras de este Código se fue sucediendo una serie de reformas, con objeto de adaptarlo a las necesidades políticas del momento, en 1850 (de signo conservador), en 1870 (de signo liberal),*[10] *en 1932 (II República) y en 1944 (franquismo). Sólo el Código Penal de 1928 (dictadura de Primo de Rivera) constituyó un texto completamente nuevo que, por lo demás, sólo estuvo vigente apenas tres años.*

El Código Penal actualmente vigente (diciembre 1979) es el de 1944 que ha sufrido diversas modificaciones y reformas en 1963, 1967, 1971, 1974, 1976, 1977, 1978 y 1979.[11] *La última edición oficial es de 1973.*

[7] Cfr. *Antón Oneca*, Estudio Preliminar al "Discurso sobre las penas", de *Lardizábal*, Madrid, 1967; *Rivacoba*, Lardizábal, un penalista ilustrado, 1964; *Antón Oneca*, Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración, en Revista de Estudios penitenciarios, núm. 166, jul.-sept. 1964. Sobre la recepción de las ideas de la Ilustración en España cfr. *Torío López*, Beccaria y la Inquisición española, en ADP 1971, pp. 391 y ss.

[8] Cfr. *Antón Oneca*, Historia del Código Penal de 1822, en ADP 1965, páginas 263 y ss.; *Casabó Ruiz*, La aplicación del Código Penal de 1822, en ADP 1979, pp. 333 y ss.; también *el mismo*, Los orígenes de la Codificación penal en España, en ADP 1967, pp. 968 y ss.

[9] Cfr. *Antón Oneca*, El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco, en ADP 1965.

[10] Cfr. *Antón Oneca*, El Código Penal de 1870, en ADP 1970, pp. 229 y ss. Cfr. también las aportaciones de *Castejón, Cobo, Olesa, Rodríguez Mourullo, Del Rosal*, etc., en Conmemoración del centenario de la Ley provisional sobre organización del Poder judicial y del C. P. de 1870, Madrid, 1970; *Núñez Barbero*, La reforma penal de 1870, Madrid, 1970.

[11] Para una exposición de conjunto de toda esta evolución desde el Código de 1848 hasta el presente cfr. *Barbero Santos*, Política y Derecho Penal, en España, Madrid, 1977. Sobre las últimas reformas cfr. *Muñoz Conde*, Reformas penales, 1977, en CPC, 1978, pp. 118 y ss.; *Rodríguez Devesa*, Parte General, cit., páginas 133 y ss.

§ 11 *La reforma del Derecho Penal alemán*

Ancel, French Criminal Law Reform, en: *Mueller* (comp.), Essays in Criminal Science, 1961, pág. 377; *Bockelmann*, Zur Reform des Sexualstrafrechts, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 391; *Johanna Bosch*, Strafrechtsreform in Italien, ZStW 88 (1976), pág. 488; *Dreher*, Das 3. StrRG und seine Probleme, NJW 1970, 1.153; *el mismo*, Die Neuregelung des Sexualstrafrechts — eine geglückte Reform? JR 1974, 45; *Gallas*, Der dogmatische Teil des AE, ZStW 80 (1968), pág. 1; *Göhler*, Das Einführungsgesetz zum StGB, NJW 1974, pág. 825; *Ph. Graven*, Die Zukunft des Freiheitsentzugs im schweizerischen und deutschen Strafrecht, ZStW 80 (1968), pág. 198; *Grünwald*, Sicherungsverwahrung etc. im E 1962, ZStW 76 (1964), pág. 633; *el mismo*, Das Rechtsfolgensystem des AE, ZStW 80 (1968), pág. 89; *Hall/Williams*, 20 Jahre Strafrechtsreform in England und Wales, SchwZStr 84 (1968), pág. 1; *Horstkotte*, Die Anfänge der Strafrechtsreform etc., en: Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz, 1977, pág. 325; *Jescheck*, German Criminal Law Reform, en: *Mueller* (comp.), Essays in Criminal Science, 1961, pág. 393; *el mismo*, Die weltanschaulichen und politischen Grundlagen des E 1962, ZStW 75 (1963), págs. 1 y ss.; *el mismo*, Die kriminalpolitische Konzeption des AE, ZStW 80 (1968), pág. 54; *el mismo*, Der Entwurf eines neuen Sexualstrafrechts im Lichte der Rechtsvergleichung, ZStW 83 (1971), pág. 299; *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*, Deutsche und österreichische Strafrechtsreform, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 365; *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*, Die Fortentwicklung der Methoden und Mittel des Strafrechts, ZStW 86 (1974), pág. 349; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik im AE, ZStW 80 (1968), página 54; *Arthur Kaufmann*, Die Irrtumsregelung im E 1962, ZStW 76 (1964), página 543; *H. Mayer*, Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962; *Moos*, Die Reformbewegung des Strafrechts in Österreich etc., Festschrift für W. Wilburg, 1975, pág. 253; *Müller/Emmert/Friedrich*, Die kriminalpolitischen Grundzüge des neuen Strafrechts, JZ 1969, 245; *Naucke*, Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung, 1975; *Noll*, Diskussionsvotum an der Strafrechtslehrertagung 1964 in Hamburg, ZStW 76 (1964), pág. 707; *Peters/Lang-Hinrichsen*, Grundfragen der Strafrechtsreform, 1959; *Roxin*, Die Behandlung des Irrtums im E 1962, ZStW 76 (1964), pág. 582; *Schultz*, Kriminalpolitische Bemerkungen zum E 1962, JZ 1966, 113; *el mismo*, Dreißig Jahre schweiz. StGB, SchwZStr 88 (1972), página 1; *Seidl*, Der Streit um den Strafzweck zur Zeit der Weimarer Republik, 1974; *Serini*, Das neue österr. StGB, SchwZStr 90 (1974), pág. 1; *Simson*, Das schwedische Kriminalgesetzbuch, 1976; *Steyn*, The Punishment Scene in South Africa, en Essays in Honour of Sir Leon Radzinowicz, 1974, pág. 527; *Stratenwerth*, Die Definitionen im Allgemeinen Teil des E 1962, ZStW 76 (1964), pág. 669; *Sturm*, Zur Fortbildung des materiellen Strafrechts etc., MDR 1977, 617; *Tiedemann*, Die Fortentwicklung der Methoden und Mittel des Strafrechts, ZStW 86 (1974), página 303; *Wechsler*, The Model Penal Code and the Codification of American Criminal Law, en: Essays in Honour of Sir Leon Radzinowicz, 1974, pág. 419; *Welzel*, Diskussionsbemerkungen zur Irrtumsregelung im Entwurf, ZStW 76 (1964), pág. 619.

La **reforma del Derecho Penal material** ha quedado concluida en gran parte con la promulgación de la nueva redacción del StGB

de 2-1-1975. Los capítulos de la Parte Especial que todavía permanecen inalterados iran siendo renovados por sectores en los próximos años. El 1-1-1977 ha entrado en vigor la parte principal de la Ley Federal de Ejecución de las penas privativas de libertad de 16-3-1976 (BGBl. I, pág. 581). El centro de gravedad de la reforma se desplaza ahora al Proceso penal que ya ha sufrido algunas modificaciones con diversas leyes, la 1.ª StVRG de 9-12-1974 (BGBl. I, pág. 3.393) con su complementaria de 20-12-1974 (BGBl. I, pág. 3.686) y la de 18-8-1976 (BGBl. I, pág. 2.181). La reforma total del Derecho Penal representa una importante aportación legislativa de la República Federal que ha devuelto al Derecho Penal alemán la categoría internacional que tenía anteriormente.

I. La reforma hasta la Primera Guerra Mundial

La época imperial introdujo pocas modificaciones en el StGB, la mayoría de ellas motivadas por problemas de aquel tiempo. La reforma total se preparó por un Anteproyecto (1909) dominado por las ideas de la Escuela Clásica, al que respondieron los profesores KAHL, v. LILIENTHAL, v. LISZT y JAMES GOLDSCHMIDT con un Contraproyecto más avanzado (1911). La primera Gran Comisión del Derecho Penal elaboró el Proyecto de 1913, que no llegó a convertirse en ley a consecuencia de la Primera Guerra Mundial (cfr. con más detalles la anterior edición, págs. 75, 81).

II. La reforma politicocriminal de la República de Weimar

1. El **reagrupamiento político** tras la derrota, el esfuerzo del Gobierno por realizar importantes mejoras politicosociales, el creciente influjo de la Moderna Escuela del Derecho Penal en la opinión pública y la entrada de destacados penalistas en la política activa *(Radbruch, Kahl)* consiguieron llevar a cabo la obra reformista politicocriminal de la República de Weimar que hasta la gran reforma actual ha configurado los fundamentos del Derecho Penal alemán. Las principales aportaciones legislativas de aquella época fueron la transformación de la pena pecuniaria, la creación de un Derecho Penal especial para jóvenes delincuentes, la reforma de la ejecución de la pena y la introducción de la cancelación de antecedentes penales para conseguir la rehabilitación del condenado (cfr. la anterior edición, pág. 75).[1]

1 Las polémicas doctrinales que tuvieron lugar en estos pocos años tan decisivos; para el destino de Alemania, se reflejaron también en los debates sobre la reforma del Derecho Penal; cfr. *Seidl*, Der Streit um den Strafzweck, 1974. Sobre la reforma del Derecho Penal desde el punto de vista histórico véase además *Jescheck*, Essays, págs. 393 y ss.; *LK (Heimann-Trosien)*, Einl. Amm. 4 y ss.; *Horstkotte*, Anfänge der Strafrechtsreform, págs. 332 y ss.

2. También continuaron a través de varios Proyectos los **trabajos en pro de una reforma total** del Derecho Penal. El Proyecto de 1919, que no era más que la redacción reelaborada del Proyecto de 1913, contenía progresos esenciales de acuerdo con los postulados de la Escuela moderna, pero en este sentido fue ampliamente superado por el Proyecto de 1922, que fue redactado personalmente por *Gustav Radbruch* entonces Ministro de Justicia. Los Proyectos oficiales de 1925 y 1927 significaron, en cambio, un regreso parcial a las posiciones básicas tradicionales. El Proyecto de 1930, prometedor por su carácter de compromiso, elaborado en la comisión parlamentaria del Derecho Penal bajo la dirección de *W. Kahl*, fracasó en el debate parlamentario de 1932 y su fracaso significó el hundimiento de la reforma penal de la República de Weimar (cfr. para más detalles la anterior edición, págs. 81 y s.).

III. La reforma penal del Nacionalsocialismo y la reacción de las potencias ocupantes

1. Sólo algunas de las profundas *modificaciones que el totalitarismo* produjo en el Derecho Penal están todavía vigentes. La ley sobre el delincuente habitual de 1933 sacó de los Proyectos las medidas de seguridad, la atenuación facultativa en caso de imputabilidad disminuida (§ 51 II a.r.) y el precepto penal sobre la embriaguez (§ 330a). La VO de 1943 para el reajuste del Derecho Penal introdujo la accesoriedad limitada en la participación (§ 50 I a.r.). La JGG de 1943 reflejó una moderna concepción del Derecho Penal de Jóvenes, que en parte todavía sirve de base a la vigente JGG de 1953. El Proyecto de 1936 elaborado por la Comisión oficial del Derecho Penal fue rechazado por el Gobierno, porque entretanto habían triunfado las fuerzas más radicales (cfr. para más detalles la anterior edición, págs. 75 y s. y 82).

2. Las *potencias ocupantes* derogaron con la Ley del Consejo de control núm. 11 de 1946 la admisión de la analogía y de la fijación alternativa (§§ 2, 2b a.r.), así como la medida de castración del delincuente sexual peligroso (§ 42k a.r.). Con la división de Alemania en la República Federal y en la República Democrática se perdió a partir de 1949, por completo, la unidad jurídica alemana en el ámbito del Derecho Penal (cfr. la anterior edición, § 9).

IV. La obra reformadora de la República Federal

La legislación penal de la República Federal ha ido en primer lugar renovando paulatinamente la Parte General del StGB y luego la ha **reformado totalmente** con la 1.ª StrRG de 25-6-1969 (BGBl. I, página 645), la 2.ª StrRG de 4-7-1969 (BGBl. I, pág. 717 y la EGStGB de 2-3-1974 (BGBl. I, pág. 469). Igualmente ha sido ampliamente reformada con diversas leyes la Parte Especial, aunque en este sector aún no ha concluido la reforma.

1. En el ámbito de la Parte General, ya la Ley Fundamental suprimió la *pena de muerte* (art. 102 GG) y elevó a la categoría de derecho fundamental el principio de *legalidad de los delitos y las penas*[2] (art. 103 II GG). La 1.ª Ley sobre seguridad del tráfico de 19-12-1962 (BGBl. I, pág. 832) introdujo la nueva medida de *privación del permiso de conducir* (§ 42m a.r.). La 3.ª StÄG de 4-3-1953 (BGBl. I, pág. 753) con la *suspensión condicional de la pena* (§ 23 a.r.) y la libertad condicional (§ 26 a.r.) supuso el paso más importante en la modernización del sistema sancionatorio e introdujo el requisito de la imprudencia en los delitos cualificados por el resultado (por ej., los §§ 224, 239 II, III) para realizar plenamente el principio de culpabilidad (§ 56 a.r.). La 2.ª Ley sobre la seguridad del tráfico de 26-11 de 1964 (BGBl. I., pág. 921) introdujo la *prohibición de conducir* como pena accesoria en los delitos de tráfico automovilístico (§ 37 a.r.) y la agravación de los preceptos sobre la privación del permiso de conducir (§ 42m II a.r.).

El ámbito del Derecho Penal de jóvenes se amplió con la inclusión de los *adultos* hasta los 21 años de edad en la JGG de 4-8-1953 (BGBl. I, página 751) (§ 105 JGG). Con la OWiG de 15-3-1952 (BGBl. I, pág. 177) se introdujo la *desincriminación en casos de poca importancia*, continuándose dicha tendencia con la OWiG de 24-5-1968 (BGBl. I, pág. 481) (cfr. *supra*, § 7 V). La EGOWiG de la misma fecha (BGBl. I, pág. 503) reformó los *preceptos relativos al comiso* (§§ 40-42 a.r.). Tras el acuerdo sobre una Ordenanza de ejecución y servicio común a todos los Estados confederados en 1961 comenzó la *reforma de la ejecución de las penas privativas de libertad.*

2. El **1-1-1975** entró en vigor en Alemania una **nueva redacción del StGB** (promulgado el 2-1-1975, BGBl. I, pág. 1).[3] La **Parte General** se reestructuró completamente, modificándose también el orden y numeración de los parágrafos.[4] También se ha renovado ampliamente la Parte Especial, pero manteniendo en lo esencial, para no dificultar innecesariamente el trabajo de la praxis, la anterior ordenación de la materia y la numeración de los parágrafos.

a) La reforma alemana viene enmarcada dentro de un gran **movimiento internacional** que comenzó a finales de los años 50. La meta de este movimiento es transformar el Derecho Penal, adaptándolo a los cambios sociales producidos en la sociedad de masas y a la técnica moderna. Igualmente tiene en cuenta la nueva fuente de peligros que para la existencia humana representa la destrucción del medio ambiente y acepta, al mismo tiempo, los progresos de la teoría y la praxis juridicopenales y de la Criminología. Este movimiento de reforma no solamente tiene reflejo en los países del antiguo Occidente

2 Cfr. *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 103 Anm. 98.

3 Sólo los preceptos relativos al establecimiento de terapia social (§§ 61 número 3, 65, entre otros) entrarán en vigor el 1-1-1978, pero este plazo será ampliado probablemente hasta el 1-1-1983; cfr. *Sturm*, MDR 1977, 617 (cfr. *supra*, § 9 nota 5).

4 Para una exposición de conjunto, cfr. *Jescheck*, SchwZStr 91 (1975), páginas 1 y ss. Sobre las líneas evolutivas de la reforma, en parte contradictorias, cfr. *Naucke*, Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung, 1975.

europeo,[4a] sino también en el mundo del Derecho anglosajón,[5] en el grupo de los países socialistas y en Latinoamérica.[6] En el ámbito jurídico alemán se encuentra el StGB austríaco de 23-1-1974, elaborado en estrecho contacto con la Ciencia y legislación del Derecho Penal de Alemania, que ha entrado en vigor el mismo día que el nuevo texto alemán.[7]

b) El proceso y los resultados de la reforma alemana han estado principalmente determinados por **tres tipos de influencias.** Entre 1954 y 1959 elaboró la Gran Comisión de Derecho Penal tras algunas investigaciones dogmáticas y iuscomparatistas[8] un Proyecto que, después de algunas modificaciones realizadas por el Gobierno, se presentó en el Parlamento como el *Proyecto de 1962*.[9] El mérito de este Proyecto consistía sobre todo en la exacta regulación de los presupuestos de la penalidad en la Parte General y en la precisa redacción de los tipos en la Parte Especial. En cambio, el sistema de sanciones del Proyecto, que preponderantemente se basaba en la antigua concepción de un Derecho eminentemente represivo fundado en las penas privativas de libertad, se convirtió pronto en el blanco de las críticas dirigidas por los partidarios del movimiento de reforma.[10] Estas críticas influyeron también en la obra reformadora. En 1966 se publicó el *Proyecto alternativo* del StGB[11] que representaba el intento emprendido por iniciativa privada de 14 penalistas, alemanes y suizos, de reconducir las múltiples críticas al Proyecto de 1962 a un denominador común elaborándolas en forma de un proyecto de ley. El Pro-

4a Cfr., por ejemplo, *Ancel*, Essays, págs. 377 y ss. (Francia); *Johanna Bosch*, ZStW 88 (1976), págs. 488 y ss. (Italia); *Schultz*, SchwZStr. 88 (1972), páginas 1 y ss. (Suiza); *Simson*, Das schwedische Kriminalgesetzbuch, págs. 36 y ss. (Suecia); *Moos*, Wilburg-Festschrift, págs. 253 y ss. (Austria).

5 Sobre Inglaterra, cfr. *Hall-Williams*, SchwZStr 84 (1968), págs. 1 y ss.; sobre USA *Wechsler*, Radzinowicz-Festschrift, págs. 419 y ss. Sobre la necesidad de una reforma en Sudáfrica, cfr. *Steyn*, Radzinowicz-Festschrift, págs. 527 y siguientes.

6 Cfr. sobre ello *Jescheck*, Heinitz-Festschrift, págs. 717 y ss.

7 Cfr. sobre ello *Serini*, SchwZStr 90 (1974), págs. 1 y ss.; *Jescheck*, Gallas-Festschrift, págs. 27 y ss.; *el mismo*, Lange-Festschrift pág. 365 y ss.

8 Cfr. Materialien zur Strafrechtsreform, tomo 1.°: Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954; tomo 2.°: Rechtsvergleichende Arbeiten, primera parte: Parte General, 1954; segunda parte: Parte Especial, 1955.

9 Las Actas de las Sesiones de la Gran Comisión para la Reforma del Derecho Penal se han publicado en 14 tomos entre 1956-1960. Sobre el Proyecto de 1962 cfr. la valoración global de *Jescheck*, ZStW 75 (1963), págs. 1 y ss.

10 Cfr. especialmente, *Peters*, Grundfragen der Strafrechtsreform, págs. 13 y ss.; *Hellmuth Mayer*, Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962; *Schultz*, JZ 1966, 113 y ss.; cfr. además, también sobre la dogmática del Proyecto de 1962, las comunicaciones y observaciones de *Arthur Kaufmann, Roxin, Welzel, Grünwald, Stratenwerth* y *Noll* en las Jornadas de Penalistas celebradas en Hamburgo en 1964, publicadas en ZStW 76 (1964), págs. 543 y ss.; *Kaiser*, ZStW 78 (1966), págs. 100 y ss.

11 Cfr. ahora Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, segunda edición 1969, presentado por los profesores *Baumann, Anne-Eva Brauneck, Hanack, Arthur Kaufmann, Klug, Lampe, Lenckner, Maihofer, Noll, Roxin, Schmitt, Schultz, Stratenwerth* y *Stree*, con la colaboración de *Quensel.*

yecto Alternativo fue presentado en el Parlamento por la fracción del Partido Liberal (FDP) y discutido a continuación juntamente con el Proyecto de 1962. La importancia de este segundo proyecto reside sobre todo en sus consecuentes sugerencias para reformar las penas y medidas.[12] Para unificar ambos proyectos era necesario un tercer factor que no estuviera únicamente compuesto por opiniones científicas o por puntos de vista politicocriminales partidistas. A la *Comisión especial parlamentaria para la reforma del Derecho Penal* (1966-1969) apoyada por la Sección de Derecho penal del Ministerio de Justicia, se debe la síntesis de ambos proyectos en la que se impuso desde el punto de vista dogmático el Proyecto de 1962 y en el sistema de sanciones el Proyecto Alternativo.[13] Tanto el Parlamento federal como el Ministerio de Justicia se mostraron francamente abiertos a un desarrollo progresista, sin admitir exigencias radicales que significaran el abandono del principio de culpabilidad de la pena o del sistema de la doble vía. El nuevo Derecho Penal pudo crearse por la Comisión especial y ser aceptado sin dificultades tanto por la praxis como por la población, porque se había producido en los últimos años un *profundo proceso de aprendizaje y de mentalización* en la opinión pública que excedía con mucho los límites del mundo especializado. Ciertamente no ha sido abandonada la concepción tradicional sobre la criminalidad y su represión, pero sí se ha liberalizado y humanizado en gran manera.[14]

c) **Disposiciones características de la nueva Parte General,** que sobre todo pretenden trazar límites al Derecho Penal y dotarle de una mayor concreción, son: el abandono del principio personal en favor del principio de territorialidad en el Derecho Penal Internacional (§ 3), la definición de los delitos de omisión impropios (§ 13), la distinción entre error de tipo y error de prohibición (§§ 16, 17), el reconocimiento de las graves desviaciones psíquicas (casos extremos de psicopatía, neurosis y anomalías de los instintos) como causas de inimputabilidad (§ 20), la definición objetiva-individual de la tentativa (§ 22), la limitación de la penalidad de la tentativa inidónea en los casos de grave falta de discernimiento (§ 23 III), la delimitación objetivo-material de las diferentes formas de participación

12 Sobre su crítica y defensa, cfr. las comunicaciones de *Gallas, Armin Kaufmann, Jescheck* y *Grünwald* y las discusiones habidas en las Jornadas de Penalistas celebradas en 1967 en Münster, publicadas en ZStW 80 (1968), páginas 1 y ss.

13 Cfr. *Müller/Emmert/Friedrich,* JZ 1969, 245 y ss. Las discusiones de la Comisión especial han sido publicadas en las Actas del V. Wahlperiode 1.-130. Sitzung, VI. Wahlperiode 1.-76. Sitzung y VII. Wahlperiode, 1.-91. Sitzung. Sobre los métodos de trabajo cfr. BT-Drucksache V/4.094, págs. 1 y ss. En el VIII Wahlperiode no se formó ninguna comisión especial.

14 Cfr. para más detalles *Jescheck,* SchwZStr. 91 (1975), págs. 11 y ss. Además, *Tiedemann,* ZStW 86 (1974), págs. 303 y ss.; *Kaiser,* ZStW 86 (1974), páginas 349 y ss.; *el mismo,* Maurach-Festschrift, págs. 25 y ss.; *el mismo,* Tendenzen, págs. 29 y ss.; *Ph. Graven,* ZStW 80 (1968), págs. 199 y ss.

(§§ 25-27), exigiendo el dolo en el hecho principal (§§ 26, 27), la aceptación del estado de necesidad "supralegal" (§ 34) y la introducción del precepto sobre el error en casos de estado de necesidad disculpante (§ 35 II).

d) El centro de gravedad de la reforma de la Parte General no está, sin embargo, en la configuración de los presupuestos de la penalidad, sino en la de las **penas y medidas.** Las penas de reclusión, prisión y arresto han sido sustituidas por una pena privativa de libertad unitaria (§ 38). La pena privativa de libertad comienza a partir de un mes (§ 38 II) y sólo en casos excepcionales puede imponerse por debajo de los seis meses (§ 47). Se han ampliado de un modo relevante la suspensión condicional de la pena y la libertad condicional (§§ 56, 57). En la configuración de la pena pecuniaria el legislador ha seguido el modelo escandinavo de los días-multa, determinándose su cuantía a partir de los ingresos netos percibidos o debidos percibir (§ 40). En atención a la concurrencia de especiales circunstancias, la pena pecuniaria hasta 180 días-multa puede ser sustituida por la amonestación con reserva de pena (§ 59). El nuevo Derecho sigue manteniendo el sistema de la doble vía (§ 61). Nuevas medidas son el establecimiento de terapia social (§ 65) y la vigilancia de la conducta (§§ 68 y ss.). Excepto cuando se impone la custodia de seguridad, la medida se ejecuta, en principio, antes que la pena privativa de libertad, computándose el tiempo de duración de la medida en el de cumplimiento de la pena y ampliándose la posibilidad de conceder la libertad condicional (§ 67). También está prevista la suspensión condicional de las medidas (§§ 67 b y c).

e) **La Parte Especial** muestra también, aunque su reforma aún no ha terminado, una imagen bastante cambiada que en parte se deduce tácitamente del art. 19 de la EGStGB.[15] En 1968 el Derecho Penal político fue desconectado de las relaciones con la DDR (República Democrática Alemana) y configurado liberalmente de acuerdo con los principios de un Estado de Derecho consciente de su propia importancia. La 1.ª StrRG de 25-6-1969 (BGBl. I, pág. 645) suprimió el delito de adulterio, la homosexualidad entre adultos y los actos deshonestos con animales, modificó los preceptos sobre el hurto cualificado (§§ 243, 244) e introdujo la protección penal de las marcas técnicas (§ 268). La 3.ª StrRG de 20-5-1970 (BGBl. I, pág. 505) limitó esencialmente los delitos de manifestación ilegal, especialmente los desórdenes públicos (§ 125).[16] Juntamente con la falsificación de sellos y marcas (§ 148) fue redactada de otro modo toda la sección 8 que contiene también la falsificación de moneda. El fuerte cambio operado en las ideas y conceptos fundamentales del matrimonio, la familia y la moral sexual se refleja en las reformas llevadas a cabo por

15 Cfr. *Göhler,* NJW 1974, 832 y ss.

16 Cfr. *Dreher,* NJW 1970, 1.153 y ss.

la 4.ª StrRG de 23-11-1973 (BGBl. I, pág. 1.725) en la sección 12 que contiene los delitos contra la familia y en la sección 13 que contiene los delitos sexuales.[17] En la sección 16 los preceptos penales sobre el aborto fueron modificados primeramente por el Parlamento con la 5.ª StrRG de 18-6-1974 (BGBl. I, pág. 1.297) en el sentido de que conforme al § 218a no era punible la interrupción del embarazo realizado por un médico con consentimiento de la embarazada, siempre que no hubieran transcurrido más de 12 semanas desde la concepción (la llamada *solución del plazo*). Pero este precepto, que representaba la modificación más radical realizada hasta ahora en la tradicional estabilidad del Derecho Penal alemán y en su escala de valores, fue declarado nulo por el Tribunal Constitucional Federal como lesión del artículo 2, II, 1GG (derecho de la vida) en relación con el art. 1, I GG (dignidad humana) (BVerf GE, 39, 1).[18] La regulación definitiva de la cuestión se ha producido por la 15.ª StrÄG de 18-5-1976 (BGBl. I, página 1.213) con una ampliación de la *solución de indicaciones*. Finalidad principal de esta Ley es imponer un asesoramiento sobre asistencia pública y privada, para impedir lo más posible la interrupción del embarazo (§ 218b). Si a pesar de ese asesoramiento la embarazada decide abortar no se le castiga, siempre que la interrupción del embarazo se realice antes de que transcurran 22 semanas a partir de la fecundación (§ 218 III, 2). Incluso aunque no haya tenido lugar el asesoramiento y la intervención abortiva no se haya practicado por un médico, el Tribunal puede dejar sin castigar a la embarazada, si ésta se encontraba en una situación de especial necesidad (§ 218 III, 3). De acuerdo con el § 219d no se considera aborto en sentido penal las acciones cuyo efecto tiene lugar antes de que se produzca la anidación del óvulo fecundado en el útero. Como causas de exclusión de la pena en el aborto se reconocen la indicación médica, eugénica, ética y la situación de necesidad (§ 218a).

Los sucesos actuales han motivado la creación de nuevos preceptos penales sobre secuestro con exigencia de rescate (§ 239a), retención de rehenes (§ 239b) y ataques al tráfico aéreo (§ 316c) con las 11.ª y 12.ª StrÄG de 16-12-1971 (BGBl. I, págs. 1.977, 1.979), así como preceptos penales agravados contra el terrorismo (§§ 88a, 126, 129a, 130a) por la 14.ª StrÄG de 22-4-1976 (BGBl. I, pág. 1.056) y una ley de 18-8-1976 (BGBl. I, pág. 2.181). Por razones de claridad jurídica la 13.ª StrÄG de 13-6-1975 (BGBl. I, pág. 1.349) ha reformado el § 142 sobre huida del lugar del accidente.

17 Cfr. al respecto, en parte críticamente, *Bockelmann*, Maurach-Festschrift, págs. 391 y ss.; *Dreher*, JR 1974, 45 y ss.; *Jescheck*, ZStW 83 (1971), páginas 299 y ss.

18 Por el contrario, ni el Verfassungsgerichtshof austríaco ni el Conseil Constitutionnel francés han tenido nada que objetar contra preceptos similares al § 218a a.r. contenidos en el nuevo Código Penal austríaco y en el Derecho francés, dada que la situación jurídica constitucional es distinta en dichos países (cfr. al respecto, *Jescheck*, Jahrbuch der MPG 1975, pág. 56).

La 1.ª Ley para la lucha contra la criminalidad económica con la introducción de los nuevos preceptos penales sobre estafa de subvenciones (§ 264) y estafa de crédito (§ 265a) ha configurado estas dos típicas formas del moderno "White-collar-crime" como delitos de peligro, para cuyo castigo basta con que se hagan aseveraciones falsas, sin que sea necesario demostrar la existencia de un daño patrimonial ni la intención de causarlo. Los delitos concursales han sido de nuevo introducidos en la sección 24 del Código penal (§§ 283-283d), adaptándolos a las actuales necesidades politicocriminales y al principio de culpabilidad. Por último, los antiguos delitos de usura contenidos en la sección 25 (§§ 302 a-f a.r.) han sido sustituidos por un único precepto contra la usura (§ 302a), que junto a la usura de crédito y en los arrendamientos cita expresamente también el aprovechamiento usurario en otro tipo de prestaciones.

De relevante importancia práctica, son además la nueva configuración de la sección 19 sobre favorecimiento y receptación y la nueva ordenación de la sección 28 sobre delitos cometidos por los funcionarios a los que sirven de base las definiciones de autoridad, juez y de obligado especialmente al servicio público (§ 11 I, núms. 2-4).

f) Las exigencias de **desincriminación del Derecho Penal** han tenido eco tanto en la Parte Especial como en el Derecho Procesal Penal. En la Parte Especial se ha suprimido la sección 29 que trataba de las *faltas*. En los casos de hurto y apropiación indebida de cosas de poco valor se ha introducido el requisito de la querella penal (§ 248a), precepto también aplicable a otros delitos contra el patrimonio (por ej., §§ 259 II, 263 IV, 265a III, 266 III). A la desincriminación sirven también dos nuevos preceptos del *Derecho Procesal Penal*. Como excepciones del deber de proceder de oficio la Fiscalía puede sobreseer el procedimiento sin requerir el consentimiento del Tribunal en delitos patrimoniales menos graves, cuya pena privativa de libertad debe ser inferior en el grado mínimo a un año (no vale, por ej., para los casos de hurto cualificado del § 244), si el perjuicio ocasionado y la culpabilidad del delincuente son de poca importancia y no existe interés público en su persecución (§ 153 I, 2, StPO). El § 153a StPO ha introducido además la suspensión provisional del ejercicio de la querella por la Fiscalía bajo determinadas condiciones (cfr. al respecto *infra*, § 81 I, 4).

* * *

A lo largo de todo el siglo XIX se sucedieron diversos Proyectos de Código Penal que no llegaron a convertirse en Ley.[1] *Y otro tanto sucedió tam-*

1 Cfr. *Antón Oneca*, Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código Penal español, en ADP 1972, pp. 250 y ss. Cfr. también: El Proyecto de Código criminal de 1830, El Proyecto de Código criminal de *Sáinz de Andino*, de

bién en el siglo XX.[2] *En 1972 se publicó por el Ministerio de Justicia una "Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del libro I del Código Penal" que fue objeto de duras y merecidas críticas.*[3] *Con el cambio político operado a raíz de la muerte del General Franco (1975) se plantea la necesidad de elaborar un nuevo Código Penal. Las reformas parciales realizadas en 1976, 1977, 1978 y 1979, aun siendo necesarias, eran evidentemente insuficientes para conseguir un Derecho Penal más justo y más acorde con la nueva realidad democrática. El viejo Código Penal no podía adaptarse ya a las nuevas exigencias, no sólo políticas, sino también económicas y sociales de la actual sociedad española. Sus paredes maestras, agrietadas por el transcurso del tiempo, se resquebrajaban cada vez que se introducía algún nuevo precepto ajeno a su espíritu y a su sistema. La larga dictadura franquista había profundizado aún más el amplio abismo que existía entre el Código Penal, que prácticamente era el de 1848, y la realidad que pretendía regular. Se hacía por ello precisa una revisión más profunda y radical del viejo texto punitivo incapaz de ser remozado con reformas coyunturales, más producto de pactos y transacciones políticas coyunturales, que de una meditada política criminal global. Se hacía precisa, en definitiva, la redacción de un nuevo Código Penal.*

Todas estas razones contribuyeron, sin duda, a que en abril de 1978 el entonces ministro de Justicia designara una ponencia cuatripartita compuesta por los catedráticos Gonzalo Rodríguez Mourullo, Enrique Gimbernat Ordeig, *el magistrado* Fernando Díaz Palos *y el fiscal* Cándido Conde-Pumpido. *La Ponencia realizó su trabajo con gran rapidez. Antes de agosto de 1978 había redactado la Parte General que fue discutida aquel otoño en el seno de la sección cuarta de la Comisión General de Codificación, ampliada a tal efecto. En enero y febrero de 1979 se discutió la Parte Especial entregada por la Ponencia a finales de 1978. Finalmente, a la vista de las objeciones formuladas, la Ponencia redactó el texto definitivo del Anteproyecto que fue entregado al ministro de Justicia en marzo de 1979.*[4] *Dicho texto fue prácticamente secuestrado por el Gobierno que no lo dio a conocer públicamente hasta que en diciembre de 1979, una vez revisado y adaptado a su línea ideológica en las materias más controvertidas (duración de las penas, aborto, terrorismo, etc.), se remitió como Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal a las Cortes, apareciendo en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 17 de enero de 1980.*

1831, El Proyecto de Código criminal de 1834, Estudio Preliminar y Edición de *Casabó Ruiz*, Murcia, 1978.

2 Cfr. el Anteproyecto de Código Penal de 1938 de FET y de las JONS. El Proyecto de Código Penal de 1939, Estudio preliminar y edición de *Casabó Ruiz*, Murcia, 1978.

3 Cfr. *Cerezo Mir*, Informe sobre el Anteproyecto de bases del Libro I del Código Penal, en ADP 1972, pp. 763 y ss.; *Fairén Guillén*, Meditaciones sobre una Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal, Valencia, 1973; *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal, Parte General, 7.ª ed., Madrid, 1979, p. 128.

4 Cfr. *Gimbernat Ordeig*, Introducción a la Parte General del Derecho Penal español, Madrid, 1979, pp. 21 y ss.; *el mismo*, El sistema de penas en el futuro Código Penal, en Doctrina Penal, núm. 7, julio-sept., 1979, pp. 581 y ss. Críticamente *Rodríguez Devesa*, Parte General, cit., p. 149.

§ 12 Fuentes del Derecho Penal Federal fuera del StGB

Cramer, Straßenverkehrsrecht, t. I, 2.ª ed., 1977; *Dando*, Das Legalitätsprinzip etc., Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 37; *Franzen/Gast*, Steuerstrafrecht, 1969; *Franzmann*, Mainachtsstreiche vor Gericht, JZ 1956, 241; *Germann*, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 1965; *Honig*, Entwurf eines StGB für die Vereinigten Staaten von Amerika (Model Penal Code), ZStW 75 (1963), página 63; *Jagusch*, Straßenverkehrsrecht, 23.ª ed., 1977; *Kohlmann*, Steuerstrafrecht, 1972; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.ª ed., 1975; *Llewellyn*, Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, 1932; *Mueller*, Das amerikanische Bundesstrafrecht, ZStW 69 (1957), págs. 301 y ss.; *Noll*, Satirische Ehrverletzungen, Basler Juristische Mitteilungen, 1959, Heft 1, pág. 9; *Piegler*, Volksbräuche vor Gericht, JZ 1955, 721; *Radbruch*, Der Geist des englischen Rechts, 1946; *Scheyhing*, Volksbräuche und Rechtsordnung, JZ 1959, 239; *Schölz*, Wehrstrafgesetz, 2.ª ed., 1975; *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 al igual que el BGB es una codificación,[1] es decir, una regulación comprensiva de todo un sector jurídico ordenado sistemáticamente en una obra legislativa (codex = libro, código).

En Alemania, la codificación del Derecho Penal comenzó pronto. La primera codificación del Derecho Penal imperial fue la *Constitutio Criminalis Carolina*, de 1532 (cfr. *supra*, § 10 IV). A ella siguieron las grandes codificaciones penales de la Ilustración en los países más importantes, así en Austria la Ley General sobre los delitos y su castigo (1787) de José II y en Prusia el Derecho Territorial General (1794), que en el título 20 de su segunda parte contenía todo el Derecho Penal. Sobre el StGB bávaro de 1813 y el prusiano de 1851, cfr. *supra*, § 10 VI y VII.

1 El Derecho Penal continental europeo y el latinoamericano está completamente codificado, cfr. la completa exposición de *Jiménez de Asúa*, tomo I, páginas 319 y ss. Los países socialistas han ido creando a partir de 1958 nuevos Códigos penales. También han surgido en el ámbito jurídico angloamericano numerosas Codificaciones del Derecho Penal y por todas partes leyes penales singulares junto a la Common Law. En USA la codificación del Derecho Penal federal comenzó con el Código Penal Federal de 1948 (United States Code, Title 18, Part. I) que sólo contiene una Parte General fragmentaria y aún carece de una ordenación sistemática de la Parte Especial; para más detalles cfr. *Mueller*, ZStW 69 (1957), págs. 309 y ss. Sobre la reforma cfr. Report of the Senate Committee on the Judiciary, on the Criminal Justice Codification and Reform Act de 1974, tomo 1. Más completo es el Proyecto codificatorio de un Model Penal Code (1962) elaborado por el American Law Institute como modelo de Código Penal; cfr. al respecto *Wechsler*, Radzinowicz-Festschrift, págs. 419 y ss. y *Honig*, ZStW 75 (1963), págs. 63 y ss. (Hay traducción alemana del Model Penal Code realizada por *Honig* y publicada en la: Sammlung ausserdeutscher StGB in deutscher Übersetzung, núm. 86, 1965.) También la mayoría de los Estados de la Federación han promulgado Códigos penales, cfr. la exposición de conjunto en *Wechsler*, Radzinowicz-Festschrift, págs. 466 y ss. Sobre los movimientos codificadores en la Commonwealth británica, cfr. *Grünhut*, Das englische Strafrecht, páginas 157 y ss. Inglaterra mantiene todavía un sistema de Derecho Penal integrado por la Common Law y por singulares leyes, pero prepara una codificación cuya evolución se puede ver a través de los "Working papers" de la Law Commission que vienen publicándose desde 1968.

El valor de la codificación de un sector jurídico radica en que significa una recopilación, una ordenación sistemática y una revisión crítica de toda la materia afectada por ella. Precisamente el Derecho Penal tenía que codificarse, para facilitar un conocimiento general sobre los límites infranqueables de la libertad individual y las acciones que se consideran por el Estado como insoportables para la paz jurídica de la comunidad. Sin embargo, la codificación del Derecho Penal ofrece solamente una imagen aproximada de su real extensión, pues nunca puede ser completa (cfr. *infra*, § 12 II y III).

En el StGB de 1871 la selección de la materia jurídica que tenía que incluirse en la codificación venía ya determinada por el StGB de la Federación Alemana del Norte e igualmente el contenido del StGB de 1975 se deriva del Derecho tradicional. Al margen de los antecedentes históricos se puede decir que un Código Penal debe comprender todas aquellas disposiciones que pertenecen al *núcleo* del Derecho Penal propiamente dicho. Este núcleo, en la Parte General, está formado por las normas sobre el ámbito de validez del Derecho Penal, las disposiciones sobre los presupuestos generales de la penalidad y los preceptos sobre las consecuencias jurídicas del hecho punible. A ellas se pueden añadir también los principios sobre la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad. En la Parte Especial también existe este núcleo, pero con notorias diferencias de un país a otro.

2. Fuera del StGB existe un **Derecho Penal federal no codificado** incluso de mayor extensión que aquél. Por un lado, se trata de un Derecho Penal que afecta a determinados grupos de personas; por otro lado, de materias que por su naturaleza se refieren a sectores específicos de la convivencia y, finalmente, de preceptos cuyo contenido no se describe autónomamente en ellos, sino que se determina por referencias a otros complejos normativos de carácter no penal. El Derecho Penal no codificado mantiene, sin embargo, su unidad interna y su relación espiritual con el StGB porque precisamente, en tanto la ley no diga otra cosa, los preceptos de la Parte General rigen para todo el Derecho federal actualmente vigente y futuro (art. 1 I EGStGB).

Una excepción es la contenida en los §§ 8-10 WiStG 1954 sobre pérdida de la plusvalía obtenida ilegítimamente con un negocio, que son de aplicación preferente a los preceptos sobre indemnización y restitución contenidos en los §§ 73 y ss. del StGB. Los arts. 10-17 EGStGB se ocupan de la adaptación de los preceptos penales federales a la nueva Parte General. La Parte Especial no afecta al restante Derecho Penal federal siempre que no haya sido derogado o modificado por la EGStGB (art. 4 I EGStGB).

II. Principales leyes penales

La denominación "Derecho Penal accesorio", que muchas veces se emplea para denominar los preceptos penales federales que están

fuera del StGB, no responde a la importancia de dichos preceptos que, tanto por su naturaleza como por el peso de su contenido, constituyen sectores fundamentales del Derecho Penal y que sólo por razones de técnica legislativa no han sido incluidos en el StGB. Entre estas **"Leyes penales principales"**[2] se cuentan los arts. 102 (abolición de la pena de muerte) y 103 (determinación legal de los delitos y las penas) de la *Ley Fundamental*. La importancia de la inclusión de un precepto penal en la Ley Fundamental consiste en que le son aplicables las superiores garantías previstas en el art. 79 de dicha Ley. Como ley especial debe considerarse la *Ley del Tribunal de Menores* (JGG), de 4-8-1953 (BGBl. I, pág. 751) que prevé sanciones adecuadas para los jóvenes delincuentes. La JGG es aplicable no sólo a los menores de 18 años, sino también a los menores de 21 años dentro del marco de los §§ 105 y ss. JGG. La pertenencia a uno u otro grupo se determina según el momento en que se cometió el hecho, siendo irrelevante el momento de la sentencia (sobre la importancia numérica de la criminalidad juvenil cfr. *supra*, § 5 III). El StGB no es aplicable, a no ser que la JGG disponga otra cosa (§ StGB, § 2 JGG). Esto significa que es aplicable toda la Parte Especial (salvo las penas) y las secciones 1, 2, 4 y 5 de la Parte General, es decir, prácticamente todo con excepción de la sección 3 que trata de las consecuencias jurídicas del delito (cfr. § 7 JGG).

Entre las principales leyes penales se cuenta además la *Ley Penal militar* (WStG) en su redacción de 24-5-1974 (BGBl. I, pág. 1.213), que, por un lado, es aplicable a los hechos punibles cometidos por los soldados del Ejército Federal; por otro, a determinados delitos cometidos por jefes militares, aunque éstos no sean soldados, y, finalmente, en los casos de inducción y complicidad de personas no militares en delitos militares (§ 1). La WStG contiene tanto normas generales como también tipos de delitos militares, poseyendo el StGB sólo una vigencia subsidiaria (§ 3 I WStG).[3] Otra ley penal principal es la *Ley Penal económica* (WiStG) de 9-7-1954 (BGBl. I, pág. 175) que contiene un catálogo de penas y multas con el fin de proteger los preceptos aseguradores sobre abastecimiento (§§ 1, 2) e infracciones administrativas en relación con los precios (§§ 3-6). Entre otras leyes penales principales hay que contar también el *Derecho Penal tributario* que está regulado en los §§ 369-376 de la Ordenanza tributaria (AO 1977) de 16-3-1976 (BGBl. I, pág. 613), conteniendo los §§ 377-384 las infracciones administrativas tributarias.[4] Finalmente debe citarse también por su especial importancia práctica la *Ley de tráfico automovi-*

2 En este sentido, acertadamente, *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 91.

3 Sobre la aplicación de la Parte General del StGB en el marco del WStG cfr. *Schölz*, § 3 Anm. 4 y ss.

4 Sobre la estructura del Derecho Penal tributario y del Derecho Penal administrativo cfr. *Franzen/Gast*, Steuerstrafrecht, Einleitung núms. 83 y ss. Cfr. además, *Kohlmann*, Steuerstrafrecht, §§ 391, 403 AO.

lístico (StVG) de 19-12-1952 (BGBl. I, pág. 837) con la StVO de 16-11-1970 (BGBl. I, pág. 1.565) y la StVZO de 15-11-1974 (BGBl. I, página 3.193).[5] Mientras que la StVG contiene tanto tipos penales (§§ 21, 22) como también preceptos fundamentales sobre infracciones del tráfico (§§ 24 hasta 27) y el importante límite del 0,8 por mil (§ 24a), la StVO (§ 49) y la StVZO (§ 69a) completan la norma en blanco del § 24 StVG con una serie de infracciones administrativas de gran importancia práctica.

III. Leyes penales accesorias

1. El Derecho Penal accesorio se ha ido convirtiendo, poco a poco, por la especial inclinación del legislador a dotar con preceptos penales los sectores jurídicos más lejanos, en una materia tan inabarcable que se pierde la eficacia preventiva general del Derecho Penal.[6] Recientemente, el Derecho Penal accesorio de menor importancia ha sido reajustado, conteniendo el art. 13 EGStGB una cláusula general según la cual todos los preceptos penales que sólo amenazan con multas o con penas privativas de libertad cuyo grado máximo sea inferior a 6 meses deben ser transformados en infracciones administrativas sancionadas con multas.

2. En el Derecho Penal accesorio (aunque no sólo en él[7]) se encuentran frecuentemente **normas penales en blanco.** Por tales se entienden aquellas leyes que solamente contienen una conminación penal y que respecto al contenido prohibitivo remiten a leyes, reglamentos o incluso actos administrativos que se han promulgado autónomamente en otro tiempo o lugar (cfr. la definición del BGH 6, 30 [40 y ss.]). De acuerdo con ello hay que distinguir entre norma *sancionatoria* y norma *complementaria.* El tipo de la ley en blanco sólo se forma con la norma complementaria (BGH St 20, 177 [181]).[8]

Ejemplo: Según el § 1 WiStG será castigado quien infrinja determinados preceptos legales del Derecho de seguros.

Las leyes penales en blanco son admisibles, aunque remitan a preceptos de otras leyes de contenido desconocido, pues hay que suponer que también estas leyes son adecuadas jurídicamente. Pero si la

5 Una completa visión de conjunto ofrecen los Comentarios de *Jagusch* y *Cramer.*

6 La Estadística Criminal Federal arroja, en total, para 1974, 699.198 condenas por delitos (graves y menos graves), de los que 317.401 (45,4 %) son condenas por delitos relativos al tráfico automovilístico y 127.412 (18,22 %) condenas por delitos graves y menos graves tipificados en leyes federales o regionales distintas al StGB (entre ellos, 51.155 condenas por la StVG y 5.850 por la WStG).

7 Cfr., por ejemplo, § 315a I núm. 2.

8 Cfr. al respecto *Baumann,* Allg. Teil, págs. 138 y ss.; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, págs. 113 y ss.; *Schmidhäuser,* Allg. Teil, págs. 116 y ss.; *Welzel,* Lehrbuch, pág. 168.

norma complementaria es sólo una ley delegada, el legislador conforme al art. 103 II GG tiene que autorizar expresa e inequívocamente la conminación penal y delimitar el contenido, fin y extensión de la autorización tan exactamente que el ciudadano pueda deducir ya de la propia ley los presupuestos de la penalidad y la clase de pena. De lo contrario, no se respetaría el principio de la determinabilidad "*legal*" de los delitos y las penas (BVerfGE 14, 174 [185 s.]; 14, 254 [257]; 23, 265 [269 s.]). Cuando se amenaza con una pena privativa de libertad, de acuerdo con el art. 104 I 1 GG sólo puede abandonarse a la ley delegada la especificación del tipo (BVerfGE 14, 174 [187]) (cfr. *infra,* § 13 II, 2 y 3). Sobre la prohibición de retroactividad cfr. *infra,* § 15 IV; sobre el error cfr. *infra,* § 29 V, 3.

IV. Derecho consuetudinario

1. Igual que el Derecho legal, el **Derecho consuetudinario** nace de la convicción jurídica del pueblo, aunque no llegue a formalizarse en un acto oficial.[9] Para el nacimiento del Derecho consuetudinario son necesarios dos presupuestos: debe encontrarse una norma que goce del reconocimiento general como derecho vigente *(opinio necessitatis)* y debe evidenciarse claramente al exterior a través del *uso continuo* la voluntad de la comunidad de que la norma rija como derecho vigente. En Derecho Penal el Derecho consuetudinario surge normalmente por el uso judicial continuado, pero a ello debe añadirse también el reconocimiento de la comunidad de que ese uso se aplica como derecho. Por imperativo del principio de certeza (cfr. *infra,* § 15 III, 3) debe el legislador esforzarse en llevar al texto legal el Derecho consuetudinario.

Ejemplo: Los presupuestos de los delitos de omisión impropios (§ 13) y el tratamiento del error de prohibición (§ 17) se encuentran ahora regulados en el StGB.

2. Mientras que en el Derecho angloamericano de la "Common Law" las **decisiones judiciales** (precedentes) son fuentes jurídicas autónomas, que gozan del mismo rango que el Derecho legal; en la Europa continental sólo se les reconoce ese efecto, si llegan a constituir Derecho consuetudinario.[10] Los movimientos codificadores del

9 Sobre el uso continuo como "Derecho consuetudinario", cfr. *Larenz,* Methodenlehre, págs.346.

10 Cfr. sobre ello *Grünhut,* Das englische Strafrecht, págs. 172 y ss.; *Radbruch,* Geist des englischen Rechts, págs. 43 y ss.; *Llewellyn,* Präjudizienrecht und Rechtssprechung in Amerika, 1932. *Germann,* Rechtsfindung, páginas 371 y ss., concede, en atención al comportamiento de la praxis también en los países de la Europa continental, por lo menos en Suiza, valor prejudicial a las decisiones de los Tribunales de instancia superior. Sin embargo, esto debe entenderse en el sentido de una validez fáctica y no en el sentido de una fuerza normativa; cfr. *Larenz,* Methodenlehre, pág. 424. A favor del reconocimiento del Derecho judicial (también sin rango de Derecho consuetudinario). *Straten-*

siglo XIX han reducido en gran parte la eficacia del Derecho consuetudinario en el ámbito del Derecho Penal. La legalización del Derecho Penal exigida por el pensamiento liberal llevaba implícita la prohibición de creación del Derecho a través de la costumbre, siempre que ello significara la introducción de nuevas normas jurídicas o la agravación de las ya existentes en perjuicio de los ciudadanos. Con ello se quería limitar el temido arbitrio judicial del Derecho común (cfr. *supra*, § 10 e *infra*, § 15 II, 1). En Derecho Penal no rige, por consiguiente, el precepto del Derecho civil "ley es toda norma jurídica" (art. 2 EGBGB). El Derecho Penal está dominado por la "lex scripta". Sin embargo, todavía el Derecho consuetudinario goza de una cierta importancia en el Derecho Penal. Su ámbito de aplicación es, por un lado, precisamente la Parte General, porque, ante la parcial codificación de las teorías generales, el Derecho consuetudinario tiene que completar las lagunas, funcionando en realidad como una forma de *interpretación* consuetudinariamente reconocida.[11] Por otro lado, también tiene eficacia el Derecho consuetudinario en la Parte Especial siempre que *beneficie* al ciudadano, derogando (desuetudo), atenuando o limitando por la costumbre los tipos penales.

Ejemplos: El derecho de corrección de los maestros, si es que realmente existe todavía (BGH 11, 241 [247]), y el reconocimiento de costumbres populares,[12] bromas de carnaval[13] y disputas estudiantiles[14] que se consideran como tradiciones populares no punibles, se apoyan en el Derecho consuetudinario. También es una creación del Derecho consuetudinario la teoría del delito continuado que en cualquier momento puede ser modificada por la ley (RG 39, 1). En la Parte Especial los tipos penales pueden derogarse por su continuada inaplicación, si ésta descansa en el consenso general (OGH 1, 63 [66]; BGH 5, 12 [23]). Sin embargo, no puede considerarse como Derecho consuetudinario la inaplicación provisional de preceptos jurídicos, sobre todo si está motivada por razones coyunturales (épocas de crisis), aunque no hayan sido aplicados durante años (RG 58, 6 [9]; OGH 1, 343 [353]; BGH 8, 360 [381]). El Derecho consuetudinario también sirve para limitar algunos tipos penales configurados de un modo excesivamente amplio, como por ejemplo la infidelidad del § 266 limitada a casos en los que existe un deber de cuidado sobre intereses patrimoniales ajenos y autonomía económica (BGH 1, 186 [189]; 4, 167 [172]).

* * *

werth, Allg. Teil I, núm. 86. Cfr. además *Dando*, Heinitz-Festschrift, pág. 41.

11 Así, *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 89 y ss.

12 Cfr. *Piegler*, JZ 1955, 721 (por Derecho consuetudinario); *Franzmann*, JZ 1956, 241 (por adecuación social); *Scheyhing*, JZ 1959, 241 (por autonomía privada).

13 *Noll*, Basler Juristische Mitteilungen 1959, 9 y ss.

14 Rechtsbank s'Gravenhage, Nederlandse Jurisprudentis 1959, No 520 (aceptación de un error de prohibición por hechos punibles en el marco de un duelo estudiantil).

El Derecho Penal español se recoge fundamentalmente en el Código Penal vigente. Además del Código Penal existen una serie de leyes que lo complementan (Ley de 18 julio 1870 sobre ejercicio de la gracia de indulto, Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 4 de agosto de 1970, Ley General Penitenciaria de 26 septiembre 1979). Junto a ellas existe una abundante Legislación penal especial que afecta a concretos ámbitos como el derecho de sufragio (Real-Decreto-Ley de 18 marzo 1977), derecho económico (Ley de régimen jurídico de control de cambios de 10 diciembre 1979), riquezas naturales (Ley de caza de 4 abril 1970, Ley de Pesca fluvial de 20 febrero 1942 y de Pesca de mar de 31 diciembre 1946, Ley de protección de pájaros insectívoros y útiles a la agricultura de 19 septiembre 1896), transportes (Ley de Policía de Ferrocarriles de 23 noviembre 1877, Ley Penal y Disciplinaria de la Marina mercante de 22 diciembre 1955, Ley Penal y Procesal de la navegación aérea de 24 diciembre 1964), energía nuclear (Ley 29 abril 1964), potencial militar (Código de Justicia Militar de 17 julio 1945), migraciones (Ley de ordenación de la emigración de 21 julio 1971), etc.[1]

El art. 7 del Código Penal declara que "no quedan sujetos a las disposiciones de este Código los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales". A pesar de esta tajante declaración, tanto la doctrina como la jurisprudencia destacan que el Código Penal común tiene valor supletorio de las leyes especiales, en tanto éstas no lo nieguen expresamente.[2] *El problema principal que plantean muchas de estas leyes es su carácter de* norma penal en blanco, *pues muchas veces para determinar su supuesto de hecho hay que recurrir a normas no penales de rango a veces reglamentario o consuetudinario que lesionan el principio de legalidad de los delitos.*[3]

El Derecho consuetudinario no puede ni fundamentar ni agravar la responsabilidad penal, sí puede, en cambio, atenuarla o eximirla, y junto con los principios generales del derecho y la jurisprudencia también puede tener una función integradora en la interpretación (arts. 1, 3 y 6, 1 del Código Civil). La desuetudo *está prohibida por los arts. 1, 3 y 2, 2 del Código civil.*[4]

§ 13 Jerarquía de las fuentes del Derecho Penal

Bopp, Die Entwicklung des Gesetzesbegriffs i. S. des Grundrechtes "Nulla poena, nullum crimen sine lege", Diss. Freiburg 1966; *Finger*, Reichs-und Landesstrafrecht im Lichte der Rechtsprechung des RG, RG-Festgabe, 1929, pág. 93; *Göhler/Buddendiek/Lenzen*, Lexikon des Nebenstrafrechts, Registerband zu *Erbs/Kohlhaas*, Strafrechtl. Nebengesetze, 1974; *Kääb/Rösch*, Bayerisches Lan-

1 Una buena información sobre esta legislación penal especial ofrece *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal Español, Parte Especial, 7.ª ed., Madrid, 1977, páginas 1.095 y ss.

2 Cfr. *Rodríguez Mourullo*, en *Córdoba Roda-Rodríguez Mourullo*, Comentarios al Código Penal, tomo I, Barcelona, 1972, 203.

3 Cfr. *Muñoz Conde*, Introducción al Derecho Penal, 1975, pp. 18 y ss.

4 Cfr. *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal español, Parte General, 7.ª ed., Madrid, 1979, pp. 147 y ss.; *Cerezo Mir*, Curso de Derecho Penal español, I, Introducción, 1976, pp. 149 y ss.; *Rodríguez Mourullo*, Derecho Penal, Parte General, Madrid, 1977, pp. 67 y ss.

desstraf- und Verordnungsgesetz, 2.ª ed., 1967; *Mantel*, Forstliche Rechtslehre, 1964; *Mueller*, Das amerikanische Bundesstrafrecht, ZStW 69 (1957), pág. 301; *Starck*, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, 1970.

I. Derecho Penal federal y Derecho Penal regional

La relación entre el Derecho Penal federal y el regional ha cambiado repetidas veces a lo largo de la historia en Alemania.

La CCC de 1532 concedía, en principio, a través de la "cláusula salvatoria" la primacía al Derecho particular (regional) (cfr. *supra*, § 10 V). En la época del Derecho común el Derecho imperial fue completado por diversos preceptos regionales y por el uso judicial y recubierto con una espesa red de costumbres locales. El Estado federal, en cambio, aseguró la preeminencia del Derecho imperial sobre el Derecho regional, tanto en la época del Imperio (art. 2 RV, 1871) como en la de la República de Weimar (artículo 13, I, WRV). El Derecho Penal participaba de la preeminencia del Derecho imperial, ya que era una de las materias que el Imperio podía excluir de la potestad legislativa de los Estados confederados (art. 4, número 13 RV, 1871; art. 7, núm. 2, 3 WRV). Sobre la época de la ocupación confróntese la anterior edición, pág. 89.

El precepto constitucional "*el Derecho federal está por encima del Derecho regional*" ha sido también recogido por la Ley Fundamental (art. 31 GG). Sin embargo, la competencia de la Federación en el ámbito de la legislación común, en la que también se incluye el Derecho Penal (art. 74, núm. 1 GG), está vinculada a una "cláusula de necesidad" (art. 72 II GG). Con todo, dicha cláusula no ha supuesto ningún obstáculo para la legislación penal, ya que tanto la Federación como los Estados confederados coinciden en que el Derecho Penal debe ser, en principio, un Derecho federal y en que solamente algunas exigencias regionales específicas pueden justificar la creación de un Derecho Penal regional, pues de lo contrario se lesionaría el principio de la igualdad de todos ante la Ley (BGH 4, 396 [402]).[1] En el ámbito de las materias reguladas tradicionalmente en el StGB el legislador federal puede crear preceptos penales, sin por ello quedar vinculado por los límites que en otros casos le impone el catálogo de competencias (arts. 73-75 GG) (BVerfGE 23, 113). Según el art. 74, número 1 GG la competencia legislativa en materia penal no sólo comprende el Derecho Penal propiamente dicho, sino también el Derecho Penal administrativo (BVerfGE 27, 18 [32 s.]).[2]

1 La investigación de la existencia de los presupuestos de la cláusula de necesidad se considera como asunto de discrecionalidad legislativa, sustraída a la comprobación judicial; cfr. BVerfGE 2, 213 (214); 4, 115 (127); 13, 230 (233). Sobre ello, *Maunz/Dürig/Herzog*, artículo 72 Anm. 14, pero con objeciones en Anm. 15.

2 En otros Estados federales se regula de un modo distinto la distribución de competencias entre la Federación y sus Estados miembros. El Derecho suizo sólo concede a los Cantones competencia en materia de faltas, complementando

2. **La relación entre el Derecho Penal federal y el regional** viene regulada en el art. 1 II, 2-4 EGStGB (sobre las numerosas polémicas anteriores cfr. la edición anterior, págs. 90 y s.). Estos preceptos suponen la jerarquía de las fuentes del Derecho Penal, tal como se encuentra regulada en la Ley Fundamental, y únicamente tienen el sentido de determinar detalladamente el ámbito de los arts. 72 II y 74, núm. 1 GG (BVerfGE 7, 29 [43 y s.]).[3]

a) Según el art. 1 II EGStGB la **Parte General** del StGB también rige para el Derecho regional vigente y futuro. Así, por ejemplo, es aplicable a todo el Derecho regional el § 15 StGB que sólo considera punibles los hechos imprudentes en la medida que así lo declare expresamente la ley.

Las excepciones tienen que ser especialmente admitidas por el Derecho federal. Así, por ejemplo, el art. 2 de la EGStGB admite dos reservas en favor de la aplicación del Derecho regional, cuando se trata de delitos especialmente tipificados por éste. Una reserva hace referencia al ámbito de vigencia que puede diferir del previsto de un modo general en los §§ 3-7 del StGB (núm. 1); la otra se refiere a la impunidad bajo determinadas condiciones (núm. 2). Se trata de casos en los que pueden ser necesarias regulaciones especiales (cfr. Proyecto EGStGB, BT-Drucksache VII/550, fundamentación, pág. 198). El art. 3 EGStGB impone además límites al Derecho regional en la configuración de las consecuencias jurídicas (como también lo hacía el § 5 de la anterior EGStGB). Sigue estando vigente, sin embargo, la facultad de los Estados confederados de regular de un modo distinto los plazos de prescripción en las leyes de prensa de ámbito regional (cfr. por ej., *Ley de Prensa del Baden-Württemberg*, de 14-1-1964, GBl, página 11), porque según el art. 75, núm. 2 GG el Derecho de Prensa forma parte de la Legislación Básica de la Federación y no es Derecho Penal, aunque se contengan en ella preceptos de carácter penal (BVerGE 7, 29 [44]).[4]

b) En el ámbito de la **Parte Especial** el art. 4 II-V EGStGB, siguiendo la interpretación que se hacía del § 2 de la anterior EGStGB (cfr. edición anterior, págs. 89 y ss.), distingue tres tipos de preceptos de Derecho regional.

(1) Según el art. 4 II, el primer grupo está compuesto por todos aquellos preceptos penales y multas administrativas del Derecho regional que no se mencionan en los apartados III-V del mismo artículo. Estos preceptos permanecen inalterados, siempre que no se refieran a una *materia* que

el Derecho federal, y en algunos otros pocos sectores especiales (art. 335 del StGB suizo); cfr. *Pfenninger*, Das schweizerische Strafrecht, págs. 195 y ss. En USA, por el contrario, la distribución de la competencia se regula por materias, recayendo el centro de gravedad en los singulares Estados miembros de la federación; cfr. *Mueller*, ZStW 69 (1957), págs. 303 y ss.

3 Ya *Finger*, RG-Festgabe, pág. 98, acentuaba que la EGStGB solamente desarrollaba de un modo lógico los respectivos preceptos constitucionales.

4 Cfr. para más detalles, *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 Vorbem. 42.

esté regulada de un modo taxativo en el StGB. El concepto de materia sirve para designar un sector unitario que el legislador federal quiere regular de un modo taxativo (RG 42, 100; 56, 65).[5] Si un sector jurídico se regula de esta manera como materia, el Derecho regional queda excluido como norma complementaria interpretadora o de remisión.[6] Especialmente puede deducirse del silencio del Derecho federal que deben quedar impunes los casos omitidos en la regulación de la respectiva materia ("regulación negativa tácita").[7] También quedan excluidos los preceptos del Derecho regional relativos a las multas administrativas, que se refieran a una materia regulada por el Derecho federal (BVerfGE 31, 141 [144]).

Ejemplos: El Derecho regional no puede amenazar con pena o con multa administrativa el adulterio, tras la supresión del § 172 por la 1.ª StrRG, pues se trata de una regulación negativa en el marco de las "materias" contenidas en la sección 12. Por el contrario, permanece inalterada la penalidad de la lesión de la Ordenanza de Prensa de acuerdo con el § 21 de la Ley regional de Prensa del Baden-Württemberg de 14-1-1964 (GBl., página 11).

(2) El art. 4 III EGStGB crea una regulación especial para los *preceptos penales y sanciones administrativas tributarias* de los Estados confederados que, no obstante, contrarresta la dispersión jurídica por su referencia a la Ordenanza tributaria (cfr. con detalles Proyecto EGStGB, BT-Drucksache VII/550, fundamentación, págs. 200 y s.).

(3) El art. 4, apartados IV y V, deja vigentes los preceptos penales y multas administrativas contenidas en las *leyes de protección agraria y forestal* de los Estados confederados[8] en tanto que se reconozca la necesidad de una regulación autónoma y siempre que se eviten desviaciones esenciales del StGB. De acuerdo con ello, permanecen inalterados conforme al apartado 4, los preceptos regionales sobre protección agraria y forestal, que excluyen de la penalidad o prevén obstáculos para la persecución de casos poco importantes de hurto, receptación o favorecimiento (por ej., recoger fruta caída sin permiso o rebuscar entre las mieses ya cosechadas). Según el apartado 5 los Estados confederados están facultados además para promulgar regulaciones especiales en relación con el allanamiento de morada, daños o falsedad documental. Estos tipos se pueden calificar en el ámbito de la protección agraria y forestal como infracciones administrativas y considerarlos como casos leves no punibles o no perseguibles, o configurarlos como delitos perseguibles sólo a instancia de parte.

(4) De la *relación material* se deriva, finalmente, una competencia reguladora de los Estados confederados, que no está determinada en el artículo 4 EGStGB.[9] Cuando los Estados confederados son competentes para legislar sobre un sector determinado (por ej., construcción o prensa), también pueden promulgar los correspondientes preceptos penales o sanciones administrativas en base a la competencia legislativa penal concurrente reconocida en el art. 74, núm. 1 GG, siempre que la Federación no haya regulado de un modo taxativo, positiva o negativamente, la respectiva materia. Especialmente puede la Federación promulgar normas penales en blanco para los sectores reservados a la legislación regional, representando la regulación regional en estos casos el papel de la norma complementaria (confróntese *supra*, § 12 III 2).

5 *Finger*, RG-Festschrift, pág. 105.

6 Nada hay que objetar, e incluso es conveniente, si la repetición consiste únicamente en que el Derecho regional remite al Derecho federal; cfr. *Kääb/Rösch*, Einführung Anm. 22.

7 Cfr. *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 110; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 87 y ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 Vorbem. 37.

8 Cfr. la exposición de conjunto de las leyes regionales protectoras de los bosques y campos en *Göhler/Buddendiek/Lenzen*, núm. 238. Sobre el Derecho Penal forestal cfr. además *Mantel*, Forstliche Rechtskunde, págs. 317 y ss.

9 Cfr. para más detalles *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 Vorbem. 48 y ss.

c) Los arts. 288-292 EGStGB contienen los preceptos complementarios a las normas relativas a las relaciones entre Derecho federal y Derecho regional: No son aplicables aquellos preceptos penales regionales que imponen consecuencias jurídicas no previstas en el art. 3 EGStGB (art. 289); ni tampoco aquellos que impongan penas o multas administrativas en materias reguladas de un modo definitivo en el Derecho federal (art. 292). El art. 290 regula la adaptación de las penas de multa y el art. 291 deroga aquellos preceptos del Derecho regional que se refieran a la retirada de la querella penal o a la entrega del importe de la multa a la víctima del delito.

II. Derecho Penal legal formal y Derecho Penal legal material

1. Según el art. 103 II GG y el § 1 StGB, un hecho sólo puede ser castigado cuando la penalidad haya sido determinada "*legalmente*", antes de que el hecho se haya cometido. El concepto de ley va aquí referido no sólo a las leyes *formales* que han sido promulgadas por los órganos legislativos competentes en la forma prevista en la Constitución, sino también a las **leyes delegadas** (sobre las leyes de urgencia previstas en el art. 48 II WRV cfr. RG 55, 115 [116]).[10] Por leyes delegadas se entiende aquellos preceptos jurídicos generales que no han sido promulgados por los órganos legislativos competentes ni a través de un proceso legislativo formal, sino en base a una delegación de otros órganos que son competentes para ello (leyes en sentido *material*). Estas leyes delegadas se distinguen de los *reglamentos administrativos* que no contienen preceptos jurídicos y que sólo regulan la actividad de los órganos estatales con eficacia puramente interna (por ej., las directrices sobre el proceso penal y el proceso en materia de multas administrativas de 3-9-1976).

En el Derecho federal la promulgación de leyes delegadas debe llevarse a cabo conforme a lo dispuesto en el art. 80 GG. Según el Derecho regional del Baden-Württemberg, para las leyes delegadas rige en general el art. 61 de la Constitución de 1953 (GBl., pág. 173), en las leyes delegadas de policía los §§ 10 y ss. de la Ley de Policía en su redacción de 16-1-1968 (GBl., pág. 61), en las ordenanzas municipales el § 4 de la Ley de Adminis-

10 Cfr. *Starck*, Gesetzesbegriff, págs. 35 y ss.

tración Local en su redacción de 22-12-1975 (GBl. 1976, pág. 1). Las leyes delegadas regionales también pueden contener Derecho Penal, siempre que se dé la competencia legislativa en materia penal del Estado confederado (confróntese *supra*, § 13 I, 2).

2. **La determinabilidad de la ley autorizante** de los preceptos penales que se crean por la vía de la ley delegada debe ser mucho mayor que en los demás casos. En ello se refleja el especial valor de la reserva de ley en Derecho Penal.[11] "El legislador debe expresar claramente la autorización de una conminación penal, delimitando el contenido, el fin y extensión de la autorización tan exactamente, que los presupuestos de la penalidad y la clase de pena sean ya previsibles por los ciudadanos en la misma autorización y no en la ley delegada que en ella se basa" (BVerfGE 14, 174 [185 y ss.]; 14, 254 [257]. El *marco* penal no necesita, por el contrario, estar fijado en la norma autorizante.

3. Al contrario de lo que sucede en el art. 103 II GG **la libertad de la persona** sólo puede limitarse, según el art. 104 I, 1 GG, por una ley *formal*, porque las intervenciones en la libertad deben realizarse en base de un precepto jurídico que haya pasado el procedimiento legislativo normal. Las penas privativas de libertad son materia reservada a la ley entendida en sentido formal y no a la ley delegada. En todo caso, la Jurisprudencia admite que en la ley delegada se abandone al que la crea la "especificación del tipo penal"; únicamente deben "determinarse en la ley formal los presupuestos mismos, que condicionan la admisibilidad de la intervención como tal, y la naturaleza de dicha intervención" (BGHZ 15, 61 [64]). Aquí es, por tanto, necesario, además de la descripción de la materia de prohibición, que se determine en la ley el marco penal (BVerfGE 14, 174 [187]).

* * *

I. La relación entre Derecho Penal federal y Derecho Penal regional

Dada la diferente estructura política del Estado español no se plantean en este tema los problemas a que se alude en el texto respecto al Derecho Penal de la República Federal Alemana. El art. 149, 6.° de la Constitución española atribuye competencia exclusiva al Estado en materia de legislación penal y penitenciaria que, por consiguiente, no podrá ser objeto de las leyes que, dentro de sus respectivas competencias, dicten los Parlamentos de los territorios autónomos.

11 Cfr. para más detalles, *Bopp*, Gesetzesbegriff, págs. 184 y ss.

II. Derecho Penal legal formal y Derecho Penal legal material

Según el art. 25, 1 de la Constitución española "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento". La potestad legislativa corresponde, según el art. 66, 2 de la Constitución, a las Cortes Generales. El art. 82, 1, dice que "las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas". Pero de esta delegación legislativa quedan excluidas las materias citadas en el art. 81, 1 (desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral y las demás previstas en la Constitución). A la vista de estos preceptos hay que entender que la materia penal, al versar sobre derechos fundamentales, no puede ser objeto de delegación legislativa. Con mucha mayor razón tampoco podrán ser objeto de Decreto-Ley que, según dispone el art. 86, 1 de la Constitución "no podrán afectar ... a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I". Parece, pues, evidente que en el Derecho Penal español, en aquello que se refiere a la creación de los delitos y de las penas o medidas a ellos aplicables, sólo puede ser fuente la ley formal *o ley parlamentaria en sentido estricto, es decir, la emanada del Órgano legislativo competente, las Cortes Generales (cfr. art. 53, 1 en relación con el art. 66, 2 de la Constitución). Por ello, debe considerarse* anticonstitucional *el Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana, entre otras razones, porque en su art. 2 crea nuevas figuras de delito, estando ya en vigor la Constitución. Pero en el Ordenamiento jurídico español, esta ley formal, creadora de los delitos, las penas y las medidas posdelictuales, ha de revestir además la forma de* ley orgánica, *ya que, en líneas generales, el Derecho Penal, en su vertiente de determinación de los hechos constitutivos de delitos y de las penas y medidas a ellos aplicables, afecta "al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas" a que se refiere el art. 81, 1 de la Constitución.*[1]

§ *14 El Derecho Internacional Penal*

Bassiouni, An appraisal of the growth and developing trends of international criminal law, Rev int dr pén 1975, 3; *el mismo*, Repression of breaches of the Geneva Conventions under the Draft Additional Protocol, Rutgers Camden Law Journal 8 (1977), pág. 185; *Bassiouni/Nanda* (comp.), A Treatise on International Criminal Law, t, I, II, 1973 con numerosas aportaciones; *Bauer*, Genocidium (Völkermord), HWB Krim, t. I, 1966, pág. 268; *Beling*, Die strafrechtliche Behandlung der Exterritorialität, 1896; *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; *Dahm*, Zur Problematik des Völkerstrafrechts, 1956; *el mismo*, Völkerrecht, t. I, 1958, t. III, 1961; *el mismo*, Die Stellung des Menschen im Völkerrecht unserer Zeit, 1961; *Dautricourt*, La protection pénale des Conventions internationales humanitaires, Rev dr pén crim 35 (1954-55), pág. 739;

1 En el mismo sentido, *Cobo del Rosal/Vives Antón*, Derecho Penal, Parte General, I, Valencia 1980, pp. 72 ss. y 134 ss.

Donnedieu de Vabres, Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international, Recueil des Cours 70 (1947), t. I, pág. 477; *Drost*, The Crime of State, t. I, II, 1959; *Ehard*, Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher und das Völkerrecht, SJZ 1948, 353; *Ferencz*, Defining International Aggression, t. I, II, 1975; *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), t. I, pág. 433; *el mismo*, Le difficile progrès du règne de la justice et de la paix internationales par le droit, 1970; *Grebing*, Zur Frage der Schaffung eines Internationalen Strafgerichtshofs, GA 1976, 97; *Greenspan*, The Modern Law of Warfare, 1959; *Grewe*, Nürnberg als Rechtsfrage, 1947; *Hahnenfeld*, Die Herkunft der in dem Nürnberger Urteil angewandten allgemeinen Lehren des Strafrechts, Diss. Frankfurt 1959; History of the United Nations War Crimes Commission etc., 1948; *Heinze/Schilling*, Die Rechtsprechung der Nürnberger Militärtribunale, 1952; *Herzog*, Nuremberg: un échec fructueux?, 1975; *Hoffmann*, Strafrechtliche Verantwortung im Völkerrecht, 1962; *Jescheck*, Kriegsverbrecherprozesse gegen deutsche Kriegsgefangene in Frankreich, SJZ 1949, 107; *el mismo*, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, 1952; *el mismo*, Zum Oradour-Prozeß, JZ 1953, 156; *el mismo*, Die internationale Genocidium-Konvention und die Lehre vom Völkerstrafrecht, ZStW 66 (1954), pág. 193; *el mismo*, Verbrechen nach Völkerrecht, Deutsche Landesbrichte zum IV. Int. Kongreß für Rechtsvergleichung, 1955, página 351; *el mismo*, Die Entwicklung des Völkerstrafrechts nach Nürnberg, SchwZStr 72 (1957), pág. 217; *el mismo*, Kriegsverbrechen, WVR, t. II, 1961, página 373; *el mismo*, Völkerstrafrecht, WVR, t. III, 1962, pág. 781; *el mismo*, Nürnberger Prozesse, WVR, t. II, 1961, pág. 638; *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; *Jiménez de Asúa*, Politique criminelle internationale etc., Recueil d'études en hommage de H. Donnedieu de Vabres, 1960, pág. 45; *Klug*, Der neue Straftatbestand des Friedensverrats, en: *Baumann* (comp.), Mißlingt die Strafrechtsreform? 1969, página 162; *v. Knierim*, Nürnberg, 1953; *Kranzbühler*, Rückblick auf Nürnberg, 1949; *el mismo*, Nürnberg als Rechtsproblem, Festgabe für E. Kaufmann, 1950, página 219; *Lauterpacht*, The Law of Nations and the Punishment of War Crimes, British Yearbook of Int. Law 1944, 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 aillés, 1956; *Mueller/Wise*, International Criminal Law, 1965; *Müller*, The Convention of the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes etc., AJIL 65 (1971), pág. 476; *Oehler*, Internationales Strafrecht, 1973; *Pella*, La criminalité collective des États et le droit pénal de l'avenir, 1925; *Plawski*, Étude des principes fondamentaux du droit international pénal, 1972; *C. A. Pompe*, Aggressive War an International Crime, 1953; Les projets des Nations Unies pour l'institution d'une justice pénale internationale, Rev int dr pén 1964, Heft 1/2; *Quintano Ripollés*, Tratado de derecho penal internacional e internacional penal, t. I, 1955, t. II, 1957; *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, Recueil des Cours 100 (1960), t. II, pág. 329; *Rovine*, Practice of the US Relating to International Law, AJIL 68 (1974), pág. 720; *C. F. Rüter* (comp.), Justiz und NS-Verbrechen, 20 tomos, 1.968 y ss.; *Schindler/Toman* (comp.), The Laws of Armed Conflicts,

1973; *Schroeder*, Der Schutz des äußeren Friedens, JZ 1969, 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; *Scelle*, Manuel de droit international public, 1948; *Stone/Woetzel* (comp.), Towards a Feasible International Criminal Court, 1970; *Strebel*, Die strafrechtliche Sicherung humanitärer Abkommen, ZaöRV 15 (1953) página 31; *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, 1899; *Triffterer*, Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg, 1966; *Verdroß*, Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten, 1920; *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; *Wengler*, Völkerrecht, t. I y II, 1964; *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), pág. 826; *Zourek*, Enfin une définition de l'agression, Annuaire français de droit international XX (1974), págs. 1 y ss.

Cfr. además *de Schutter*, Bibliography on International Criminal Law, 1972.

I. Relaciones entre Derecho Penal estatal y Derecho Internacional Penal

1. El Derecho Internacional *clásico* no conocía la **responsabilidad de las personas individuales.** No concedía al individuo derecho alguno, pero tampoco le imponía deberes. La doctrina internacionalista dominante consideraba "inimaginable que una norma de Derecho Internacional pudiera ser infringida por personas individuales. No existen delitos contra el Derecho Internacional, sólo delitos individuales".[1] Solamente el Derecho Penal estatal podía proteger con sus propias normas el Derecho Internacional, transformando los deberes jurídicos impuestos al Estado en deberes del individuo sancionables penalmente (véase por ej., la penalidad de actos contra Estados extranjeros de los §§ 102 y ss., los preceptos penales sobre genocidio del § 220a y contra la piratería aérea § 316c). Pero desde finales de la Primera Guerra Mundial se ha modificado esta imagen. Dentro de ciertos límites el individuo será considerado como sujeto de derechos y deberes del Derecho Internacional[2] y de acuerdo con ello será imaginable que graves infracciones de determinadas normas centrales del Derecho Internacional puedan ser contempladas como delitos internacionales que, en consecuencia, pueden ser castigados directamente por el Derecho Internacional.[3]

1 *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, pág. 329.

2 Cfr. detalladamente *Dahm*, Die Stellung des Menschen, págs. 30 y ss.; *el mismo*, Völkerrecht, tomo I, pág. 417; *Scelle*, Manuel, pág. 911; *Grassi*, Die Rechtsstellung, págs. 297 y ss.; *Glaser*, Droit international, pág. 84; *Sinha*, The Position of the Individual, en: *Bassiouni/Nanda*, t. I, págs. 126 y ss.

3 Para más detalles, cfr. *Jescheck*, Völkerstrafrecht, págs. 206 y ss.; *Dahm*, Problematik, págs. 14 y ss.; *Hoffmann*, Strafrechtliche Verantwortung, páginas 30 y ss.; *Glaser*, Introduction, págs. 56 y ss.; *Graven*, Le difficile progrès, páginas 550 y ss.

2. Pero aunque pudiera demostrarse que un tal **"Derecho Internacional Penal"**[4] forma parte del Derecho Internacional vigente, no podría derivarse sin más de ello su obligatoriedad, pues, tanto si se trata de normas penales del Derecho Internacional como si se trata de un Derecho Internacional autónomo, siguen siendo aplicables los principios generales sobre la relación entre Derecho Internacional y Derecho estatal. Según el art. 25 GG sólo las reglas *generales* del Derecho Internacional forman parte del Derecho federal con rango superior incluso al de las leyes y con obligatoriedad inmediata para los ciudadanos de la República Federal; mientras que los Tratados internacionales únicamente pueden convertirse en Derecho estatal con actos de transformación especial (art. 59 II GG).[5] Al Derecho Internacional Penal únicamente podría considerársele vinculante, aun sin especial transformación, si fuera reconocido por la gran mayoría de los Estados y se convirtiera así en reglas generales, lo que todavía está muy lejos. Pero aunque existiera un Derecho Internacional Penal de esta clase, basado en las reglas generales del Derecho Internacional, seguiría siendo necesario que se transformara en ley para cumplir las exigencias que impone el art. 103 II GG.

II. Evolución del Derecho Internacional Penal[6]

1. La idea de un Derecho Penal directamente perteneciente al Derecho Internacional y de carácter supraestatal se remonta a la **doctrina iusnaturalista** de los siglos XVI y XVII *(Vitoria, Suárez, Hugo Grotius)*. La época actual del Derecho Internacional Penal comienza tras la Primera Guerra Mundial. El Tratado de Versalles en el art. 227 denunció al Kaiser Guillermo II — si bien no en base al Derecho Internacional, sino en los "elevados principios de la Política internacional" — y exigió en el art. 228 la extradición de los alemanes acusados de crímenes de guerra.[7] Las asociaciones jurídicas científicas internacionales se esforzaron entre ambas guerras mundiales en elaborar teóricamente esta nueva rama jurídica *(Caloyanni, Donnedieu de Vabres, Pella, Politis, Saldaña, Sottile)*.

4 La expresión procede de *Beling*, Exterritorialität, pág. 41, que, sin embargo, únicamente consideraba posible, de acuerdo con la teoría dualista más antigua, la existencia de un Derecho Internacional Penal frente a los Estados. En el mismo sentido, al principio, todavía *Pella*, La criminalité collective, páginas 20 y ss.

5 Cfr. *Maunz/Dürig/Herzog*, art. 59, nota 17; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 Vorbem. 20.

6 Sobre ello, detenidamente, *v. Weber*, Internationale Strafgerichtsbarkeit, páginas 7 y ss.; *Jescheck*, Völkerstrafrecht, págs. 19 y ss.; *Lombois*, Droit pénal international, págs. 53 y ss.; *Oehler*, Internationales Strafrecht, págs. 551 y ss.; *Bassiouni*, Rev int dr pén, 1975, 4 y ss.

7 Los procesos tuvieron finalmente lugar de acuerdo con los Aliados en base a una ley de 18-11-1919 (RGBl., pág. 2.125) ante el Tribunal Imperial (Reichsgericht). Las sentencias, que fueron muy criticadas en el extranjero, se publicaron en un libro blanco editado por el Parlamento Imperial, Boletín Oficial del Parlamento (Reichtagsdrucksache), núm. 2.584, I. Wahlperiode, 1920/21. Cfr. sobre la anterior problemática *Verdross*, Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung, págs. 84 y ss.; *Wegner*, Kriminelles Unrecht, págs. 28 y ss.

2. En la Segunda Guerra Mundial las potencias aliadas pronto se pusieron de acuerdo para perseguir penalmente tras la victoria a los responsables políticos, militares y financieros de Alemania y sus aliados.[8] En el **Acuerdo de Londres** de 8-8-1945 se acordó por las cuatro grandes potencias aliadas castigar los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad y en base a él tuvo lugar el proceso contra los principales criminales de guerra ante el **Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.**[9] Pero este Tribunal no era un órgano de la Comunidad Internacional, sino un Tribunal de las potencias aliadas ocupantes.[10] Y aunque la penalidad de los crímenes de guerra se apoyaba en el antiguo Derecho Internacional consuetudinario,[11] los aliados introdujeron nuevos delitos con efecto retroactivo como el provocar una guerra de agresión o los crímenes contra la humanidad (en tanto éstos no coincidían con el Derecho Penal estatal vigente),[12] para lo que difícilmente podrían estar facultados.[13] Si de lo que se trataba era de crear un "acto revolucionario",[14] no habría ningún inconveniente en aceptarlo, dada la situación extraordinaria en que se encontraban en 1945 los aliados, si tras el juicio de Nuremberg el Derecho Internacional Penal se hubiera convertido en un conjunto de reglas generales del Derecho In-

8 Cfr., para más detalles, History of the UN War Crimes Comission, páginas 87 y ss.

9 La sentencia de 1-10-1946 ha sido publicada en: Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof, tomo I, 1947, páginas 189 y ss. Sobre esto, cfr. *Donnedieu de Vabres*, Recueil des Cours 70 (1947), tomo I, págs. 489 y ss.; *Ehard*, SJZ 1948, 353; *Glaser*, SchwZStr. 68 (1953), pág. 321; *Jescheck*, Nürnberger Prozesse, WVR, tomo II, págs. 638 y ss.; *Kranzbühler*, Rückblick, págs. 11 y ss.; *Woetzel*, The Nuremberg Trials, págs. 40 y ss.; *Röling*, The Nuremberg and the Tokio Trials, en: *Bassiouni/Nanda*, páginas 590 y ss.; *Herzog*, Nuremberg, págs. 81 y ss.; *Plawski*, Droit international pénal, págs. 72 y ss.

10 En este sentido, con razón, *Schwarzenberger*, International Criminal Law, pág. 31; *Dahm*, Völkerrecht, tomo III, pág. 290; *Wengler*, Völkerrecht, tomo I, pág. 829, nota 3. La opinión de *C. A. Pompe*, Agressive War, pág. 240, de que los Aliados ejercían un "gouvernement de fait international", apenas se defiende actualmente.

11 Cfr. *Grewe*, Nürnberg als Rechtsfrage, págs. 17 y ss.; *Oehler*, Internationales Strafrecht, págs. 561 y ss.

12 En este sentido, la actual doctrina dominante respecto a los crímenes contra la paz; cfr. *Wehberg*, Laun-Festschrift, pág. 394; *C. A. Pompe*, Agressive War, pág. 175; *Oehler*, Internationales Strafrecht, págs. 559 y ss.; *Bassiouni*, Rev int dr pén, 1975, 16. *Glaser*, Droit international pénal, págs. 67 y ss., considera, por el contrario, como una norma penal la prohibición de la *guerra de agresión* contenida en el Briand-Kellog-Pakt (1929). Para no infringir la prohibición de retroactividad, muchas veces únicamente se exige en el Derecho Internacional Penal que el hecho sea *merecedor* de pena en el momento de su comisión; cfr. por ejemplo, *Dahm*, Völkerrecht, tomo III, pág. 317; *Glaser*, ZStW 76 (1964), página 523. *Lombois*, Droit international pénal, pág. 52. Sin embargo, precisamente, los modernos documentos de Derechos Internacionales sobre la protección de Derechos Humanos hablan inequívocamente de *penalidad* (cfr. *infra*, § 15 II 4). Sobre todos estos problemas véase *Triffterer*, Dogmatische Untersuchungen, páginas 124 y ss.

13 *Kranzbühler*, E. Kaufmann-Festgabe, págs. 221 y ss.

14 *Jescheck*, Völkerstrafrecht, pág. 175.

ternacional; pero precisamente es esto lo que no ha sucedido hasta la fecha.[15] En su lugar siguen produciéndose las intervenciones militares de las grandes potencias y no ha disminuido el número y atrocidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad que siguen cometiéndose tras la Segunda Guerra Mundial. La mayoría de estos hechos han quedado impunes o en todo caso no han sido castigados conforme a las reglas del "Derecho Internacional Penal".[15a]

3. Con la única excepción del Proceso contra los responsables políticos y militares japoneses ante un **Tribunal Militar en Tokio** compuesto por representantes de once países en 1946,[16] sigue siendo el IMT de Nuremberg el único proceso celebrado por las Potencias aliadas. Por el contrario han tenido lugar numerosos procesos contra alemanes por delitos internacionales ante tribunales extranjeros fuera de Alemania y en base al Derecho extranjero[17] y ante Tribunales de las potencias ocupantes dentro de Alemania en base a la KRG 10 de 20-12-1945 (Kontrollratsamtsblatt, pág. 50).[18] La KRG 10 pudo también ser aplicada temporalmente por los Tribunales alemanes, siempre que se tratara de crímenes contra la humanidad cometidos por alemanes contra alemanes (cfr. por ej., OGH I, 411; 2, 413). Pero desde 1950 los Tribunales alemanes únicamente pueden aplicar el Derecho Penal alemán en casos de delitos violentos cometidos por los nazis.[19]

4. Los Estados miembros de las **Naciones Unidas** no han hecho suyo todavía el Derecho Internacional Penal aplicado en los procesos de Nuremberg y Tokio.[20]

Desde 1946 se han producido numerosas guerras de agresión, sin que nunca se haya planteado ante un tribunal la cuestión del castigo de sus autores. La Asamblea General de las Naciones Unidas, en dos resoluciones

15 Cfr. con más detalles *Jescheck*, SchwZStr 72 (1957), págs. 220 y ss.; *el mismo*, Grünhut-Erinnerungsgabe, págs. 49 y ss. Sin embargo, se consideran muchas veces las resoluciones de la Asamblea General de la ONU (cfr. *infra*, § 14 II 4) como recepción de los "Principios de Nuremberg" en el Derecho Internacional; cfr. por ejemplo *Bierzanek*, Prosecution of International Crimes, en: *Bassiouni/Nanda*, tomo I, pág. 584. De otra opinión, *Lombois*, Droit international pénal, págs. 61 y ss.

15a Cfr. *Wise*, War Crimes, págs. 35 y ss.

16 Cfr. con más detalles *Röling*, The Tokio Trial in Retrospect, págs. 254 y siguientes.

17 Cfr. al respecto *Lummert*, Die Strafverfahren gegen Deutsche págs. 29 y ss.; *Maunoir*, La répression des crimes de guerre, págs. 153 y ss.; *Jescheck*, SJZ 1949, 107; *el mismo*, JZ 1953, 156; *Röling*, Recueil des Cours 100 (1960), tomo II, págs. 329 y ss.

18 *Jescheck*, Nürnberger Prozesse, págs. 640 y ss.; *Heinze-Schilling*, Die Rechtsprechung der Nürnberger Militärtribunale, 1952; *v. Knierim*, Nürnberg, páginas 11 y ss.

19 Desde 1968 se vienen publicando todas las sentencias pronunciadas por homicidios realizados por los nazis con el título de "Justiz und NS-Verbrechen", en Amsterdam (edit. por el profesor *C. F. Ruter*), en una colección de veinte tomos, de los que hasta la fecha ha aparecido hasta el tomo XVI (1976).

20 La opinión de *Greenspan*, Law of Warfare, pág. 428, de que los principios de Nuremberg se han convertido en un elemento integrante fijo del Derecho Internacional, no está confirmada por la praxis estatal.

de 11-12-1946 y de 21-11-1947, ha "confirmado" ciertamente los principios de Nuremberg, pero esto solamente significa la declaración de que los condenados entonces fueron justamente condenados y no la creación de un nuevo Derecho Internacional vinculante para todos los Estados miembros, para lo que no es en absoluto competente la Asamblea General.[21] La Asamblea General todavía no ha aceptado ni la formulación elaborada por la "International Law Comission" de los principios jurídicos de Nuremberg,[22] ni el "Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind"[23] proyectado por el mismo organismo, ni finalmente el "Statute for an International Criminal Court" creado por una comisión internacional.[24] En tanto las grandes potencias se ocupen solamente de realizar una política imperialista en su propio beneficio será imposible la creación de un Derecho Internacional Penal que supondría la existencia de un Gobierno universal con jurisdicción sobre los Estados y dotado con medios reales de poder. Pero una evolución hacia ello no está del todo excluida.[25] Con pocas perspectivas de éxito se ha emprendido por parte americana una iniciativa para reavivar nuevamente la idea de un Tribunal Internacional Penal.[26] La Convención de la ONU de 27-11-1968 impone el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad con absoluta eficacia retroactiva (cfr. edición anterior, págs. 110 y s.).[27] La aceptación de una definición de agresión en la XXIX Asamblea General de la ONU el 14-12 de 1974 abre la posibilidad de que continúen los trabajos en el "Draft Code of Offences".[28]

III. Presupuestos jurídicos del Derecho Internacional Penal

Tras la evolución que acaba de exponerse es altamente dudosa la cuestión de si hay un Derecho Internacional Penal que contenga algo más que simples recomendaciones dirigidas a los Estados, para que promulguen determinados preceptos penales.[29] Pero si se admi-

21 Cfr. la exposición de las aclaraciones de ambas decisiones en *Jescheck*, Grünhut-Erinnerungsgabe, pág. 52, nota 37.

22 AJIL 44 (1950) Supp., págs. 125 y ss.; *Mueller/Wise*, págs. 279 y ss. Sobre ello, acertadamente, *Drost*, The Crime of State, tomo II, págs. 78 y ss.

23 AJIL 49 (1955) Supp., págs. 17 y ss.; *Mueller/Wise*, págs. 594 y ss. Sobre ello, *Drost*, The Crime of State, tomo II, págs. 167 y ss.

24 Report of the 1953 Committee of International Criminal Jurisdiction, UN General Assembly, Ninth Session, Supp. No. 12 (A/2.645), 1954, págs. 23 y ss. Cfr. al respecto *Grebing*, GA 1976, 97 y ss.

25 Sobre el enjuiciamiento, en general pesimista, de la situación, cfr. 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 aportaciones de numerosos especialistas; además, *Dautricourt*, The International Criminal Court, en: *Bassiouni/Nanda*, tomo I, págs. 636 y ss.

26 Cfr. *Stone/Woetzel*, International Criminal Court, págs. 159 y ss.

27 Cfr. *Müller*, AJIL 65 (1971), págs. 476 y ss.; sobre el problema de la prescripción *Glaser*, Droit international pénal, págs. 113 y ss.

28 Cfr. *Bothe*, Jahrb. f. Intern. Recht 18 (1975), págs. 121 y ss.; *Bromo*, The Definition of Aggression in the United Nations, 1968; *Ferencz*, Defining International Aggression, tomo II, págs. 14 y ss.; *el mismo*, Criminal Law, en: *Bassiouni/Nanda*, t. I, págs. 23 y ss.; *Rovine*, AJIL 68 (1974), págs. 733 y ss.; *Žourek*, Annuaire français de droit international, XX (1974), págs. 1 y ss.

29 Cfr. *Schwarzemberger*, International Criminal Law, pág. 23: "There

ten las tesis formuladas en los Juicios de Nuremberg, deberían darse los siguientes presupuestos, para admitir la existencia de un auténtico Derecho Internacional Penal:

1. El Derecho Internacional debería contener auténticos tipos penales, que sin mediación del Estado obligaran directamente al individuo, fijando la penalidad de la infracción, sin precisar la intervención del legislador estatal **(Principio de la responsabilidad penal directa del individuo según el Derecho Internacional).** Un tal principio sería compatible con el estado actual del Derecho Internacional. La cuestión es sólo si efectivamente ha encontrado dicho principio un reconocimiento general (cfr. al respecto *infra*, § 14 IV).

2. En segundo lugar, tendría que perder su eficacia todo Derecho estatal que se opusiera o fuera contrario a la punibilidad de una acción constatada por el Derecho Internacional, porque de lo contrario el individuo se encontraría atrapado entre dos fuegos. Ningún Estado debería permitir u ordenar acciones prohibidas por el Derecho Internacional Penal, independientemente de quien sea el que las realice, y mucho menos podría justificar mandatos ilícitos desde el punto de vista del Derecho Internacional **(Principio de la supremacía del Derecho Internacional Penal frente al Derecho estatal).** También este principio se podría realizar fácilmente desde un plano teórico: únicamente bastaría con que las normas del Derecho Internacional Penal consiguieran un reconocimiento general y fueran aceptadas como "reglas generales del Derecho Internacional". Caso que esta solución óptima no fuera posible, los Estados que estén interesados en la creación del Derecho Internacional Penal deberían estar dispuestos a la transformación de sus reglas en Derecho estatal que, por ser de superior rango, sería de aplicación preferente frente al Derecho anterior que se opusiera a él. Pero, en realidad, actualmente no se dan ninguno de los dos casos y existe poca esperanza de que se modifique la actual situación a corto plazo.

3. Finalmente, ningún órgano estatal, que actuara en contra de las reglas del Derecho Internacional Penal y que fuera perseguido penalmente por ello ante un Tribunal internacional o extranjero, podría alegar que el hecho es un acto estatal de soberanía que de acuerdo con el principio "par in parem non habet jurisdictionem" sólo podría estar sometido a la jurisdicción del propio Estado **(exclusión de la "teoría del acto de soberanía").**[30] Aquí es donde más ha avanzado la evolución posterior a 1945. Una auténtica jurisdicción supraestatal de acuerdo con su conceptuación jurídica está por encima del poder

is not yet any international penal law recognized by all nations"; cfr. además sobre ello *Jescheck*, Maurach-Festschrift, págs. 588 y ss.; *Oehler*, Internationales Strafrecht, págs. 551 y ss.; *Ryu/Helen Silving*, International Criminal Law, en: *Bassiouni/Nanda*, tomo I, págs. 23 y ss.

30 Cfr. al respecto con numerosos ejemplos sacados de la praxis estatal *Zander*, AJIL 53 (1959), pág. 826.

estatal y precisamente la creación de un tal poder internacional soberano tiene el sentido de someter a dicha jurisdicción el poder estatal dentro de ciertos límites. Pero ni siquiera frente a la propia jurisdicción estatal puede alegarse la "teoría del acto de soberanía" por lo menos cuando se trata de graves crímenes contra el Derecho Internacional. Esta concepción es ya una antigua tradición respecto a los crímenes de guerra, pero incluso respecto a otro tipo de delitos muestra la praxis internacional desde 1945 una imagen tan compacta que puede decirse que existe en esta materia una regla general de Derecho Internacional.[31]

IV. Tipos delictivos del Derecho Internacional Penal

En tanto puede hablarse actualmente de un auténtico Derecho Internacional Penal (cfr. *supra*, § 14 III) pueden clasificarse las normas penales conforme al Acuerdo de Londres de 1945 en tres tipos:[32]

1. **Crímenes contra la paz** son la preparación, desencadenamiento y conducción de una guerra de agresión. Los problemas principales que aquí se plantean, son la definición de agresión[33] y la delimitación del círculo de personas que pueden ser hechos responsables por estos delitos.

Aunque sería de gran valor para la seguridad de los pueblos la existencia de un tipo penal en el Derecho Internacional de crímenes contra la paz que gozará de reconocimiento general, la verdad es que no existe ninguno. La Ley Fundamental de Bonn considera anticonstitucional la preparación de una guerra de agresión (art. 26). También el StGB contiene algunos preceptos relativos a la preparación de una guerra de agresión (§ 80)[34] y a la inducción a ella (§ 80a), con los que pretende protegerse la paz.

2. **Crímenes de guerra** son todas aquellas infracciones graves del Derecho Internacional de guerra cometidas por miembros de una de las naciones participantes en la contienda contra soldados, personal

31 Cfr. *Dahm*, Völkerrecht, t. III, pág. 319; *Wengler*, Völkerrecht, t. II, páginas 1.461 y ss.

32 Sobre los comienzos de una dogmática de las teorías generales del Derecho Internacional Penal, cfr. *Glaser*, Infraction internationale, págs. 11 y ss.; *Hahnenfeld*, Herkunft der allgemeinen Lehren, 1959; *Jescheck*, Völkerstrafrecht, páginas 147 y ss.; *Quintano Ripollés*, Tratado, t. I, pág. 149; *Triffterer*, Dogmatische Untersuchungen, págs. 158 y ss.; *Glaser*, Droit international, págs. 49 y ss.; *Vogler*, Defense of Superior Orders, en: *Bassiouni/Nanda*, t. I, págs. 619 y siguientes.

33 Cfr. *Bassiouni/Nanda*, págs. 159 y ss. *(Bassiouni, Butler, Novogrod, Whitton, Dinstein)*, además *supra*, § 14 II 4; *Oehler*, Internationales Strafrecht, páginas 556 y ss.

34 Cfr. sobre ello, en general, *Schroeder*, Schutz von Staat und Verfassung, páginas 377 y ss.; sobre la problemática relación entre este precepto y el art. 103 II GG críticamente *Lackner*, § 80 Anm. 2; *Schroeder*, JZ 1969, 47 y ss.; positivamente en cambio, *Klug*, Friedensverrat, págs. 164 y ss.

civil o bienes pertenecientes a un Estado enemigo, a la nación vencida o a un sector ocupado.[35]

Crímenes de este tipo son las acciones bélicas contrarias al Derecho Internacional como el pillaje o el homicidio y malos tratos de los prisioneros de guerra. A partir de 1945 los Juicios de Nuremberg y la praxis de los Estados han ampliado de un modo relevante el concepto tradicional de crimen de guerra,[36] planteando actualmente el problema jurídico de una delimitación adecuada de los distintos tipos. En este sentido supuso un progreso las normas relativas a las "infractions graves" de las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 (BGBl. 1954, II, pág. 782), en las que se determinan las acciones contrarias al Derecho Internacional que deben castigarse por el Derecho estatal como crímenes de guerra.[37] Un protocolo adicional de 1976 amplía las "infractions graves" y refuerza el deber penal de los Estados.[37a] Estos acuerdos fueron ulteriormente completados por la Convención para la Protección de la Cultura de 1954 (BGBl. 1967, II, página 1.233) que en su art. 28 impone una cláusula penal a los Estados contratantes. De acuerdo con las necesidades prácticas, las Convenciones de Ginebra han encargado la protección del Derecho Internacional al legislador estatal. La Ley ejecutiva de esta materia en la República Federal, redactada y pensada como apéndice del Código de Justicia Militar, no ha sido presentada al Parlamento.

3. **Crímenes contra la humanidad** son aquellas infracciones graves de las garantías mínimas de la dignidad humana (especialmente la vida, integridad corporal y libertad) realizadas por motivos relativos a la nacionalidad de la víctima o por su pertenencia a grupos, comunidad cultural, raza, religión, confesión o convicción política. Característico de estos delitos es que se realizan respaldados por el poder estatal.[38]

Se trata sobre todo de poder perseguir penalmente en el ámbito internacional los hechos violentos cometidos respaldados o inducidos por el Estado contra propios nacionales o habitantes del mismo país. La Convención Internacional para la Prevención y Castigo del Genocidio de 1948 (BGBl. 1955, II, pág. 210) considera como delitos contra el Derecho Internacional determinadas acciones contra grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos, pero no contiene tampoco preceptos penales propios.[39] En el Derecho alemán se introdujo el delito de genocidio de acuerdo con lo dispuesto en esta Convención (§ 220a). Y de acuerdo con la KRG 10 se introdujeron en el Derecho Penal alemán otras normas relativas también a los Crímenes contra la Humanidad (§§ 234a, 241a, 130, 131). La "International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination" de 7-3-1966 (Yearbook on Human Rigths for 1965, pág. 389) también contiene una cláusula penal para los Estados.[40]

35 Cfr. para más detalles, *Jescheck*, Kriegsverbrechen, WVR t. II, páginas 373 y ss.; *Strebel*, ZaöRV 15 (1953), págs. 31 y ss.; *Bierzanek*, War Crimes, en: *Bassiouni/Nanda*, t. I, págs. 559 y ss.; *Oehler*, Internationales Strafrecht, páginas 569 y ss. Una colección de todas las Convenciones, proyectos de Convención y resoluciones contiene la obra de *Schindler/Toman*, The Laws of Armed Conflicts, 1973.

36 La definición clásica se encuentra todavía en *Lauterpacht*, Britische Yearbook of Int. Law 1944, 79.

37 Detalladamente, al respecto, *Jescheck*, Verbrechen nach Völkerrecht, páginas 370 y ss.; *Dautricourt*, Rev dr pén crim, 35 (1954-55), págs. 739 y ss.

37a Cfr. sobre ello, *Bassiouni*, Rutgers Camden Law Journal 8 (1977), páginas 194 y ss.

38 Sobre ello, *Graven*, Recueil des Cours 76 (1950), t. I, págs. 433 y ss.

* * *

Según el art. 1, 5 del Código civil, "las normas jurídicas contenidas en los Tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del Ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado". El art. 96, 1 de la Constitución dice a este respecto que "los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados en España, formarán parte del Ordenamiento jurídico interno". Por lo que al Derecho Penal se refiere, el tratado internacional sólo puede ser fuente del Derecho Penal cuando su publicación sea seguida de la promulgación y entrada en vigor de una ley en la que se recoja. Sin embargo, en aquello que no afecte al principio de legalidad de los delitos y las penas el tratado internacional publicado en el BOE, puede ser aplicado directamente (por ej., en materia de extradición).[1] *Algunos preceptos del Código Penal se remiten expresamente a lo dispuesto en el Derecho de gentes que, en este caso, se convierte expresamente en fuente del Derecho Penal (así, por ej., el art. 124 del Código Penal).*

En el Código Penal español se dispensa protección penal a la Comunidad Internacional sólo cuando el delito afecta al Estado nacional (delitos de traición, contra la paz y la independencia del Estado, delitos contra el Derecho de gentes y piratería, capítulos I, II, III y IV del título I del Libro II del Código Penal). Sólo en el delito de genocidio (art. 137 bis del Código Penal) se puede hablar de la Comunidad Internacional como sujeto pasivo directamente afectado.[2]

El Proyecto de Código Penal dedica el capítulo III del título XIV del libro II a los delitos contra la Comunidad Internacional, incluyendo bajo esta rúbrica los delitos contra el derecho de gentes y el genocidio.

39 Para más detalles, cfr. *Bauer*, HWB Krim, t. I, pág. 268; *Jescheck*, ZStW 66 (1954), pág. 193.

40 Para más detalles, cfr. *Bassiouni*, Genocide and Racial Discrimination, en: *Bassiouni/Nanda*, t. I, págs. 529 y ss.

1 Cfr. *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal español, Parte General, 7.ª ed., Madrid, 1979, p. 249; *Cerezo Mir*, Curso de Derecho Penal español, I, Introducción, Madrid, 1976, p. 151; *Rodríguez Mourullo*, Derecho Penal, Parte General, volumen I, Madrid, 1977, pp. 69 y ss.

2 Cfr. *Muñoz Conde*, Derecho Penal, Parte Especial, 2.ª ed. (3.ª reimpresión), Sevilla, 1979, pp. 501 y ss. Básico en todo este tema *Quintano Ripollés*, Derecho Penal Internacional e Internacional Penal, dos tomos, Madrid, 1957.

CAPÍTULO 3.º

LEY PENAL Y ESTADO DE DERECHO

Según el principio de reserva de ley, que se contiene en el art. 20 III GG, todos los actos estatales gravosos para los ciudadanos deben apoyarse en una ley formal. Esto rige sobre todo para el Derecho Penal. En *Derecho Penal* las garantías formales del Estado de Derecho se afianzan lo más eficazmente posible, porque nada puede amenazar más seriamente la libertad individual que un acto arbitrario de la autoridad que use el poder punitivo como instrumento de poder. La intervención *penal* tiene un efecto más profundo que cualquier otra "intervención en la libertad y la propiedad", porque, a través de la desaprobación eticosocial que lleva implícita, ostenta además un carácter especialmente gravoso. Por eso mismo, la ley penal, tanto en su creación como en su interpretación, no sólo debe satisfacer los principios jurídicos formales, sino también corresponder en su contenido a las exigencias de Justicia que se contienen en el principio material del Estado de Derecho (cfr. *supra*, § 4 II, 2). Lo que por su contenido es injusto, no puede ser justo aunque adopte forma de ley. En lo que sigue nos ocuparemos, sin embargo, únicamente del **aspecto formal** y no del material **del Estado de Derecho.**

§ *15 Función de garantía de la Ley Penal*

Arndt, Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1974; *Bindokat*, Teleologie und Analogie im Strafrecht, JZ 1969, 541; *Bohne*, Die Magna Charta und das strafgesetzliche Analogieverbot, Festschrift für H. Lehmann, 1937, página 71; *Bringewat*, Gewohnheitsrecht und Richterrecht im Strafrecht, ZStW 84 (1972), pág. 585; *Burian*, Der Einfluß der deutschen Naturrechtslehre auf die Entwicklung der Tatbestandsdefinition im Strafgesetz, 1970; *Claß*, Generalklauseln im Strafrecht, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 122; *Dahm*, Beibehaltung oder Abschaffung des Grundsatzes "nulla poena sine lege", Deutsche Landesreferate zum II. Int. Kongreß f. Rechtsvergleichung im Haag, 1937, página 514; *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; *Elvers*, Die Bedeutung des Satzes nulla poena sine lege, Diss. Göttingen 1910; *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 edición, 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, etcétera, NJW 1973, 1.345; *Gerland*, Art. 116. Nulla poena sine lege, en: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 1929, tomo I, página 383; *Germann*, Zum sog. Analogieverbot nach schweiz. StGB, SchwZStr 61 (1946) (Festgabe für E. Hafter), pág. 119; *el mismo*, Kommentar zum Schweizerischen StGB (primera entrega), 1953; *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, 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; *Hecker*, Das Verbot rückwirkender Strafgesetze im amerikanischen Recht, 1971; *Heimberger*, Freiheit und Gebundenheit des Richters, 1928; *Henkel*, Strafrichter und Gesetz im neuen Staat, 1934; *Hennings*, Die Entstehungsgeschichte des Satzes nulla poena sine lege, Diss. Göttingen, 1933; *Hurwitz*, Den danske Kriminalret, Almindelig Del, 1950/51; *Jiménez de Asúa*, Nullum crimen sine lege, ZStW 63 (1951), pág. 166; *Kohlmann*, Der Begriff des Staatsgeheimnisses etc., 1969; *Kratzsch*, § 53 StGB und der Grundsatz nullum crime sine lege, GA 1971, 65; *Krey*, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977; *Lange*, Der Rechtsstaat als Zentralbegriff der neuesten Strafrechtsentwicklung, en: Berliner Kundgebung 1952 des DJT, 1952, pág. 59; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.ª ed., 1975; *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, 249; *Maiwald*, Bestimmtheitsgebot etc., Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 173; *Mangakis*, Über die Wirksamkeit des Satzes "nulla poena sine lege", ZStW 81 (1969), pág. 997; *Mattil*, Zeit und materielles Strafrecht, GA 1965, 129; *H. Mayer*, Das Analogieverbot im gegenwärtigen deutschen Strafrecht, SJZ 1947, 12; *el mismo*, Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände, Materialien, t. I, pág. 259; *Mazurek*, Zum Rückwirkungsgebot gem. § 2 III StGB, JZ 1976, 233; *Meyer-Hayoz*, Lücken intra legem, Festschrift für O. A. Germann, 1969, pág. 149; *W. Mittermaier*, Über Analogie im Strafrecht, SchwZStr 63 (1948), pág. 403; *Mohrbutter*, Garantiefunktion und zeitliche Herrschaft der Strafgesetze etc., ZStW 88 (1976), pág. 923; *Müller-Dietz*, Verfassungsbeschwerde und richterliche Tatbestandsauslegung, Festscrift für R. Maurach, 1972, pág. 41; *Naucke*, Rückwirkende Senkung der Promillegrenze und Rückwirkungsverbot, NJW 1968, 2.321; *el mismo*, Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht, 1973; *Noll*, Zur Gesetzestechnik im Entwurf eines StGB, JZ 1963, 297; *Nowakowski*, Die Grundund Menschenrechte in Relation zur strafrechtlichen Gewalt, ÖJZ 1965, 281; *Pfundtner/Neubert*, Das deutsche Reichsrecht (edición en fascículos desde 1933); *Radbruch*, La securité en droit anglais, etc., Archives de philosophie du droit, 1936/II, 86; *Röling*, Analogische toepassingen van strafbepalingen, Tijdschrift voor Strafrecht 1938, 1; *Rupp*, Die Bindung des Richters an das Gesetz, NJW 1973, 1.769; *Sax*, Grundsätze der Strafrechtspflege, en: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, Die Grundrechte, tomo III/2, 1959, pág. 909; *el mismo*, Das strafrechtliche "Analogieverbot", 1953; *H. P. Schneider*, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, 1969; *Schöckel*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots bis zur französischen Revolution, Diss. Göttingen 1952; *Schottlaender*, Die geschichtliche Entwicklung des Satzes: "nulla poena sine lege", 1911; *Schreiber*, Rückwirkungsverbot bei einer Änderung der Rechtsprechung?, JZ 1973, 713; *el mismo*, Gesetz und Richter, 1976; *Schulz*, Wahlfeststellung und Tatbestandsreduktion, JuS 1974, 635; *Seel*, Unbestimmte und normative Tatbestandsmerkmale und der Grundsatz nullum crimen sine lege, Diss. München 1965; *Straßburg*, Rückwirkungsverbot und Änderung der Rechtsprechung, ZStW 82 (1970), pág. 948; *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, 692; *Tröndle*, Rückwirkungsverbot bei Rechtsprechungswandel? Festschrift für E. Dreher, 1977, págs. 117 y ss.; *Waiblinger*, Die Bedeutung des Grundsatzes "nullum crimen sine lege", Festfabe 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.

Según el art. 103 II GG, cuyo contenido, por su extraordinaria importancia para la seguridad jurídica, se recoge ahora también en el § 1 del nuevo StGB, un hecho sólo puede ser castigado, cuando su penalidad está determinada legalmente antes que el hecho sea cometido. Según el § 2 I, V StGB también la pena y sus consecuencias accesorias como la entrega al Estado de los provechos ilícitos conseguidos en el delito, comiso de objetos, inutilización de impresos, deben deducirse de la ley que esté en vigor en el momento de la comisión del hecho. Los presupuestos de la penalidad y las consecuencias jurídicas del delito (sobre las medidas véase *infra*, § 15 IV, 3) deben, por consiguiente, estar determinadas por la Ley ya en el momento de la comisión del hecho. Estos principios jurídicos básicos constituyen **la función de garantía de la Ley penal.** Esta función de garantía tiene una cuádruple dimensión: **La pena no puede ser fundamentada ni tampoco agravada por Derecho consuetudinario, por analogía o por efecto retroactivo de la ley penal. Las leyes penales deben además redactarse con la mayor claridad posible para que tanto su contenido como sus límites puedan deducirse del texto legal lo más exactamente posible** *(principio de legalidad)*.

La exclusión del Derecho consuetudinario y la prohibición de la analogía se dirigen al juez, la prohibición de retroactividad y de indeterminación de las leyes penales al legislador.

I. Importancia de la técnica legislativa en la función de garantía de la Ley penal

El grado de vinculación del juez a la ley se determina por el grado de exactitud con que la voluntad común consigue expresarse en la ley. De aquí se deduce que la eficacia de la función de garantía de la Ley penal depende esencialmente de la **técnica legislativa.**[1]

1. Una eficacia absoluta del principio de reserva de ley sólo se consigue con una *vinculación del juez a la ley formal*, aunque la vinculación del Juez también puede ser relativamente estricta en los países en los que rige el **Derecho consuetudinario,** como sucede en Inglaterra y USA donde el camino hacia la sentencia viene determina-

1 Sobre la importancia de la forma del precepto jurídico cfr. *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen, págs. 74 y ss.

do por una serie de pre-juicios elaborados científicamente.[2] Las ventajas de la ley frente al Derecho consuetudinario descansan en que la ley, a través de las garantías de su proceso de creación, encierra un elevado grado de objetividad e imparcialidad, garantizando con su redacción abstracta, desconectada del caso concreto, la unidad y la igualdad en la aplicación del Derecho.

2. Pero también en los sistemas en los que domina la ley es diferente el grado de vinculación del juez; pues esta vinculación depende además de si la obra legislativa representa una *regulación taxativa* (codificación), prohibiendo al mismo tiempo la nueva creación del Derecho por el juez (como sucede en el StGB), o de si se permite a la praxis que *complete las lagunas* según su propia sensibilidad jurídica (como sucede en el BGB).[3] Pero incluso en un sistema cerrado, en el que rige la prohibición de la analogía, existen diferentes grados de vinculación que dependen del grado de **concreción o abstracción** con que esté redactada la ley. Sería, sin embargo, un error creer que sólo una ley redactada casuísticamente logra la máxima coincidencia entre la sentencia judicial y el texto legal, porque sólo así se consigue una mayor vinculación del juez. Precisamente la redacción *general* de la norma es la mejor y más lógica forma de vincular a la jurisprudencia. El legislador puede conseguir esa redacción general, describiendo los factores típicos de cada grupo de casos. Lo contrario sucede con la *casuística* que, aferrada a superficialidades que en modo alguno se adaptan a todos los hechos concretos punibles, hace surgir necesariamente lagunas que impiden una correcta decisión en casos límites, en cuanto le está vedado al juez completar la ley con el ejercicio de la analogía. Por eso mismo, se emplea ahora en la nueva redacción del StGB la técnica de los casos especialmente graves que se ilustran con algunos ejemplos (por ej., § 243).

3. Pero con la *generalización* del texto legal, aunque gane la justicia, puede ponerse en peligro la seguridad jurídica, pues con la creación de **cláusulas generales** se eliminan diferencias materiales, anulándose la función de garantía de la ley penal (OGH, 1, 74 [78]).[4] Por

2 En la Common Law también existe una función de garantía del Derecho Penal, cfr. *Grünhut*, Das englische Strafrecht, págs. 178 y ss.; *Radbruch*, Archives de philosophie du droit 1936/II, 89. La creación en la Common-Law de un delito similar al § 145d (simulación de delito) en R. v. Manley (1933) 1 KB, página 529, ha sido rechazada unánimemente. En el mismo sentido, en relación con USA, *J. Hall*, General Principles, págs. 36 y ss.; *Clark/Marshall*, Crimes, páginas 32 y ss. Cfr. además *Hecker*, Verbot rückwirkender Strafgesetze, 70 y ss., 82 y ss.

3 Cfr. respecto a esto el art. 1 II del Código civil suizo (ZGB): "Si de la ley no puede deducirse el precepto, el juez debe fallar según el Derecho consuetudinario y cuando éste no exista según la norma que establecería si fuera el legislador".

4 Cfr. con más detalles *Class*, Eb. Schmidt-Festschrift, págs. 136 y ss.; *Lenckner*, JuS 1968, 252 y ss. Sobre el progresivo aumento de las cláusulas generales *Naucke*, Über Generalklauseln, págs. 4 y ss. Dentro de ciertos límites, las cláusulas generales son, sin embargo, inevitables (BVerfGE 4, 358; 11, 237).

eso mismo el legislador no sólo debe clasificar las características diferenciales que son decisivas para delimitar los tipos penales, sino también destacarlas con el empleo de conceptos específicos generales. Sólo a través del juego combinado de generalización y diferenciación se crean las bases metódicas de la **formación de tipos** en Derecho Penal, a través de los cuales la función de garantía de la ley penal alcanza su importancia práctica.[5] La historia del Derecho Penal ha mostrado muchas veces los peligros que para la seguridad jurídica encierra el abuso de las cláusulas generales.

Ejemplos: Una "ley" de la República del Consejo de Trabajadores de Munich de 1919 decía: "Será castigada toda infracción de los principios revolucionarios. Queda al arbitrio judicial la clase de pena que proceda imponer" (cfr. ZStW 40 [1919], pág. 511). El § 2 del StGB en su redacción de 1935 consideraba como fundamento de la sanción penal al "sano sentimiento popular". El delito de infidelidad (§ 266) que sólo castigaba originariamente aquellos grupos de personas que tuvieran un mandato representativo, fue ampliado de un modo excesivo en 1933 con una cláusula general que permitía extenderlo a otros ámbitos económicos. El precepto no ha sido modificado por la EGStGB.

4. Los elementos **descriptivos** del tipo (por ej., "persona" en el § 212; "menor de 14 años" en el § 176 I; "matar" en el § 212) permiten una vinculación relativamente estricta del juez a la ley, porque el contenido lógico de esos elementos se deriva directamente de la intuición, de la experiencia o de otros criterios fácilmente constatables (cfr. *infra*, § 26, IV, 1). Los elementos **normativos** del tipo (por ej., "móviles bajos", § 211, II, "manifiesta temeridad y desconsideración", § 315c I, 2) ofrecen, por el contrario, una mayor libertad al juez, porque requieren una valoración para ser completados con un contenido capaz de ser aplicado (cfr. *infra*, § 26 IV, 2).[6] En este caso la vinculación del juez a la ley se basa en que el legislador no espera que el juez valore según su personal criterio, sino que refleje en sus sentencias las valoraciones morales existentes en la comunidad.[7] Sin em-

5 Sobre la formación de tipos en Derecho Penal, detalladamente *Engisch*, Die Idee der Konkretisierung, págs. 266 y ss.; sobre la regulación casuística y general *Noll*, JZ 1963, 300.

6 *Engisch*, Einführung, págs. 109 y ss.; *el mismo*, Mezger-Festschrift, página 136. Desde el punto de vista juridicoconstitucional no hay nada que objetar; cfr. BVerfGE 4, 352 (357 y ss.). Además, *Seel*, Unbestimmte und normative Tatbestandsmerkmale, pág. 133.

7 *Germann*, Kommentar Art. 1 N 142, remite para los casos de valoración judicial autónoma al art. 1 II del Código civil suizo que, en última instancia, faculta al juez para fallar "según la norma que establecería si fuera el legislador". En el mismo sentido, *Meyer-Hayoz*, Germann-Festschrift, pág. 155. Sin embargo, en el Derecho alemán un auténtico Derecho Judicial Penal sería contrario al artículo 103 II GG. *Lenckner*, JuS 1968, 255 destaca la necesidad en el Derecho Penal moderno de las cláusulas normativas. Sobre los criterios del Derecho judicial, cfr. también *H. P. Schneider*, Richterrecht, págs. 37 y ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núms. 86 y ss. Contra la politización de la justicia a través del Derecho judicial, acertadamente *Rupp*, NJW 1973, 1.770 y ss.

bargo, no existe una tajante separación entre estos dos grupos de elementos: el sentido de los elementos descriptivos vendrá determinado al mismo tiempo por la relación en que se encuentran, mientras que los elementos normativos también muestran un núcleo empírico.

Ejemplo: El motivo de una muerte puede ser considerado "bajo", cuando así se admite o de acuerdo con una valoración moral *general* (BGH 3, 132).

En la aplicación de los elementos normativos del tipo el legislador ha llegado, incluso en Derecho Penal, a introducir **conceptos jurídicos indeterminados** (por ej., "reprochabilidad" en el § 240, II; "contrario a las buenas costumbres", § 226a). En estos casos límites en los que de manera criticable se emplean criterios extrajurídicos vagos,[8] sólo puede salvaguardarse el requisito de la vinculación del juez a la ley, basando la valoración en conceptos valorativos *generalmente admitidos* (cfr. por ej. sobre la impunidad de los duelos a esgrima BGH 4, 24 [32]).

5. En la **extensión del marco penal** es donde más se debilita la vinculación del juez a la ley, aunque en la nueva redacción del StGB se han reducido los diversos tipos aplicables. La única pena absolutamente determinada que queda es la prisión perpetua en el asesinato y el genocidio (§§ 211 I, 220a I, núm. 1), que en otros delitos se combina con penas privativas de libertad temporales (por ej., §§ 80, 239a II, 251). Además se aplican diferentes marcos de penas privativas de libertad temporales (por ej., §§ 185, 187, 250, 316a). La multa siempre se impone de un modo alternativo, citándose en el respectivo precepto junto con la pena privativa de libertad (por ej., § 266 I). La multa cumulativa requiere el ánimo de lucro (§ 41). Sin embargo, el marco de la multa misma alcanza una extensión apenas compatible con un Estado de Derecho (según el § 40 II, 3 en relación con el § 40 I, 2 de 10 a 3.600.000 marcos, que pueden llegar en casos de concurso de delitos según el § 54 II, 2 hasta los 7.200.000 marcos). Para evitar marcos penales excesivamente inadecuados en las penas privativas de libertad se forman grados valorativos, añadiendo otros elementos típicos (por ej., § 244 en relación con el § 242) o creando casos especialmente cualificados (por ej., §§ 212 II, 263 II) o atenuados (por ej., §§ 177 II, 249 II). Los casos especialmente cualificados pueden ser ilustrados con ejemplos (por ej., §§ 176 III, 243). En este caso la vinculación del juez a la ley es menor que en los casos de auténticos elementos cualificadores del tipo; pero todavía es menor esa vinculación en los casos de agravantes y atenuantes innominadas.

8 Sobre criterios delimitadores para la admisión de elementos indeterminados en los tipos, *Lemmel*, Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen, páginas 180 y ss. El libre arbitrio judicial en la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados es negado, con razón, por *Frisch*, NJW 1973, 1.346 y ss.

Sobre la vinculación del juez a las reglas para la determinación de la pena cfr. *infra*, § 82 II.

II. Evolución histórica del principio de legalidad

1. Según algunos, el principio de legalidad se encuentra ya en la "Magna Charta Libertatum" del rey inglés Juan Sin Tierra en 1215, en cuyo art. 39 se dice que sólo son admisibles las sanciones frente a las personas libres "per legale judicium parium suorum vel per legem terrae". Sin embargo, es dudoso si en esta declaración se contiene una garantía judicial material[9] o más bien simplemente una de tipo procesal.[10] La CCC se refería en la rúbrica del art. 105 a los "casos penales y castigos innominados", admitiendo para ellos la aplicación analógica por los Tribunales de superior jerarquía de acuerdo con sus conocimientos jurídicos. En los siglos XVII y XVIII[11] los Tribunales juzgaban según su arbitrio equitativo libres de toda vinculación a deberes penales superiores bajo el influjo de la doctrina iusnaturalista y de las ideas reformistas, pero la inseguridad jurídica que este sistema engendraba condujo a la urgente petición de leyes escritas (cfr. *supra*, § 10 V).[12]

2. El **fundamento histórico del principio de legalidad** es la *teoría del contrato social de la Ilustración*. Tiene, por tanto, un origen político y no jurídico (cfr. *supra*, § 10 VI).[13] Sus raíces se enlazan con la idea de una razón vinculante para todas las personas que se expresa decididamente en la ley y que excluye la arbitrariedad del Estado como "perturbación" irracional; con el postulado de la existencia de derechos a la libertad, naturales e inquebrantables, para todas las personas; con la limitación de la misión del Estado a la protección jurídica y con el requisito de la seguridad y certeza jurídicas en favor de la cada vez más influyente burguesía (sobre el origen histórico del principio de legalidad cfr. edición anterior, pág. 104).

3. El *RStGB de 1871*, siguiendo con ello el ejemplo del StGB prusiano de 1851, tomó el principio de legalidad (§ 2 I) del Code pénal de 1810 (art. 4), pero sólo en la **Constitución de la república de Weimar** (WRV) se le concedió rango constitucional, aunque con una formulación distinta a la contenida en el § 2 I del StGB que produjo justificadas dudas sobre la extensión de la garantía constitucional.[14] El

9 Así *Schottlaender*, Geschichtliche Entwicklung, págs. 27 y ss.; *Hennings*, Entstehungsgeschichte, págs. 14 y ss.

10 Así *Bohne*, Lehmann-Festschrift, págs. 80 y ss.

11 Cfr. con más detalles *v. Weber*, ZStW 56 (1937), págs. 660 y ss.

12 Sobre ello, *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren, págs. 39 y ss.; *Elvers*, Nulla poena sine lege, pág. 14. Sobre el concepto de ley en la doctrina iusnaturalista y la separación entre delito y pecado, cfr. *Burian*, Naturrechtslehre, páginas 43 y ss., 83 y ss., y 113 y ss.

13 Cfr. *v. Hippel*, t. I, págs. 258 y ss.; *Waiblinger*, Juristenvereins-Festgabe, pág. 221; *Schöckel*, Rückwirkungsverbot, págs. 72 y ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I Nr. 64; *Schreiber*, Gesetz, págs. 33 y ss.

14 Según *Gerland*, art. 116, pág. 373, la prohibición de retroactividad no tendría rango constitucional en los casos de leyes *que agravaran* la pena. En el

Nacionalsocialismo derogó conscientemente el principio liberal "nullum crime sine lege", sustituyéndolo por la expresión autoritaria **"no hay delito sin pena"** (cfr. § 2 en la redacción dada por la ley de 28-6-1935).[15] Tras la Segunda Guerra Mundial las Potencias ocupantes restablecieron inmediatamente el principio de legalidad (MilRegG Nr. 1; KRProkl. Nr. 3; KRG Nr. 11 de 30-1-1946, Kontrollratsamtsblatt p. 55), lo que no impidió que en el Convenio de Londres de 8-8-1945 y en la misma KRG Nr. 10 de 20-12-1945 se promulgaran preceptos penales que, en parte, tenían efectos retroactivos (cfr. *supra*, § 14 II, 2).

4. La República Federal restableció el *principio de legalidad* en el art. 103 II GG con **rango de Derecho fundamental.**[15a] El principio de legalidad ha encontrado además **reconocimiento internacional** en tratados internacionales. Según el art. 7 I, 1 de la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4-11-1950 (BGBl. 1952 II, pág. 686), nadie puede ser condenado por una acción u omisión que, de acuerdo con el Derecho nacional o internacional, no fuera punible en el momento de su comisión; el art. 7 I, 2 prohíbe igualmente la agravación de la pena con efecto retroactivo.[16] La misma garantía se encuentra en el Convenio de Ginebra sobre tratamiento de los prisioneros de guerra de 12-8-1949 (BGBl. 1954 II, pág. 838) y lógicamente también en el artículo 65 del Convenio de Ginebra de 12-8-1949 para la protección del personal civil en tiempo de guerra (BGBl. 1954 II, pág. 917). La República Federal ha ratificado estos Tratados, adhiriéndose así a la vigencia internacional del principio de legalidad. Finalmente su aceptación en el art. 11 II de la Declaración General de los derechos humanos en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10-12-1948 y en el art. 15 I del Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos de 19-12-1966 (BGBl. 1973 II, pág. 1.534), significó una confirmación de su reconocimiento universal. El principio de legalidad se ha convertido también hoy en patrimonio científico común entre los penalistas.[17]

mismo sentido, *Frank*, § 2 Anm. 1 y, de hecho, también el RG 56, 318. En contra, con razón, *v. Liszt/Schmidt*, pág. 108, nota 3. El nacionalsocialismo se aprovechó de esta controversia, introduciendo con la "lex van der Lubbe" de 29-3-1933 (BGBl. I, 151) con efecto retroactivo la pena de muerte para el delito de incendio (incendio del Parlamento); cfr. la referencia a la "discusión científica" en *Pfundtner/Neubert*, Das deutsche Reichsrecht, II c 1, pág. 2. De todos modos, el Gobierno podía desviarse de la Constitución, de acuerdo con el art. 2 de la Ley de Delegación de 1933. Un informe realizado por *Oetker*, *Nagler* y *v. Weber* advirtió, en su momento, al Ministerio de Justicia sobre las consecuencias de la introducción del efecto retroactivo en la agravación de la pena; cfr. *Dreher*, ZStW 82 (1970), págs. 851 y ss. En *Pfundtner/Neubert*, Das deutsche Reichsrecht, II c 6, págs. 189 y 252, se encuentra una exposición resumida de las leyes penales con efecto retroactivo promulgadas por el Tercer Reich.

15 Sobre las circunstancias históricas e ideológicas *Frank*, Nachtrag, página 186; *Henkel*, Strafrichter und Gesetz, págs. 11 y ss. Ya anteriormente *Exner*, Gerechtigkeit und Richteramt, págs. 51 y ss., se había mostrado partidario de una atenuación de la prohibición de la analogía. En contra, con razón, *Heimberger*, Freiheit und Gebundenheit, pág. 18. El RG sólo hizo un parco uso de la prohibición de la analogía (cfr. por ej., RG 72, 146; 75, 61). La derogación del principio de legalidad, en Alemania, desencadenó inmediatamente una fuerte reacción internacional y cuando la ciudad libre de Danzig quiso seguir el ejemplo alemán, un informe del Tribunal Internacional Permanente declaró que el principio de legalidad era un elemento integrante indeclinable del Estado de Derecho. Las Asociaciones jurídicas internacionales se adhirieron a esta opinión; cfr. Association internationale de droit pénal, IV[e] Congrès international de droit pénal, 1939, 40 y ss., 93 y ss., y 441 y ss.; Voeux et résolutions du II[e] Congrès international de droit comparé, 1938. En favor de la completa derogación del principio de legalidad se pronunció *Dahm*, Deutsche Landesreferate, páginas 514 y ss. Una valoración de los pro y contra se encuentra en *Mittermaier*, SchwZStr 63 (1948), pág. 403.

15a Cfr. sobre la situación presente *Schreiber*, Gesetz, págs. 201 y ss. Sobre el significado político del principio de legalidad, *Mangakis*, ZStW 81 (1969) páginas 997 y ss.

16 El art. 7 II (la llamada "cláusula de Nuremberg") no fue ratificado por la República Federal Alemana en consideración al art. 103 II GG. El art. 7 exige ciertamente también que la *penalidad* del hecho esté determinada en el momento de su comisión, pero, al remitirse a los "principios jurídicos generales reconocidos por los pueblos civilizados", admite el *Derecho consuetudinario* como fuente jurídica fundamentadora de la pena.

17 Cfr. *Jiménez de Asúa*, ZStW 63 (1951), págs. 184 y ss.; además las indicaciones bibliográficas de *Schönke/Schröder/Eser*, § 1. Tras el regreso de la Unión Soviética al principio de legalidad con el art. 6 de los Principios de Derecho Penal y tras la adhesión a este principio de todos los Estados socialistas, quedan muy pocos países que no lo admitan. La única excepción importante es el § 1 del Código Penal danés en su versión de 1966, que *Hurwitz*, Kriminalret, páginas 139 y ss., interpreta restrictivamente y *Marcus*, Das Strafrecht Dänemarks, pág. 85, critica citando ejemplos extraídos de la praxis. Un criterio mucho más avanzado representa en esta cuestión *Röling*, Tijdschrift voor Strafrecht, 1938, 1. Sobre el Derecho escandinavo con jurisprudencia *Gomard*, ZStW 83 (1971), págs. 332 y ss.

III. La función de garantía de la ley penal en el Derecho vigente

Según el art. 103 I GG y el § 1 StGB, la penalidad debe estar determinada *legalmente* antes de que el hecho haya sido cometido. Estos preceptos se refieren también al concepto *material* de ley, pero el BVerfG ha limitado de un modo relevante la importancia práctica de las leyes delegadas en Derecho Penal (cfr. *supra*, § 13 II 2). En todo caso la imposición de una *pena privativa de libertad* sólo puede fundamentarse según el art. 104 I GG en una ley *formal*.

1. Del principio de legalidad se deriva, en primer lugar, la **exclusión del Derecho consuetudinario** en el sentido de que no pueden crearse nuevos delitos ni agravarse la pena de los ya existentes a través suya (nullum crimen sine lege *scripta*) (cfr. *supra*, § 12 IV, 2). De este modo, la reserva de ley se formaliza más tajantemente que en las demás ramas del Ordenamiento jurídico. El Derecho consuetudinario admitido en otros sectores del Ordenamiento jurídico puede tener, sin embargo, un efecto reflejo en el Derecho Penal, cuando éste se remite a él.

Ejemplos: El concepto de "animal de caza" empleado en el § 292 StGB se determinaba hasta la RJG de 1934 (§ 2) según el Derecho regional y, por tanto, consuetudinariamente (RG 46, 108 [111]).

Sin embargo, se admite en Derecho Penal el Derecho consuetudinario, cuando es favorable al reo, como sucede por ejemplo en la creación de algunas causas de justificación.[17a]

La razón de por qué se excluye el Derecho consuetudinario del Derecho Penal, fuera de los casos citados, descansa en el principio de que las normas penales sólo pueden ser promulgadas a través del órgano que representa la voluntad del pueblo y por un procedimiento legalmente establecido (fundamentación *democrática-representativa* del principio de legalidad).[18]

2. La segunda consecuencia del principio de legalidad afecta a la *interpretación del Derecho Penal.*

a) Según el art. 103 II GG y el § 1 StGB, está prohibida la **analogía** como medio de creación y ampliación de preceptos penales así como de agravación de las penas[19] y de las medidas ya existentes (BGH, 18, 136 [140]) (nullum crimen sine lege *stricta*). También en este punto se acentúa la importancia de la reserva de ley en Derecho Penal frente a otros sectores jurídicos. La razón interna de esta prohibición, al igual que la de la exclusión del Derecho consuetudinario, debe verse en que el enjuiciamiento de la punibilidad de una infracción corresponde sólo al legislador. A ello se añade, además, la consideración de que una sanción penal exclusivamente dirigida a un caso concreto estaría muy influenciada por las primeras emociones y por la indignación que la comisión de un delito despierta, mientras que la ley garantiza objetividad y distanciamiento[20] (fundamentación *politicocriminal* del principio de legalidad). Por prohibición de la analogía se entiende en el lenguaje científico la exclusión de una aplicación del Derecho que exceda del sentido deducido por la interpretación de una norma jurídica penal (cfr. *infra,* § 17 IV, 4). El término "prohibición de la analogía" no es del todo acertado,[21] pues la analogía es un procedimiento de uso habitual en la lógica jurídica que se emplea en el Derecho en general y en Derecho Penal en particular incluso, aunque no sea "in bonam partem". Pero nada hay que objetar contra el empleo de dicha expresión, si se es consciente de que al decir *prohibición* de la analogía se está pensando en la analogía utilizada con la *finalidad de crear Derecho.*[22]

17a Cfr. *Eser,* Strafrecht I Nr. 2 A 65 y ss.; sobre la fusión entre el Derecho judicial y el consuetudinario *Bringewat,* ZStW 84 (1972), págs. 592 y ss.

18 En este sentido, correctamente *Grünwald,* ZStW 76 (1964), págs. 13 y ss.

19 Actualmente ha sido abandonada la tesis, mantenida anteriormente alguna vez, de que la garantía constitucional no incluía la consecuencia penal; cfr. BGH 3, 259 (262); *Maunz/Dürig/Herzog,* art. 103, Anm. 108 con referencias; *Schönke/Schröder/Eser,* § 1 Anm. 8.

20 En este sentido, igualmente, *Grünwald,* ZStW 76 (1964), págs. 13 y ss.

21 Así, especialmente *Sax,* Analogieverbot, págs. 97 y ss.; *Waiblinger,* Juristenvereins-Festgabe, págs. 254 y ss.; *Germann,* Kommentar, Art. 1, N. 125; *Stratenwerth,* Allg. Teil I Nr. 89. Pero la analogía tampoco es siempre "interpretación", como *Sax,* Analogieverbot, págs. 130 y ss., parece admitir.

Ejemplos de analogía como procedimiento lógico legalmente admitido: el § 223a se refiere también a "otros instrumentos peligrosos", los §§ 315 I, número 4 y 315b I, núm. 3 se refieren también a "un ataque análogo, igualmente peligroso".[23]

b) Si de la interpretación del texto legal se deriva la existencia de una **laguna,** bien porque estaba en la propia ley desde su creación (lagunas primarias) o bien porque se ha producido un cambio de las circunstancias (lagunas secundarias), el juez penal debe absolver, dando paso al legislador, mientras que el juez civil configura en tales casos incluso la norma jurídica que va a aplicar.[24]

Ejemplos: El RG no castigaba como hurto la sustracción del fluido eléctrico, porque la energía no era una "cosa" susceptible de apropiación, tal como requiere el § 242 (RG 32, 165; de otra opinión el Tribunal de Casación francés, Sirey 1913, tomo I, pág. 337). Ello motivó la creación de una ley especial para castigar la sustracción de energía eléctrica de 9-4-1900 (RGBl. I, pág. 288) (hoy § 248c). Tampoco la utilización abusiva de cabinas telefónicas públicas con monedas machacadas al efecto podía castigarse como estafa (§ 263), ni como sustracción de energía eléctrica (conforme a la ley 9-4-1900), ni como falsificación de moneda (§ 146) (RG 68, 65); por lo que en 1935 se creó el § 265a que castiga el abuso de aparatos automáticos. La conversión de la prohibición de huida del lugar del accidente contenida en el § 142 en un simple deber de aviso (BGH 5, 129), fue corregida por el BGH (11, 117) por ser "contraria a la idea fundamental del § 2 StGB"; sin embargo, en la nueva reforma se ha introducido expresamente este deber de aviso en el § 142 III. El BGH 2, 317 (319) ha rechazado la extensión del § 246 a *todos* los casos de apoderamiento antijurídico por ser incompatible con el claro tenor literal. Pero en otros casos la jurisprudencia ha extendido tanto los límites de la interpretación lógica que prácticamente ha borrado la diferencia entre este tipo de interpretación y la analogía. Así, por ejemplo, se considera que en el término "coche de caballos" (§ 3 I, núm. 6 de la Ley de Prusia sobre hurto forestal) pueden incluirse también los casos de uso de vehículo automóvil (BGH 10, 375). Todavía más lejos va la afirmación de que existe ánimo de apropiación

22 Sobre ello, *H. Mayer,* SJZ 1947, 17; *Schönke/Schröder/Eser,* § 1 Anm. 33; *Krey,* Studien, pág. 214.

23 Sobre la analogía como medio de interpretación admisible detalladamente *Germann,* SchwZStr 61 (1946), págs. 137 y ss.; *Engisch,* Methoden, páginas 65 y ss. Sobre la diferencia entre analogía e interpretación además *Jiménez de Asúa,* t. II, págs. 479 y ss.; *Schmidhäuser,* Allg. Teil, pág. 111, demuestra hasta qué punto son fluidos los límites entre analogía e interpretación.

24 Cfr. *Larenz,* Methodenlehre, págs. 366 y ss. Sobre la búsqueda complementaria del Derecho *Germann,* Rechtsfindung, págs. 135 y ss.; sobre el concepto de laguna jurídica *Engisch,* Sauer-Festschrift, pág. 90; *el mismo,* Einführung, páginas 134 y ss.; *Baumann,* Allg. Teil, págs. 156 y ss.

cuando alguien toma de un establecimiento un libro para leerlo y devolverlo posteriormente lo antes posible (OLG Celle NJW 1967, 1921).[25]

c) La función de garantía de la ley penal se refiere, en lo que respecta a esta figura de la prohibición de la analogía, a todos aquellos elementos del precepto penal que determinan el *contenido de que el hecho es merecedor de pena* y a las *consecuencias jurídicas*, es decir, a los elementos del tipo de injusto y del tipo de culpabilidad, a las causas de anulación y de exclusión de la pena, a las condiciones objetivas de penalidad y a todas las sanciones (incluyendo las medidas y las consecuencias penales accesorias, BGH 18, 136 [140]); no se refiere, sin embargo, a los presupuestos procesales (por ej., querella penal).[26] Igualmente vinculan al juez los preceptos de la Parte General, siempre que contengan una regulación directamente referida al contenido de punibilidad de una norma, sin que pueda desviarse de ellas en perjuicio del reo.[27] Por el contrario, las teorías generales, en tanto constituyen realmente Derecho consuetudinario (cfr. *supra*, § 12 IV, 2), no tienen ninguna influencia en la función de garantía.

Ejemplos: Un menor de 13 años no puede ser considerado como joven por analogía con el § 105 JGG; no puede extenderse la penalidad de los delitos impropios de omisión (§ 13) a los casos en que el deber de actuar únicamente se fundamenta moralmente.

d) La analogía "in bonam partem" es, por el contrario, admisible, empleándose especialmente en las atenuantes, en las causas de anulación y de exclusión de la pena y en los casos de dispensa de pena.

Ejemplos: Aplicación de los preceptos relativos al desistimiento (§§ 31, 83a, 316a II) a los delitos impropios de emprendimiento (cfr. *infra*, § 51 V, 3); posibilidad de aplicar la institución de la dispensa de pena (por ej., § 175 II) también en la comisión del delito en estado de embriaguez (§ 330a); aplicación del § 17, 2 como causa supralegal de atenuación de la culpabilidad (LG Hamburg NJW 1976, 1756).

3. Desde una perspectiva positiva la función de garantía significa que debe exigirse el máximo de **determinación en la ley penal** (nullum

25 Críticamente sobre esta interpretación cada vez más extensiva *LK (Tröndle)*, § 2 Anm. 7; *Bindokat*, JZ 1969, 544 y ss. La sentencia en el caso Fanny-Hill, BGH 23, 40, así como la BGH 14, 116 (inaplicabilidad del § 142 a.r. al tráfico marítimo) son, por el contrario, ejemplos de recomendable interpretación restrictiva.

26 Cfr. *LK (Tröndle)*, § 2 Anm. 9 que dice que los preceptos procesales con carácter excepcional (por ej., § 232 I, BGH 7, 256) no pueden aplicarse por analogía; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 Anm. 44 recomienda actuar con reservas.

27 En este sentido, la opinión dominante, cfr. *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 Anm. 43; *Baumann*, Allg. Teil, págs. 158 y ss.; *Kratzsch*, GA 1971, 68 y ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 137. De otra opinión, *LK (Tröndle)*, § 2 Anm. 10.

crimen sine lege *certa*).[28] Los tipos penales deben estar redactados del modo más preciso posible, evitando emplear conceptos indeterminados, imponiendo consecuencias jurídicas inequívocas y conteniendo únicamente marcos penales de extensión limitada. La razón de esta exigencia de determinación o certeza se encuentra en que la reserva de ley sólo puede desarrollar toda su eficacia, cuando la voluntad del órgano representante del pueblo se expresa tan claramente que excluye una decisión subjetiva y arbitraria del juez. Las sentencias penales deben ser verificadas en la ley. También en este punto son en Derecho Penal más estrictas las exigencias de un Estado de Derecho que en las demás ramas del Ordenamiento jurídico (cfr., por ej., la importancia fundamental del § 242). La exigencia de determinación es aún más importante que la prohibición de la analogía: "el verdadero peligro que amenaza al principio *nulla poena sine lege* no es la analogía, sino las leyes penales indeterminadas".[29]

Ejemplos: Todavía contiene un alto grado de indeterminación el § 240 II con su cláusula de la reprochabilidad.[30] El desorden grave (anteriormente § 360, núm. 11) fue redactado de un modo más preciso por el § 118 OWiG. Respecto a los delitos impropios de omisión (§ 13) cfr. *infra*, § 58 IV 4.

IV. Irretroactividad de las leyes penales

1. **La prohibición de retroactividad,** que también respecto a la pena y a sus consecuencias accesorias se deriva inequívocamente del texto del art. 103 II GG en relación con el § 2 I, V StGB, es la cuarta y última consecuencia del principio de legalidad (nullum crimen sine lege praevia). También en este aspecto tiene mayor importancia en Derecho Penal el principio del Estado de Derecho que en otras ramas del Ordenamiento jurídico, pues el art. 103 II GG sólo se refiere a las leyes penales. No existe una prohibición general de leyes con eficacia retroactiva por muy gravosa que ésta sea.[31] La irretroacti-

28 Cfr. *Baumann*, Allg. Teil, págs. 115 y ss.; *Dubs*, Schweiz. Juristentag 1974, págs. 223 y ss.; *Lange*, Rechtsstaat, pág. 72; *H. Mayer*, Materialien, t. I, página 273; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 9; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen, páginas 172 y ss.; *Geerds*, Engisch-Festschrift, págs. 409 y ss., 421 y ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 Anm. 27 y ss.; *Nowakowski*, ÖJZ 1965, 283 exige acertadamente una "constatación comprobable" de los elementos. Sobre la historia cfr. *Kohlmann*, Staatsgeheimnis, págs. 178 y ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 115, no considera que el mandato de determinación sea un efecto autónomo del artículo 103 II GG. En favor de ello, sin embargo, claramente BVerfGE 25, 269 (285); aunque el BVerfGE 4, 352 (358) y 14, 245 (253) no exijan demasiado. Sobre Inglaterra y USA cfr. *J. Hall*, General Principles, pág. 45; además *Clark/Marshall*, Crimes, págs. 33 y ss. sobre "unconstitutionally vague statutes".

29 *Welzel*, Lehrbuch, pág. 23. Deste este punto de vista formula objeciones contra la técnica de los ejemplos regulares *Maiwald*, Gallas-Festschrift, páginas 151 y ss.

30 *H. Mayer*, Grundriss, pág. 35 considera, por eso, que el precepto es anticonstitucional.

31 Cfr. *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 103 Anm. 109.

vidad de las leyes penales significa que una acción que era impune en el momento de su comisión, no puede ser considerada posteriormente punible y que igualmente está prohibida una agravación de la pena ya existente que opere del mismo modo. La prohibición de retroactividad se extiende además a otras agravaciones ulteriores de la situación jurídica del reo (cfr. *infra*, § 15 IV, 4). La razón de la prohibición de retroactividad, a diferencia de la de los otros efectos del principio de legalidad no es la de garantizar la primacía de la representación popular, pues la prohibición de retroactividad más bien limita la libertad decisoria del legislador. Tampoco puede siempre fundamentarse en el principio de culpabilidad,[32] pues la referencia del reproche de culpabilidad no es la ley, sino el contenido material de la ilicitud del hecho que también puede existir aunque el hecho no esté conminado con una pena. Lo decisivo para esta prohibición es más bien la idea de *seguridad jurídica*. La ley penal no se entiende ya como la "Magna Charta del delincuente" *(v. Liszt)* que asegura la impunidad del delincuente que sabe escaparse entre las mallas de la ley. Pero uno de los principios rectores del Estado de Derecho es el de que las normas que regulan de forma concluyente un supuesto de hecho, no puedan modificarse posteriormente en perjuicio de la situación jurídica del ciudadano (BVerfGE 13, 261 [271]; 18, 429 [439]). Más importante todavía que esta consideración general es la razón específicamente penal de que no pueden promulgarse *leyes ad hoc* que fácilmente pueden estar influenciadas por la conmoción que produce la comisión de un delito concreto y que la mayoría de las veces, analizadas con el distanciamiento temporal suficiente, se muestran como excesivamente duras.[33] A esto debe añadirse la idea de que el delincuente sólo puede motivarse por el mandato normativo cuando éste está configurado como ley en el momento de la comisión del hecho.

2. En relación con la prohibición de retroactividad debe tratarse como cuestión previa la validez temporal de la ley y el tiempo de comisión del hecho punible.

a) La *entrada en vigor* y la *derogación* de las leyes penales se rigen por las reglas generales. La entrada en vigor se rige por lo dispuesto en el artículo 82 II GG. Las leyes penales se derogan por otras posteriores que las anulan expresamente o que regulan la misma materia de otro modo *("lex posterior derogat legi priori")*. Una ley penal puede ser derogada además por Derecho consuetudinario contrario *("desuetudo")*, porque ella misma se imponga un límite de vigencia temporal (por ej., § 105 WiStG

32 En el principio de culpabilidad se apoyan *Sax*, en: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, t. III/2, pág. 999; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 163.

33 En este sentido, *Grünwald*, ZStW 76 (1964), pág. 17 que acertadamente cita la actual clasificación de los dos tipos del secuestro con amenazas (§ 239a) y del asalto a conductores de vehículos de motor (§ 316a) que en relación con determinados casos concretos fueron introducidos en 1936 y 1938 respectivamente, imponiendo la pena de muerte con absoluto efecto retroactivo.

1949), o, finalmente, porque quede sin objeto (por ej., las normas relativas a las injurias al Rey tras la implantación de la República).

b) El **tiempo de comisión** del hecho punible se determina por el momento en que se realiza la acción, es decir, por el momento en que se manifiesta la voluntad, y no por el momento en que se produce el resultado (BGH 11, 119 [121]). En los delitos de omisión, el tiempo de comisión se determina por el momento en que el autor debería haber actuado (§ 8). Esto vale también para los casos de participación en un hecho punible ajeno y para la autoría mediata en la que el momento decisivo es cuando se actúa sobre el instrumento. En la coautoría el hecho comienza con la primera aportación en el marco de la decisión común.

Ejemplo: Una injuria vertida en un documento oficial se considera cometida en el momento de su protocolización y no en el momento en el que llega a conocimiento de un tercero (RG 57, 193 [195]).

En los casos de *delito continuado* (cfr. *infra*, § 66 V), puesto que jurídicamente el delito continuado se considera como *una* sola acción, tan decisivo es el momento de comisión del primer acto parcial como el del último (RG 56, 54 [56]). Pero cuando una conducta se convierte en punible por una modificación legislativa, sólo pueden considerarse como delito continuado los actos parciales cometidos *tras* la entrada en vigor de la nueva ley, ya que antes no puede hablarse de "hecho punible" (RG 62, 1 [3]). En los casos de delitos permanentes (cfr. *infra*, § 66 II, 3) hay que tener en cuenta si el estado antijurídico creado por el delincuente se prolonga después de haber entrado en vigor la nueva ley (en este sentido expresamente ahora el § 2 II StGB). El momento de comisión en el delito continuado y en el permanente es, por consiguiente, todo el espacio de tiempo que va hasta la *terminación* del hecho (cfr. al respecto *infra*, § 49 III, 3).

3. La prohibición de retroactividad, al igual que la prohibición de analogía, se refiere a todos los elementos que afectan al **contenido de que el hecho es merecedor de pena**, incluyendo también las condiciones objetivas de penalidad así como la **pena** con sus **consecuencias accesorias** (§ 2, I, V).[34] Igualmente afecta la prohibición de re-

34 Actualmente es opinión general que el art. 103 II GG se refiere también a las consecuencias penales; cfr. *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 Anm. 8; BGH 3, 259 (262). La prohibición de retroactividad sólo rige para la modificación de las leyes, no de la jurisprudencia (BGH VRS 32, 229; OLG Karlsruhe NJW 1967, 2.167). En el mismo sentido del texto, *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 22; *Lemmel*, Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen, págs. 168 y ss.; *LK (Tröndle)*, § 2 Anm. 53; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 110; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 9; *Tröndle*, Dreher-Festschrift, pág. 136. De otra opinión, *Baumann*, Allg. Teil, página 122; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 165; *Naucke*, NJW 1968, 2.311 y ss.; *Grunsky*, Grenzen der Rückwirkung, pág. 19 (para las sentencias de los Tribunales de Casación y Constitucional); *Strassburg*, ZStW 82 (1970), págs. 964 y ss. (para las sentencias que en la práctica tienen la importancia de una modificación

troactividad a cualquier modificación de la situación jurídica de la Parte General que se haga "in malam partem". La única excepción está constituida, según el § 2 VI, por las medidas que se rigen por la ley que esté vigente en el momento de la sentencia, a no ser que la propia ley disponga otra cosa (cfr. al respecto BT-Drucksache V 4095, página 4). Esto es así, porque según la concepción del legislador lo que es útil debe entrar en vigor inmediatamente, y así, por ej., pudo imponerse la privación del permiso de conducir introducida en 1952 a hechos cometidos antes de esa fecha (BGH 5, 168 [173 y ss.]; en el mismo sentido BGH 24, 103 [105] respecto a la vigilancia policial). Pero otra cosa dicen los arts. 301, 303 y 305 EGStGB respecto al internamiento en establecimientos de terapia social (§ 65), a la vigilancia de conducta (§ 68) y a la inhabilitación profesional (§ 70).[35]

4. En el actual Derecho, la prohibición de retroactividad no rige para los **preceptos procesales** y, por tanto, tampoco es aplicable a los presupuestos del proceso, así por ej. un delito perseguible a instancia de parte puede convertirse con efecto retroactivo en un delito perseguible de oficio (RG 77, 106 [107]). Contra esta idea se formulan, sin embargo, algunas objeciones, pues en los delitos perseguibles a instancia de parte el legislador atiende a la propia reclamación penal de la víctima; por eso mismo no debería convertirse un delito perseguible a instancia de parte con efecto retroactivo en un delito perseguible de oficio, cuando ha caducado ya el plazo para presentar la correspondiente querella. Especialmente importante es la cuestión de si es admisible la prolongación del plazo de prescripción (§ 67) o la declaración con efecto retroactivo de la imprescriptibilidad de un hecho.[36]

legal); *Gross*, Rückwirkungsverbot, págs. 125 y ss.; *el mismo*, GA 1971, 18 y ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 2 Anm. 9a (para la jurisprudencia formalmente determinada); *Müller-Dietz*, Maurach-Festschrift, pág. 47 (constante jurisprudencia de los Tribunales superiores); *Kohlmann*, Staatsgeheimnis (introducción de la "cláusula desde ahora"); *Schreiber*, JZ 1973, 717 ("desviación de una jurisprudencia de los Tribunales superiores no contradictoria"). Al rechazar la prohibición de retroactividad para la Jurisprudencia, la confianza del ciudadano sigue estando protegida por los preceptos sobre el error de prohibición (§ 17) (cfr. *Arndt*, Probleme, págs. 40 y ss.).

35 Para ello se alega, por una parte, el efecto casi penal de estas intervenciones (en este sentido, *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 169), por otra, la finalidad de estas medidas que no son primariamente terapéuticas (así *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 97). No puede admitirse que, como afirma *Diefenbach*, Verfassungsrechtliche Problematik, págs. 113 y ss.; el § 2 IV a.r. infringiera el artículo 103 II GG; cfr. BGH 24, 103 (106); *LK (Tröndle)*, § 2 Anm. 74. Sin embargo, es preferible una declaración como la contenida en el § 1 del StGB austríaco que extiende de un modo general la prohibición de retroactividad a las medidas (cfr. al respecto, *Leukauf/Steininger*, § 1, págs. 33 y ss.); cfr. *SK (Schreiber)*, § 2 Anm. 13.

36 La jurisprudencia no aplica la prohibición de retroactividad a los plazos de prescripción, cfr. BVerfGE 25, 295; RG 76, 159 (161); BGH 2, 300 (306); BGH 4, 379 (384). Pero de acuerdo con el § 2 III si tiene eficacia retroactiva un acortamiento de los plazos de prescripción (BGH 21, 367 [370]).

Sobre la polémica en torno a la modificación con carácter retroactivo del § 67 a.r. (actualmente el § 78 III) por la 9.ª StrÄG de 4-8-1969 (BGBl. I, página 1.065) y sobre la Convención de la ONU de 26-11-1968 sobre la no aplicación de los preceptos relativos a la prescripción a los crímenes de guerra y contra la humanidad, cfr. la anterior edición, págs. 110 y s.

5. La prohibición de retroactividad es una norma *protectora* del reo. Por eso, cuando en el momento del enjuiciamiento del hecho rige una **ley más favorable** que la que regía en el momento de su comisión, debe aplicarse la ley más favorable, beneficiando al reo este cambio de concepción jurídica (§ 2, III).[37] Con mayor razón rige el principio de la retroactividad de la ley penal favorable, cuando el hecho deja de ser punible (¡entonces sólo cabe la absolución!).[38] La cuestión de cuál de las dos leyes es más favorable debe resolverse, conforme a la consideración *concreta*, aplicando la ley que en el caso concreto imponga la sanción menos grave (BGH 20, 74 [75]).

Ejemplos: El § 361, núm. 6c (prostitución ilícita) ha sido derogado por la 4.ª StrÄG y en parte convertido en una infracción administrativa (§ 120 OWiG) y en parte en un precepto penal más grave (§ 184a, en caso de "reiteradas" infracciones a la prohibición del ejercicio ilícito de la prostitución). Pues bien, el § 361, núm. 6c caso de que rigiera en el momento de la comisión del hecho, sólo sigue siendo aplicable, si el ejercicio ilícito de la prostitución es "reiterado", de lo contrario es aplicable el § 120 OWiG (OLG Hamm MDR 1974, 572). La modificación de las circunstancias cualificadora del robo con fuerza en las personas (§ 250) no significa según el BGH 26, 167 (172 ss.), una atenuación, porque el "tipo de injusto sigue siendo el mismo" (cfr. también BayObLG JZ 1976, 249). Sin embargo, la supresión del supuesto que hacía referencia al atraco en vía pública como circunstancia cualificadora (§ 250 I, núm. 2 a.r.) y la introducción de una nueva cualificación consistente en el uso de "instrumentos similares a un arma" (§ 250 I, núm. 2) han modificado de un modo esencial la anterior situación (cfr. también BGH JZ 1975, 702).[39] Respecto a la reforma que en parte atenúa y en parte agravan la redacción anterior del § 142 en relación con el § 2 III cfr. BayObLG JZ 1976, 249.

37 Actualmente no se exige ya para la retroactividad de la ley más favorable que ésta tenga una concepción jurídica "purificada", como presuponían anteriormente RG 13, 249; 58, 44 (BGH 6, 30 [33]; 20, 177 [181 y ss.]). *Tiedemann*, Peters-Festschrift, págs. 194 y ss., fundamenta la retroactividad de un modo distinto, aunque acertadamente hace notar, págs. 202 y ss., que el Derecho más favorable sólo es aplicable con efecto retroactivo, cuando el nuevo tipo delictivo tiene el mismo bien jurídico y la misma forma de ataque que el que regía en el momento de comisión del hecho.

38 Una ley es también más favorable cuando sustituye un precepto penal por una multa administrativa (BGH 12, 148 [153]; OLG Karlsruhe MDR 1974, 858). En las leyes penales en blanco la situación más favorable se puede dar por una modificación de la norma que hay que completar (BGH 20, 177 (181), en contra BGH 7, 294; cfr. también BayObLG JZ 1974, 392).

39 En el mismo sentido, *Tiedemann*, JZ 1975, 692 y ss.; *Mazurek*, JZ 1976, 234 y ss.; *Mohrbutter*, ZStW 88 (1976), págs. 945 y ss.

Como se desprende claramente del texto del § 2 III, también es aplicable la ley más favorable que haya estado vigente entre el momento de comisión del hecho y el momento de su enjuiciamiento (ley intermedia).[40] La derogación con efecto retroactivo de ley intermedia más favorable infringe igualmente la prohibición de retroactividad.

Ejemplo: La ley sobre el cómputo de los plazos de prescripción penal de 13-4-1965 (BGBl. I, pág. 315) era incompatible con el art. 103 II GG, pues la norma que decía que la prescripción de los delitos conminados con cadena perpetua había estado suspendida hasta el 31-12-1949, modificaba en perjuicio del reo el § 5 I de la ley de 30-5-1956 (BGBl. I, pág. 437) que entretanto se había promulgado, según la cual los plazos de prescripción debían expirar sin tener en cuenta la suspensión que suponían las medidas de las potencias ocupantes.[41] El BVerfGE 25, 269 (286 ss.) no ha puesto, sin embargo, ningún reparo a esta ley sobre el cómputo de los plazos, basándose en que el art. 103 II GG. no es aplicable en materia de prescripción.

6. Una excepción al principio de la aplicación retroactiva de la ley más favorable se da cuando la ley anterior es una **ley temporal**. Una ley de este tipo es aplicable a los hechos punibles cometidos bajo su vigencia, aunque haya dejado de estar en vigor (§ 2 IV), pues la derogación de una ley temporal sólo viene condicionada por la desaparición del motivo que le dio origen y no por un cambio en la concepción jurídica. De lo contrario la ley temporal perdería autoridad a medida de que se fuera acercando el fin de su vigencia. Las leyes temporales son leyes que rigen por un período determinado o que materialmente pretenden regular especiales circunstancias temporales con una normativa que desde el primer momento se piensa como transitoria, o, en las que realmente en casos normales no sería necesaria una pena (BGH 18, 12 [14]; OLG Karlsruhe NJW 1968, 1581).[42] La limitación prevista en la 2.ª StrRG para las leyes temporales formales (es decir, las limitadas a plazo) ha sido abandonada de nuevo por la EGStGB (cfr. BT-Drucksache VII/550, pág. 206).[43]

Ejemplos: La VO de 27-8-1939 (RGBl. I, pág. 1.498) fue una ley temporal, porque sólo pretendía regular la transición de la economía en tiempo de paz a la economía de guerra (RG 74, 301). Los preceptos relativos a los precios máximos en épocas de carestía son también leyes temporales (BGH NJW 1952, 72); no así, por el contrario, los relativos a los límites de velocidad, porque éstos no se convierten en superfluos por sí mismos (BGH 6, 30 [39]). Una ley temporal puede convertirse en una ley permanente, "si las circunstancias especiales se mantienen durante mucho tiempo".[44]

40 Cfr. *Schönke/Schröder/Eser*, § 2 Anm. 19.
41 En el mismo sentido, *Grünwald*, MDR 1965, 522 y ss. Cfr. también *Willms*, JZ 1969, 60.
42 Sobre ellas, críticamente, *Stratenwerth*, Allg. Teil I Nr. 71.
43 Sobre ello, críticamente, *Tiedemann*, Peters-Festschrift, págs. 198 y ss.
44 *H. Mayer*, Lehrbuch, pág. 99, nota 15. Otros ejemplos de leyes temporales en *Schönke/Schröder/Eser*, § 2 Anm. 36.

7. Según el § 2 V, los preceptos relativos a la devolución de los **provechos ilícitos obtenidos con el delito** (§§ 37 y ss.), **comiso** (§§ 74 y ss.) e **inutilización de impresos** (§ 74d) en atención a su parcial carácter penal están también sometidos a la prohibición de retroactividad.

* * *

El art. 25, 1 de la Constitución recoge el principio de legalidad de los delitos y las penas, junto con el principio de legalidad de la infracción y la sanción administrativa. El Código Penal también recoge este principio en su cuádruple dimensión criminal (art. 1), penal (art. 23), jurisdiccional (artículo 80) y de ejecución (art. 81). Lo mismo hace el Proyecto de Código Penal en sus arts. 1 y 2 respecto a los delitos y las penas y en el artículo 130 respecto a los estados de peligrosidad y medidas posdelictuales.

I. Importancia de la técnica legislativa para la función de garantía de la ley penal

La eficacia del principio de legalidad viene condicionada en la práctica por la técnica legislativa empleada en la descripción de las conductas prohibidas y en la determinación de las penas. El Código Penal vigente deja en este sentido mucho que desear, a pesar de las reformas llevadas a cabo en los últimos años, que a veces han agravado incluso la situación en este sentido. Así, por ej., tras la reforma de 16 de julio 1976 se consideran en el art. 172 del Código Penal que son asociaciones ilícitas, entre otras: "5.ª Las que, sometidas a una disciplina internacional, se propongan implantar un sistema totalitario". Todavía hasta la Ley Orgánica de 21 mayo 1980 se consideraban asociaciones y manifestaciones ilícitas a "las que por su objeto o circunstancias eran contrarias a la moral pública" (arts. 166, 1.º, 172, 1.º). Y el escándalo público todavía se sigue tipificando en el art. 431 como "el que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia". "Disciplina internacional", "régimen totalitario", "moral pública", "pudor o buenas costumbres" son ciertamente conceptos que en nada ayudan a una correcta y segura delimitación de la materia de prohibición y, con ello, a una descripción del comportamiento delictivo.

Otro tanto ocurre, aunque por distintas razones, con aquellos preceptos que describen el comportamiento delictivo con gran confusionismo, producto de un enorme casuismo que es incapaz, a pesar de todo, de describir exhaustivamente la materia de prohibición y tiene que recurrir, finalmente, a cláusulas analógicas. Así, por ej., sucede con las modalidades de la acción en la falsedad documental (art. 302) o con los distintos tipos de estafa (cfr. arts. 528 a 533). También se dan en el Código Penal casos de extensos marcos penales que permiten al juez un arbitrio excesivo en la determinación de la pena incompatible con el principio de división de poderes que sirve de base al principio de legalidad. Así, por ej., en el art. 344 en relación con el tráfico de drogas se concede al juez un margen para determinar la pena a imponer que va desde los seis meses a los veinte años de privación de libertad. A las mismas conclusiones se puede llegar si aplica la regla 6.ª del art. 61

que prevé para los casos de reincidencia la imposición de la pena superior en grado, en la extensión que los Tribunales estimen conveniente.

La situación actual se agrava aún más con la presencia de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social que prevé la imposición de medidas a sujetos declarados peligrosos sociales por simples estados o situaciones personales, sin exigencia de previa comisión de un delito ni referencia a la probable comisión de delitos en el futuro.

En el Proyecto de Código Penal la situación mejora notablemente, aunque se mantenga todavía conceptos como los de "escándalo" (arts. 208, 209), "corrupción" (arts. 211, 215) o "moralidad" (art. 300, 2.°), y se añadan otros nuevos como "móviles abyectos o futiles" (art. 28, 1.° y 156, 2.°), "socialmente reprobables" (art. 177) o "acusada brutalidad" (art. 167, 1.°) que no ayudan mucho a la concreción de la conducta delictiva. Mayor precisión hay en relación con la determinación de la pena, pues aunque se concede a los Tribunales un amplio arbitrio, ello ocurre la mayoría de las veces para rebajar o atenuar la pena, nunca para agravarla (cfr. arts. 78, 99, 100, 326, 4.°, 556). No sucede lo mismo, sin embargo, en relación con las medidas, pues se prevén algunas de gran indeterminación como el internamiento en centros psiquátricos o pedagógico especial "durante el tiempo indispensable", sin límite temporal alguno (art. 135, 1.° y 3.°) o de gran extensión como "el internamiento en centro de rehabilitación social para jóvenes delincuentes por tiempo que no podrá exceder de diez años" o "el internamiento en centro de rehabilitación social para delincuentes habituales o profesionales por tiempo que no podrá exceder de diez años para los primeros y de quince para los segundos" (art. 133, 4.° y 5.°), e incluso se prevé que dicho internamiento sea también aplicable a los menores de quince años "cuando su peligrosidad o rebeldía (sic) *los haga incompatibles con el tratamiento asignado a los mismos" (art. 149).*

II. Evolución histórica del principio de legalidad

Aunque se han querido ver precedentes de este principio en algunas disposiciones medievales, similares a la Carta Magna Inglesa de Juan Sin Tierra, el origen de este principio, siquiera a nivel teórico, se encuentra, en España como en cualquier otro país, en aquel momento histórico en el que el pueblo pasa de ser instrumento y sujeto pasivo del poder absoluto a controlar y participar en ese poder. La idea del principio de legalidad va, por tanto, unida, como destaca la más reciente doctrina española,[1] *a la idea del Estado de Derecho y sobre todo a la idea del Estado social y democrático de Derecho, como se define el Estado español en la Constitución de 1978 (artículo 1).*

En España todos los Códigos penales que han estado vigentes han recogido expresamente el principio de legalidad de los delitos y las penas. Sólo el Anteproyecto de Código Penal de 1938 de FET y de las JONS, siguiendo los precedentes nazis, admitía expresamente la analogía en la definición de los delitos y las penas.[2]

[1] Cfr. *Rodríguez Mourullo,* Principio de legalidad, en Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo XIV, Barcelona, 1971, pp. 882 y ss.; *Muñoz Conde,* Introducción al Derecho Penal, Barcelona, 1975, p. 82; *Quintero Olivares,* Represión penal y Estado de Derecho, Barcelona, 1976, p. 52; *Mir Puig,* Introducción a las bases del Derecho Penal, Barcelona, 1977, pp. 142 y ss.

III. La función de garantía de la ley penal en el Derecho vigente

Por las razones ya dichas (cfr. nota al § 13), en el actual Ordenamiento jurídico constitucional español, la única fuente creadora de los delitos y las penas es la ley orgánica (art. 81, 1 de la Constitución). Este monopolio de la Ley como fuente del Derecho Penal cesa, sin embargo, cuando se trata de atenuar o de eximir la responsabilidad penal. En este caso pueden también ser fuentes del Derecho Penal la costumbre e incluso la analogía (analogía favorable al reo o analogía in bonan partem). Sin embargo, respecto a esta última, la doctrina española está dividida. Para Antón Oneca, Rodríguez Muñoz, Rodríguez Devesa, Rodríguez Mourullo, Cerezo *y* Muñoz Conde,[3] *este tipo de analogía es admisible y perfectamente compatible con el principio de legalidad, pues, en este caso, la función protectora de derechos, que dicho principio tiene, carece de sentido: el individuo no va a ser inquietado por el poder punitivo o la va a ser de un modo menos grave que el previsto en la ley.*[4] *De otra opinión son* Quintano Ripollés *y* Córdoba Roda[5] *Para el autor últimamente citado, el art. 2 del vigente Código Penal se opone a todo tipo de analogía, favorable y contraria al reo, porque dicho artículo obliga al Tribunal a la "rigurosa aplicación" del texto legal, aunque resultare penada una acción u omisión que, a juicio del Tribunal, no debiera serlo o la pena fuere notablemente excesiva. A pesar de ello, el art. 2 no puede ser un obstáculo insalvable para impedir, bien de un modo general, bien en el caso concreto, que el Tribunal pueda hacer uso de la analogía favorable al reo, ya que en otros preceptos del mismo Código se admiten expresamente las atenuantes por analogía (art. 9, 9.ª) y se considera que el catálogo de eximentes contenidas en el art. 8 no es un catálogo cerrado, pudiéndose apreciar otras causas de exención de la responsabilidad penal distintas a las previstas legalmente, bien por la vía de la interpretación de la palabra "voluntarias" del art. 1, bien por la aplicación de principios reguladores e informadores del Ordenamiento jurídico-penal vigente (principio de intervención mínima, de no exigibilidad de otro comportamiento, etcétera).*

El art. 4 del Proyecto de Código Penal dice que "las leyes penales no se aplicarán a supuestos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

[2] Cfr. art. 1, 1 de dicho Anteproyecto y el Estudio Preliminar de *Casabó Ruiz* que acompaña a la edición realizada por dicho autor, Murcia, 1978.

[3] *Antón Oneca,* Derecho Penal, Parte General, 1949, p. 102; *Rodríguez Devesa,* Derecho Penal español, Parte General, 7.ª ed., Madrid, 1979, pp. 243 y ss.; *Rodríguez Muñoz,* Notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal de *E. Mezger,* tomo I, Madrid, 1955, pp. 145 y ss.; *Rodríguez Mourullo,* Derecho Penal, Parte General, vol. I, Madrid, 1977, pp. 113 y ss.; *Cerezo Mir,* Curso de Derecho Penal español, I, Introducción, Madrid, 1976, p. 168; *Muñoz Conde,* Introducción al Derecho Penal, cit., pp. 92 y 152.

[4] *Muñoz Conde,* lug. u cit.

[5] *Quintano Ripollés,* Curso de Derecho Penal, tomo I, Madrid, 1963, p. 198; *Córdoba Roda,* en *Córdoba Roda-Rodríguez Mourullo,* Comentarios al Código Penal, Barcelona, 1972, tomo I, p. 59.

No obstante, podrán aplicarse analógicamente los preceptos que favorezcan al reo".

IV. Irretroactividad de las leyes penales

La irretroactividad de las leyes penales es una consecuencia del principio de legalidad y se encuentra sancionada expresamente en el art. 9, 3 de la Constitución, que consagra "la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos". De acuerdo con este principio, los hechos serán juzgados conforme a la ley vigente en el momento de su ejecución (art. 28, 1 de la Constitución; 2, 3 del Código Civil y 23 del Código Penal).

Respecto a la determinación del momento de comisión del delito, aunque el Código Penal no dice nada, la doctrina dominante en España se inclina por la teoría de la valoración jurídica, según la cual lo decisivo es el fin perseguido en cada uno de las materias donde el problema se plantea.[6] *Así, por ej., respecto a la imputabilidad decide el momento de realización de la acción, respecto a la prescripción el momento de producción del resultado, etcétera. En todo caso, parece fuera de duda que para valorar los elementos que fundamentan la punibilidad de una acción es decisivo la situación legal en el momento de su ejecución; no, en cambio, en lo que se refiere a los preceptos de carácter procesal, como la prescripción. En este sentido debe entenderse el art. 7 del Proyecto de Código Penal: "A efectos de determinar la ley penal aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar".*

El principio de irretroactividad quiebra cuando la ley penal posterior es más favorable al reo que la ley anterior que regía en el momento de la comisión del hecho. En este sentido, el art. 24 del Código Penal dispone que "las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, aunque al publicarse aquéllas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo condena" (lo mismo dice el artículo 6 del Proyecto). Estas disposición plantea el problema de que debe entenderse por ley más favorable, cuando las penas a imponer son de distinta naturaleza. La doctrina española sigue en este punto la tesis, recogida también en algunas disposiciones legales, de que, en caso de duda, debe conocerse la opinión del reo. Ello no exime, a mi juicio, al Tribunal de la obligación de comparar las distintas penas de acuerdo con una consideración concreta. La opinión del reo deberá ser tenida en cuenta como un dato más en esta consideración concreta, pero no es en absoluto vinculante para el Tribunal.

La disposición transitoria tercera del Proyecto de Código Penal establece que "para la determinación de cuál sea la ley más favorable, se tendrá en cuenta, no sólo la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación completa de las normas de uno u otro Código, sino también los beneficios penitenciarios y de sustitución de penas que, en cada caso, pudieran corresponder al reo".

[6] Cfr. *Rodríguez Devesa,* Parte General, cit., pág. 383; *Rodríguez Mourullo,* ob. cit., p. 125; *Casabó Ruiz,* en *Córdoza Roda-Rodríguez Mourullo-Del Toro Marzal-Casabó Ruiz,* Comentario al Código Penal, cit., tomo II, pp. 39 y ss.

La retroactividad de la ley más favorable rige también para las medidas de seguridad (cfr. disposición adicional segunda de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social y art. 134 del Proyecto de Código Penal).

Respecto a las leyes temporales, la doctrina dominante en España considera que, dada la amplitud del art. 24 del Código Penal, las leyes temporales quedan derogadas por las leyes posteriores más favorables.[7] Rodríguez Devesa *es partidario de aplicar el art. 24 cuando se trate de una auténtica sucesión de leyes.*[8] *Pero precisamente entre la ley temporal y la ordinaria falta, por definición, la característica fundamental de la normal sucesión de leyes: el requisito de identidad de materia, pues evidentemente la situación que se regula en la ley temporal no es la misma que la que se regula en la ley ordinaria.* Rodríguez Mourullo, *invocando una interpretación teleológica del citado art. 24, considera que los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal deben ser juzgados conforme a ésta.*[9] *Éste es también el criterio que sigue el art. 6, 3.° del Proyecto de Código Penal, aunque sería preferible que la ley no se pronunciase expresamente en opinión doctrinalmente tan controvertida.*[10] *(Sobre la prolongación de los plazos de prescripción con efecto retroactivo, cfr.* infra, *nota al § 86).*

§ *16 El principio "in dubio pro reo" y la determinación alternativa*

Bringewat, **Fortsetzungstat und "in dubio pro reo", JuS 1970, 329; *Deubner,* Die Grenzen der Wahlfeststellung, JuS 1962, 21; *Dreher,* Im Irrgarten der Wahlfeststellung, MDR 1970, 369; *Endruweit,* Die Wahlteststellung etc., 1973; *Frisch,* Zum Wesen des Grundsatzes "in dubio pro reo", Festschrift für H. Henkel, 1974, página 275; *Grünhut,* Alternative Tatsachenfeststellung im Strafprozeß, MSchrKrim 1934, 327; *Günther,* Wahlfeststellung zwischen Betrug und Unterschlagung? JZ 1976, 665; *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, 100; *el mismo,* Zum Verhältnis der Wahlfeststellung zum Satz "in dubio pro reo", JR 1957, 126; *Eike v. Hippel,* Zum Problem der Wahlfeststellung, NJW 1963, 1.533; *Holtappels,* Die Entwicklungsgeschichte des Grundsatzes "in dubio pro reo", 1965; *Hruschka,* Zum Problem der Wahlfeststellungen, MDR 1967, 265; *el mismo,* Zur Logik und Dogmatik von Verurteilungen aufgrund mehrdeutiger Beweisergebnisse, JZ 1970, 637; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 25, 182, NJW 1973, 804; *Jakobs,* Probleme der Wahlfeststellung, GA 1971, 257; *Kern/Roxin,* Strafverfahrensrecht, 14.ª ed., 1976; *Küper,* Probleme der Postpendenzfeststellung im Strafverfahren, Festschrift für R. Lange, 1976, página 65; *Holle Eva Löhr,* "in dubio pro reo" und Wahlfeststellung, JuS 1976, 715; *Mannheim,* Zur wahldeutigen Tatsachenfeststellung, ZStW 44 (1924), página 440; *Montenbruck,* Wahlfeststellung und Werttypus, 1976; *Nowakowski,***

[7] En este sentido *Casabó Ruiz,* ob. u. cit., p. 55; *Cerezo Mir,* ob. cit., páginas 185 y ss.; *Cobo del Rosal/Vives Antón,* Derecho Penal, Parte General, I, Valencia 1980, p. 184.

[8] *Rodríguez Devesa,* ob. cit., p. 209.

[9] *Rodríguez Mourullo,* ob. cit., p. 138.

[10] En este sentido, mostrando sus dudas sobre la bondad del criterio acogido en el Proyecto, también *Cobo del Rosal/Vives Antón,* Derecho Penal, Parte General, cit., p. 185.

Verkappte Wahlfeststellungen, JBl 1958, 380; *Nüse*, Das Problem der Zülässigkeit von Alternativ-Schuldfeststellungen im Strafprozeß, Strafr. Abh. Heft 324, 1933; *el mismo*, Die Zulässigkeit von wahlweisen Feststellungen, GA 1953, 33; *Otto*, "In dubio pro reo" und Wahlfeststellung, Festschrift für K. Peters, 1974, página 373; *Peters*, Strafprozeß, 2.ª ed., 1966; *Röhmel*, Die Wahlfeststellung, JA 1975, Str, pág. 95; *Sax*, Wahlfeststellung bei Wahldeutigkeit mehrerer Tatsachen, JZ 1965, 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, 725; *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur StPO, Nachtragsband Teil II, 1967; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 18, 274, JZ 1963, 606; *Schönke*, Wahlfeststellungen im Strafprozeß, DRZ 1947, 48; *Schröder*, Anmerkung zu BGH 22, 154, JZ 1968, 572; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 23, 360, JZ 1971, 141; *Stree*, In dubio pro reo, 1962; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 25, 285, JZ 1974, 240; *v. Tippelskirch*, Über alternative Fragen und tatsächliche Feststellungen im Strafverfahren, GA 15 (1867), págs. 449 y 505; *Tröndle*, Zur Begründung der Wahlfeststellung, JR 1974, 133; *Volk*, In dubio pro reo und Alibibeweis, JuS 1975, 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 Wahlfeststellung im Strafrecht, Diss. Freiburg 1950; *Wolter*, Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht, 1972; *el mismo*, Verurteilung aus nichttatbestandsmäßiger Nachtat? GA 1974, 161; *Zeiler*, Die Verurteilung auf Grund wahldeutiger Tatsachenfeststellung, ZStW 40 (1919), página 168 y ZStW 42 (1921), pág. 665; *el mismo*, Noch einmal die Verurteilung aufgrund wahldeutiger Tatsachenfeststellung, ZStW 43 (1922), pág. 596; *el mismo*, Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage, ZStW 64 (1952), página 156; *el mismo*, Zur Frage der Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage, ZStW 72 (1960), pág. 4.

I. Esencia y naturaleza jurídica del principio "in dubio pro reo" y su relación con la determinación alternativa

1. El principio in dubio pro reo y la determinación alternativa sirven para **superar las dudas que surgen en la aplicación del Derecho** y que se producen en el proceso penal ante una situación probatoria incierta. Toda sentencia condenatoria penal supone que existe certeza sobre la presencia de todos los presupuestos materiales[1] (positivos y negativos) de la declaración de culpabilidad y de la determinación de la pena, pues el § 267 I StPO exige la comprobación de una acción *determinada* a la que son aplicables los elementos de un precepto penal *determinado*. Si, tras haber agotado todos los medios probatorios disponibles y procesalmente admisibles que puedan emplearse en base al deber de esclarecimiento que incumbe al juez (§ 244 II StPO), no llega a aclararse el supuesto de hecho lo suficientemente como para convencer al Tribunal, el proceso penal no puede quedar en suspenso, como sucedía con la "absolutio ab instantia" en el Derecho común (cfr. *supra*, § 10 V), sino que debe concluirse, dentro

1 La *cuestión jurídica* debe, por el contrario, decidirse siempre de un modo inequívoco también cuando existan dudas sobre la interpretación de la ley ("iura novit curia"); cfr. *Grünhut*, MSchrKrim 1934, 333; BGH 14, 68 (73).

de un plazo adecuado, por razones de seguridad jurídica (cfr. art. 6, I, 1 MRK). De esto se deriva la necesidad de llegar a una decisión concreta también en los casos "non liquet". Hoy en día es evidente que no pueden imputarse al acusado aquellas circunstancias que no han sido totalmente comprobadas (cfr. la presunción de inocencia en el art. 6 II MRK), de lo que se deduce, al mismo tiempo, que, cuando existen dudas sobre la existencia de algún hecho jurídicamente relevante, la sentencia debe fundamentarse en la posibilidad más favorable al acusado *(in dubio pro reo)*. El principio in dubio pro reo se reconoce por Derecho consuetudinario.[2]

Ejemplo: Si en el proceso penal oportuno no se prueba que el acusado, que con violencia quería abusar deshonestamente de una chica (§§ 178, 32), tenía además la intención de yacer con ella (§§ 177, 22), sólo cabe castigarlo por abusos deshonestos en grado de tentativa (BGH 11, 100 [102]).

Existen otros casos, en cambio, en los que según el convencimiento del juez resulta evidente que el acusado, caso de no haber cometido el hecho del que se le acusa y que de acuerdo con el principio in dubio pro reo tuviera que ser absuelto, necesariamente debe haber cometido otro hecho determinado, cuya existencia, sin embargo, depende de que no haya cometido el primero. La cuestión es la de si puede castigársele por este otro hecho.

Ejemplo: Al inculpado se le ha encontrado una joya que fue robada a su propietario. Acusado de hurto alega en su defensa que ha comprado la joya a un desconocido en unas circunstancias que el juez considera pudieran ser constitutivas de un delito de receptación. No son posibles ulteriores comprobaciones del supuesto de hecho. El acusado, por tanto, puede haber cometido, un hurto (§ 242) o una receptación (§ 259) (RG 68, 257 [258]).

Si se aplicara también en este caso el principio in dubio pro reo, no podría condenarse al acusado ni por hurto ni por receptación y habría que absolverle porque por sí solas no ha podido probarse irrebatiblemente ninguna de las dos posibilidades. Pero una consideración de este tipo no se ajustaría a la situación de hecho, pues, en todo caso, está suficientemente probado que el acusado ha cometido uno de los dos delitos. En estos casos se admite que, para evitar absoluciones injustas, bajo ciertas condiciones se condene por la ley que imponga una pena menos grave con una fundamentación alternativa de los hechos **(determinación alternativa).** La determinación alternativa es, por consiguiente, una *excepción*, necesaria por razones políticocriminales, del principio in dubio pro reo en aquellos casos en los que las diferentes posibilidades no están en una relación gra-

2 Una exposición exhaustiva de la más reciente jurisprudencia en JA 1969, Str 23, 43, 69, 105, 127, 149 y 189.

dual de más o menos, sino en relación de alternatividad (BGH 22, 154 [156], con comentario favorable de *Schröder*, JZ 1968, 572).[3] Un caso especial de determinación alternativa es la "*alternatividad simple de los hechos*": aquí está clara la ley penal aplicable; no se sabe, sin embargo, con qué clase de acciones ha sido infringida por el reo (cfr. *infra*, § 16 III, 2b).

2. Tanto el principio in dubio pro reo como el problema de la determinación alternativa son cuestiones que interesan sobre todo al **Derecho Procesal,**[4] pues en realidad se trata de resolver el problema de hasta qué grado deben determinarse las pruebas de los hechos suscitadas en el proceso para poder basar en ellas una condena. No obstante, la cuestión tiene también un **aspecto jurídico material,** pues aunque efectivamente la determinación alternativa entre varios tipos penales es admisible como excepción al principio in dubio pro reo, su regulación depende de la relación jurídico material que haya entre estos tipos. El in dubio pro reo y la determinación alternativa deben, además, considerarse como el reverso procesal de la función material de garantía de la ley penal. Mientras que el principio de legalidad impide que alguien pueda ser castigado por una acción cuya punibilidad y clase de pena no estuvieran determinadas legalmente en el momento de su comisión, el principio in dubio pro reo ofrece el complemento necesario con la frase "no hay pena, si no se prueba el hecho y la culpabilidad".[5] La determinación alternativa modifica a su vez este principio en tanto admite en algunos casos la condena en base a una determinación alternativa de los hechos. Por eso mismo estuvo anteriormente regulada tanto en el StGB (§ 2 a.r.) como en el StPO (§ 267b a.r.) (ambos preceptos fueron suprimidos por la KRG 11 de 30-1-1946).

II. El principio "in dubio pro reo" en el Derecho vigente

1. Si de la práctica de la prueba se deduce que en un asunto penal vienen en consideración diferentes posibilidades reales que están en una **relación gradual de más a menos,** se aplicará el **principio in dubio pro reo,** cuando está demostrada la posibilidad más favorable para el acusado y la otra por el contrario es incierta.[6] Este principio no sólo contiene el reverso procesal de la reserva de ley juridicomaterial, sino que es también consecuencia del imperativo de justicia que pretende impedir que se castigue a un posible inocente.[7] El ámbito de aplicación del principio in dubio pro reo se extiende a todos los presupuestos de la declaración de culpabilidad y de la determinación de la pena[8] y, por tanto, también a las causas de anulación de la pena, por ejemplo, al § 24 (§ 46 a.r.) (BGH 10, 129 [131]), a los casos de compensación del § 199 (BGH 10, 373 [374]) y a las causas de exclusión de la pena (BayObLG NJW 1961, 1.222 respecto al § 247 II a.r.). En los casos de pluralidad de delitos o de delito continuado se deniega injustamente la aplicación del principio in dubio pro reo (BGH 23, 33 [35]).[9] La doctrina dominante extiende actualmente el principio in dubio pro reo incluso a los presupuestos procesales[10] (BGH 18, 274, para el caso de prescripción incierta; BayObLG NJW 1968, 2.118 en caso de duda sobre la procedencia de la querella penal).

2. La jurisprudencia limita el principio "in dubio pro reo" a relaciones graduales lógicas en las que el supuesto más favorable al reo está contenido conceptualmente en el desfavorable. Así, por ejemplo, sucede en la relación entre tipo básico y tipo cualificado. Esta limitación innecesaria sólo conduce a *soluciones evasivas*, que pueden evitarse, extendiendo el "in dubio pro reo" también a gradaciones valorativas.[11] De acuerdo con ello, también debe aplicarse el principio en la relación entre dolo e imprudencia (el BGH 4, 340 [343] se inclina, por el contrario, por la determinación alternativa; BGH 17, 210, por la aplicación del § 230 como "tipo subsidiario").[12] Lo mismo puede decirse de la relación entre autoría e inducción (el BGH 1, 127 [128] se inclina por la determinación alternativa, al igual que OLG Düsseldorf NJW 1976, 579 s.) o de la relación entre autoría y complicidad (en contra, el BGH 23, 203 [207] sólo admite la aplicación co-

3 Cfr. *Dreher*, § 1 Vorbem. 39, 40; *Lackner*, § 1 Anm. 3; *LK (Tröndle)* nach § 2 Anm. 5, 6; *Heinitz*, JR 1957, 126; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 Anm. 85; *Wolter*, Alternative und eindeutige Verurteilung, págs. 24 y ss.; *SK (Rudolphi)*, Anh. zu § 55 Anm. 15.

4 Cfr. sobre el in dubio pro reo: *Stree*, In dubio pro reo, págs. 7 y ss.; *Kern/Roxin*, Strafverfahrensrecht, pág. 71; sobre la determinación alternativa: *Peters*, Strafprozess, pág. 250; *Heinitz*, JZ 1952, 100. La Gran Comisión del Derecho Penal quería reservar también a la StPO como cuestión procesal el problema de la determinación alternativa; cfr. Niederschriften, t. V, pág. 285, nota 5. Por el contrario, son partidarios de una consideración juridicomaterial *H. Mayer*, Lehrbuch, pág. 417 y *Nüse*, GA 1953, 41. En todo caso, la apreciación errónea del principio in dubio pro reo fundamenta un recurso por infracción del Derecho material (BGH 25, 285 [286]).

5 En este sentido, *Stree*, In dubio pro reo, pág. 18; *LK (Tröndle)*, nach § 2 Anm. 1.

6 En el mismo sentido, *Baumann*, Allg. Teil, págs. 161 y ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 141; *Blei*, Allg. Teil, págs. 35 y ss.; *Kohlrausch/Lange*, § 2 Anhang Anm. 4.

7 Sobre su historia *Holtappels*, In dubio pro reo, págs. 52 y ss.; *Sax*, Stock-Festschrift, págs. 146 y ss. Sobre la esencia del principio in dubio pro reo como regla de aplicación del derecho *Frisch*, Henkel-Festschrift, págs. 281 y ss.

8 Sobre el tratamiento de las medidas, cfr. *Stree*, In dubio pro reo, páginas 92 y ss.

9 Cfr. *Bringewat*, JuS 1970, 331 y ss.

10 Así *Peters*, Strafprozess, pág. 249; *Eb. Schmidt*, JZ 1963, 606 y ss.; *Stree*, In dubio pro reo, pág. 53 con ponderados argumentos; *Baumann*, Allg. Teil, pág. 162; *Kern/Roxin*, Strafverfahrensrecht, pág. 72.

11 En este sentido, *Baumann*, Allg. Teil, pág. 172; *Dreher*, § 1 Vorbem. 39; *el mismo*, MDR 1970, 370; *Hruschka*, JZ 1970, 642; *Nowakowski*, JBl 1958, 380; *LK (Tröndle)*, nach § 2 Anm. 35; *Otto*, Peters-Festschrift, pág. 377; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 451, nota 85; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 Anm. 85; *SK (Rudolphi)*, Anh. zu § 55 Anm. 20 y ss.

12 Otro caso, en el que la jurisprudencia aceptó un "tipo subsidiario" (BGH 9, 390 [398]; 16, 187 [189] en relación con el § 330a), ha sido eliminado por la nueva redacción de este precepto.

rrespondiente del principio "in dubio pro reo").[12a] También pueden resolverse por aplicación del precepto penal más favorable al reo conforme al principio "in dubio pro reo" los casos, en los que la penalidad de un delito de referencia menos grave, por ejemplo, apropiación indebida, depende de si el delincuente anteriormente ha cometido un delito más grave que no ha podido ser probado, por ejemplo, un robo[13] (de otra opinión el BGH 25, 182 [185], donde tras haber transformado el robo en hurto se hizo una determinación alternativa con la apropiación indebida).[14] Por el contrario, la prueba de la coartada está sometida a las reglas generales sobre valoración de la prueba y no aisladamente al principio "in dubio pro reo" (BGH 25, 285, 287 con comentario aclaratorio de STREE, JZ 1974, 299 s. y VOLK, JuS 1975, 27 ss.).

III. Evolución, alcance actual y valoración de la determinación alternativa

1. El problema de la determinación alternativa surgió a mediados del siglo XIX, cuando se introdujeron en Alemania, siguiendo el modelo francés, los Tribunales de Jurados. La Corte de Casación francesa había adoptado una postura marcadamente restrictiva en el punto decisivo de si debía plantearse alternativa o inequívocamente la cuestión que se dirigía a los miembros del Jurado.[15] La misma postura adoptó también el Tribunal Supremo de Prusia.[16] La StPO de 1877 dejó conscientemente sin regular el problema de la determinación alternativa.[17] El RG sólo la admitió en un principio cuando se refería a acciones ejecutivas equivalentes del mismo tipo de delito (RG 11, 103, 22, 216; 23, 48; una exposición resumida de la jurisprudencia se encuentra en JW 1934, 296). Posteriormente fue evolucionando hacia una postura más extensiva.[18] Sin embargo, se denegó siempre la determinación alternativa entre hurto y receptación, que era precisamente el caso más frecuente (RG 53, 231; 56, 61). Sólo una Sentencia del Pleno del Senado en materia penal, que fue precisamente la última del RG, admitió la determinación alternativa de los hechos también en este caso con el argumento de que "el sentimiento jurídico confiere la misma desaprobación moral al hecho del receptador que al del ladrón" (RG 68, 257 [262]). En esta evolución fueron decisivas la necesidad políticocriminal y la experiencia que demostraba que los Tribunales de instancia no absolvían en los

12a En el mismo sentido, *Holle Eva Löhr*, JuS 1976, 722.

13 *Hruschka*, JZ 1970, 641, NJW 1971, 1.392 habla en este supuesto de "casos de postpendencia". Cfr. también *SK (Rudolphi)*, Anh. zu § 55 Anm. 24 y siguientes; *Küper*, Lange-Festschrift, págs. 93 y ss.; *Günther*, JZ 1976, 668 y ss.

14 En contra, también, *Hruschka*, NJW 1973, 1.805. Cfr. además, *Wolter*, GA 1974, 161 y ss. en relación con los casos BGH DRiZ 1972, 30; OLG Hamm JMinBl. Nordrhein-Westfalen 1955, 236; BGH 23, 360 y OLG Hamm JMinBl. Nordrhein-Westfalen 1967, 138.

15 Cfr. con más detalles *Weber*, Wahlfeststellungen, págs. 4 y ss. con referencias sobre la bibliografía francesa.

16 Cfr. las referencias jurisprudenciales en *v. Tippelskirch*, GA 15 (1867), páginas 454 y ss., y 505 y ss.

17 Según *Hahn*, Materialien, pág. 233 la Exposición de Motivos se refiere a la polémica científica todavía sin decidir.

18 Cfr., por ejemplo, RG 55, 44 y 228 (robo con fractura y con uso de llaves falsas).

casos de posibilidad de fijación alternativa, sino que, más o menos a la fuerza, trataban de encontrar una calificación determinada.[19] De este modo quedaba libre el camino para la total admisión de la determinación alternativa. La Ley de 28-6-1935 (RGBl. I, S. 839) la introdujo sin limitaciones en el StGB (§ 2b), una vez que ya había sido admitida por el RG 69, 369. A partir de entonces fue posible determinar alternativamente hechos tan distantes como la tentativa de aborto y la estafa consumada (RG 69, 369; 71, 44), la embriaguez plena y el delito cometido en estado de embriaguez (RG 70, 42), la complicidad en un asesinato y la omisión de denunciar determinados delitos (RG 73, 57). Tras la supresión del § 2b por la KRG, número 11, en 1946, la Jurisprudencia regresó a posiciones más moderadas similares a las mantenidas por el RG del año 1934 (OLG Celle y Freiburg DRZ 1947, 64 y 65; OGH 2, 89; BGH 1, 127 [128]; jurisprudencia dominante); pero con el tiempo se han ido ampliando cada vez más los supuestos admisibles de determinación alternativa.[20]

2. La jurisprudencia y la doctrina dominante admiten actualmente la **determinación alternativa** siempre que se den los siguientes presupuestos:

a) Previamente deben haberse *agotado* todos los *medios probatorios* procesalmente permitidos. Ha de existir además la *certeza* de que el acusado *solamente* pudo haber actuado en una u otra forma **(BGH 12, 386 [388]). Cada una de las posibilidades configuradoras del supuesto de hecho determinadas alternativamente deben además, en tanto sea posible una fijación unívoca, conducir con seguridad al castigo. Finalmente, los reproches alternativos deben ser "equiparables desde un punto de vista eticojurídico y psicológico"** (BGH 9, 390 [393]).[21] Cuando en unidad de hecho entre en concurso otro de-

19 Sobre esta cuestión ha llamado repetidas veces la atención especialmente *Zeiler*, ZStW 40 (1919), pág. 168; 42 (1921), pág. 665; 43 (1922), pág. 596; exigiendo, por ello, la admisión *sin limitaciones* de la determinación alternativa en la reforma del Derecho Penal, cfr. *Zeiler*, ZStW 72 (1960), pág. 5.

20 Importantes objeciones formulan, por ello, *Eb. Schmidt*, § 244 StPO Anm. 17 y *Peters*, Strafprozess, pág. 250.

21 La equivalencia para las alternativas dentro del mismo tipo penal (por ejemplo, móviles bajos o intención de cometer otro delito) es indudable (BGH 22, 12 [14]). La jurisprudencia va mucho más allá y admite la determinación alternativa en los casos de hurto y receptación (BGH 1, 304; 15, 63), apropiación indebida y receptación (BGH 16, 184); robo y extorsión (BGH 5, 280); estafa e infidelidad patrimonial (BGH GA 1970, 24); estafa y apropiación indebida (OLG Hamm MDR 1974, 682); perjurio y declaración jurada falsa (OLG Hamm GA 1974, 84); hurto con astucia y estafa (OLG Karlsruhe NJW 1976, 902). Lo mismo rige incluso, cuando uno de los dos tipos se ha cometido en su forma cualificada: hurto y receptación habitual (BGH 11, 26); hurto plurirreincidente y receptación (BGH 15, 63 [66]); hurto y malversación (BayObLG NJW 1958, 560); declaración falsa sin juramento y perjurio (BGH 13, 70); hurto cualificado y favorecimiento material (BGH 23, 360 con nota favorable de *Schröder*, JZ 1971, 141; en contra, desde un punto de vista fundamentalmente distinto, *Hruschka*, NJW 1971, 1.392 y ss.). El robo se degrada a la categoría de hurto (BGH 25, 182 [185] con nota en contra de *Hruschka*, NJW 1973, 1.804; a favor *SK [Rudolphi]*, Anh. zu § 55 Anm. 44; *Schulz*, JuS 1974, 640). También es posible la determinación alternativa entre más de dos delitos (BGH 15, 63).

lito con uno de los tipos penales elegidos alternativamente, este otro delito no viene en consideración, porque no está comprobado, si existe realmente el tipo respectivo (BGH 15, 266). Las causas de la inseguridad de la actual jurisprudencia radican tanto en el factor de la equiparabilidad eticosocial y psicológica de ambos tipos como en la necesidad de excluir una tercera posibilidad real.[22] A pesar de ello la teoría ha seguido mayoritariamente la línea marcada por la praxis[23] y sólo una minoría es partidaria de volver a la situación jurisprudencial anterior a 1934.[24] Por el contrario, se pide en parte una ilimitada o en todo caso amplia admisión de la determinación alternativa.[25] En otros países sólo se admite la determinación alternativa dentro de estrechos límites, dado el peligro que representa para las garantías juridicopolíticas.[26]

b) En todo caso se admite una condena cuando es seguro que el delincuente ha cometido un hecho punible determinado en una forma comisiva determinada legalmente a través de una de las dos acciones que desde el punto de vista jurídico son equivalentes *(simple alternatividad de los hechos)*.[27]

22 Así, por ejemplo, no se admiten determinaciones alternativas entre aborto y estafa (BGH citado por *Dallinger*, MDR 1958, 739); embriaguez plena y delito cometido en estado de embriaguez (BGH 9, 390 [392]); cohecho y estafa (BGH 15, 88 [100]); robo cualificado y receptación (BGH 21, 152); hurto y extorsión (BGH DriZ 1972, 31); hurto y estafa (OLG Karlsruhe, Die Justiz 1973, 57); revelación de secretos oficiales y propagación de noticias tendenciosas (BGH 20, 100), lo que en comparación con las sentencias citadas en la nota 21 no siempre es comprensible.

23 Cfr. *Kohlrausch/Lange*, § 2 Anhang Anm. 3; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 Anm. 73; *Blei*, Allg. Teil, págs. 36 y ss.; *Preisendanz*, § 1 Anm. II 3; *Baumann*, Allg. Teil, pág. 169; *Schaffstein*, NJW 1952, 729. Sin embargo, muy críticos, *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 139 y ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, página 113. Una buena exposición ofrece *Röhmel*, JA 1975, StR, págs. 95 y ss.

24 En este sentido, *H. Mayer*, Lehrbuch, pág. 417; *el mismo*, Grundiss, página 192; *Heinitz*, JZ 1952, 102; *Eb. Schmidt*, § 244 StPO Anm. 18; *Waiblinger*, Pfeninger-Festschrift, pág. 164; *Endruweit*, Wahlfeststellung, págs. 293 y siguientes.

25 A favor de la admisión ilimitada, *v. Hippel*, t. II, pág. 44; *Zeiler*, ZStW 72 (1960), pág. 20; *Nüse*, Alternativ-Schuldfeststellungen, pág. 63; *el mismo*, GA 1953, 41; *Mannheim*, ZStW 44 (1924), pág. 442; *Eike v. Hippel*, NJW 1963, 1.534. Por la admisión en los casos de "identidad del núcleo de injusto" *Dreher*, § 1 Vorbem. 43; *Sax*, JZ 1965, 748; *Deubner*, JuS 1962, 23; *Hardwig*, Eb. Schmidt-Festschrift, pág. 484 Anm. 28; *Jakobs*, GA 1971, 270; *LK (Tröndle)*, nach § 2 Anm. 37; *Tröndle*, JR 1974, 135; *Otto*, Peters-Festschrift, págs. 390 y ss.; *Lackner*, § 1 Anm. 3d; *Wolter*, Alternative und eindeutige Verusteilung, página 281; *SK (Rudolphi)*, Anh. zu § 55 Anm. 42, § 55 Anm. 38 y ss. (con la importante referencia al injusto de la acción). Del mismo modo, *Montenbruck*, Wahlfeststellung, pág. 384 atiende al "tipo valorativo" común en el que deben incluirse las acciones que vengan en consideración.

26 Cfr. *Zeiler*, ZStW 64 (1952), págs. 158 y ss.; *Schönke*, DRZ 1947, 48; *Weber*, Wahlfeststellungen, págs. 17 y ss. En relación con Austria, *Nowakowski*, JBl 1958, 380 y ss.

27 Este caso se denomina "determinación alternativa equivalente", cfr. *Dreher*, § 1 Vorbem. 41; *LK (Tröndle)*, nach § 2b Anm. 7 y ss.

Ejemplo: En el juicio oral no se puede aclarar cuál de las dos declaraciones contradictorias realizadas bajo juramento es falsa (BGH 2, 351 [352]) o cuál ha sido la maniobra incorrecta en la conducción que ha provocado el accidente (OLG Neustadt VRS 23, 447).

c) En los casos en que sea admisible la determinación alternativa debe aplicarse la **ley más favorable.** Para ello debe emplearse también aquí una *consideración concreta* (cfr. *supra*, § 15, V, 5). En el Fallo de la sentencia sólo debe citarse la ley más favorable para evitar gravar al condenado con la sospecha de un delito más grave.[28] La determinación alternativa se produce, pues, en los considerandos de la sentencia. Las penas y consecuencias accesorias así como las medidas únicamente pueden aplicarse, cuando sean admisibles en ambos tipos (RG 68, 258 [263]). El efecto de cosa juzgada de una determinación alternativa comprende todos los hechos punibles incluidos en ella. Los límites de la cosa juzgada se derivan del concepto de "hecho" empleado en el § 264 StPO.

3. Es difícil emitir una valoración crítica del actual estado del problema de la determinación alternativa, porque se da un dilema entre **seguridad jurídica** y **justicia.** Una solución intermedia, cualquiera que ésta sea, está expuesta a todo tipo de objeciones. Quien pretenda la seguridad a toda costa, no puede admitir la determinación alternativa, en tanto que la incertidumbre afecte a un punto esencial para la determinación de la culpabilidad o de la pena. Quien ponga por encima de todo a la Justicia, debe pronunciarse en favor de una ilimitada admisión de la determinación alternativa, lo que significaría el abandono de una parte irrenunciable de seguridad jurídica. En la práctica, y puesto que en el proceso penal lo fundamental debe ser siempre la seguridad jurídica, se trata de fijar el grado en que es admisible atenuar el rigor de la prohibición de la determinación alternativa.

La solución consiste, en primer lugar, en ampliar el ámbito del principio in dubio pro reo a costa de la determinación alternativa con la inclusión de relaciones graduales valorativas y en condenar inequívocamente por el delito posterior cuando se hayan cometido posteriormente delitos. En los casos restantes de auténtica alternatividad en los que no pueda determinarse ninguno de los hechos punibles que vienen en consideración, pero esté claro que uno de los dos se ha cometido, se debería, para evitar absoluciones injustas y dar a conocer al mismo tiempo el fundamento real de la sentencia, renunciar al criterio de la "equiparabilidad psicológica y eticojurídica", en verdad hace tiempo abandonado, y en su lugar buscar la *identidad del núcleo del injusto*. Para ello deberá atenderse no sólo al bien jurídico, sino también a la forma de ataque (en parte de otra opinión

28 En este sentido la praxis actualmente dominante, cfr. las sentencias citadas en *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 Anm. 89.

en la edición anterior, pág. 117).[29] La *seguridad jurídica en el ámbito procesal* es decisiva para proteger al acusado.[30] Por ello debe destacarse especialmente que las dos alternativas posibles estén ya fijadas en la querella y en la solicitud de apertura del juicio oral (§§ 264, 266 StPO) y que en caso necesario se indique al acusado la posibilidad de la condena alternativa (§ 265 StPO). Por otra parte, ante una determinación alternativa, no deben abandonarse los puntos básicos necesarios para demostrar un supuesto de hecho inequívoco; y, finalmente, hay que excluir con toda seguridad la posibilidad de que el supuesto de hecho real se encuentre fuera de las alternativas de elección que se ofrecen.

* * *

En el Ordenamiento jurídico español, para resolver los problemas que plantean el principio in dubio pro reo y la determinación alternativa hay que tener en cuenta los arts. 142 y 741 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

El art. 142 determina que las sentencias se redactarán con sujeción, entre otras, a la siguente regla: "2.ª Se consignarán en Resultandos *numerados los hechos que estuvieren enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo,* haciendo declaración expresa y terminante de los que se estimen probados" *(cfr. también Orden 5 abril 1932). No exige, sin embargo, este precepto que el Tribunal explique las razones por las que estima los hechos como probados. El art. 741 dice a este respecto que el Tribunal apreciará, según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio.*

Entre estos dos preceptos: uno, que determina la necesidad de consignar en la sentencia los hechos probados y, otro, que faculta al Tribunal para apreciar libremente las pruebas practicadas, surgen el principio in dubio pro reo y la determinación alternativa.

El in dubio pro reo se presenta como un principio informador de la conciencia del juez o tribunal e incluso como un principio general de "política procesal penal"; pero no como un precepto legal vinculante. La Ley de Enjuiciamiento criminal no contiene, en efecto, ningún precepto que se refiera directamente a él, aunque de los textos citados anteriormente se deduce que es necesaria la certeza que exige la determinación de los hechos como probados y como esta certeza es incompatible con la duda es lógico que, en caso de duda, haya que considerar los hechos como no probados. El principio de legalidad exige un correlato de certeza y seguridad en la estimación de los hechos que van a servir de base a las reacciones jurídico-penales. Parece evidente que la sentencia no pueda basarse en simples presunciones y probabilidades, de ahí la necesidad del "resultando de hechos probados". Sobre ellos se construyen después todas las calificaciones que afectan a la tipicidad, a la antijuricidad, a la culpabilidad, punibilidad, formas imperfectas de ejecución, participación, concursos, etc. Los límites entre la certeza y la duda son, sin embargo, difíciles de marcar y ello hace que el Tribunal tenga un gran margen para la apreciación de las pruebas

29 Cfr. las referencias bibliográficas *supra*, nota 25.
30 Cfr. *Tröndle*, JR 1974, 135.

practicadas que no tiene más límites que la lógica. Esta libertad de apreciación de las pruebas dificulta el control de las decisiones judiciales y hace de éstas a veces una auténtica "caja de sorpresas". Es, por ello, muy difícil considerar en nuestro Ordenamiento jurídico que el principio "in dubio pro reo" sea algo más que un principio regulador genérico informador de la actividad judicial en el proceso penal, que no contradice la regulación legal positiva y que, por ello, es perfectamente admisible.

La determinación alternativa, en cambio, no sólo es desconocida como institución concreta en nuestro Ordenamiento jurídico-procesal, sino que además es incompatible con los arts. 142 y 741 de la Ley de Enjuiciamiento criminal. El "resultando de hechos probados" no permite, en efecto, que se utilice, para condenar, una institución como la determinación alternativa que supone precisamente que los hechos no están suficientemente probados (cfr. art. 142, 2.ª). El art. 142, 4.ª exige además que la calificación, cuyos fundamentos doctrinales y legales hay que consignar, recaiga sobre los hechos que se hubieren estimado probados. Esta tajante exigencia puede llevar, sin duda, a absoluciones injustas, pero es el precio que hay que pagar por la seguridad jurídica, cuando el Tribunal puede formar libremente su convicción. En la práctica se produce, sin embargo, la determinación alternativa de hecho, cuando el Tribunal está convencido de la punibilidad del hecho cometido, pero no de la forma en que se cometió que, sin embargo, determina la calificación. En este caso, el Tribunal, haciendo uso de la facultad de libre apreciación de las pruebas que le permite el art. 741, puede dar como probados hechos que realmente no se han dado o que por lo menos no se han probado suficientemente, facilitando así la calificación y la condena. Pero este proceder es totalmente contrario a las exigencias legales, aunque pueda emplearse para llegar a conclusiones justas.[1]

§ 17 *Interpretación de las leyes penales*

Baumann, Die natürliche Wortbedeutung als Auslegungsgrenze im Strafrecht, MDR 1958, 394; *Bender,* Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzten Rechts, JZ 1957, 593; *Betti,* L'interpretazione della legge e degli atti giuridici, 1949; *el mismo,* Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre, Festschrift für E. Rabel, t. 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; *Burckhardt,* Methode und System des Rechts, 1936; *Clerc,* Les travaux préparatoires et l'interprétation de la loi pénale, SchwZStr 64 (1949), pág. 1; *Danckert,* Die Grenze zwischen der extensiven Auslegung und der Analogie, Diss. Köln 1967;

1 Cfr. *Córdoba Roda,* Notas al Tratado de Derecho Penal de *Maurach,* Barcelona, 1962, tomo I, p. 120. En favor de la determinación alternativa, en cambio, *Rodríguez Mourullo,* Derecho Penal, Parte General, Madrid, 1977, vol. I, página 119. En general la doctrina española apenas se ha ocupado de la determinación alternativa que, por lo demás, es más un problema procesal penal que penal material. Algunas consideraciones críticas sobre este tipo de actuaciones jurisprudenciales contrarias al principio de legalidad ofrece *Córdoba Roda,* Consideraciones sobre la jurisprudencia penal, en Revista Jurídica de Cataluña, 1974, pp. 119 y ss. Cfr. también *Muñoz Conde,* Introducción al Derecho Penal, Barcelona, 1975, pp. 158 y ss.

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, 11. Lieferung, 1972, pág. 39; *Foregger*, Die Problematik der ausdehnenden Interpretation etc., ÖJZ 1960, 290; *Geerds*, Zur Problematik der strafrechtlichen Delikt stypen, 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 edición, 1968; *Gössel*, Strafrechtsgewinnung als dialektischer Prozeß, Festschrift für K. Peters, 1974, página 41; *Grünhut*, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Festgabe für R. v. Frank, 1930, t. I, pág. 1; *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968; *Jiménez de Asúa*, Nullum crimen, nulla poena sine lege, ZStW 63 (1951), pág. 166; *Arthur Kaufmann*, Analogie und "Natur der Sache", 1965; *el mismo*, Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik, JZ 1975, 337; *Klug*, Juristische Logik, 3.ª ed., 1966; *Krey*, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977; *Kunst*, Interpretationsmethoden im Strafrecht, JBl 1971, 329; *el mismo*, Rechtsquellen und Rechtsanwendung, Verhandlungen des 5. österr. Juristentags, t. II, 1973, pág. 9; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.ª ed., 1975; *Liver*, Der Wille des Gesetzes, 1954; *Mennicken*, Das Ziel der Gesetzesauslegung, 1970; *Naucke*, Der Nutzen der subjektiven Auslegung, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 274; *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª ed., 1973; *el mismo*, Ein "neues Bild" des Strafrechtssystems, ZStW 83 (1971), pág. 369; *R. Schmitt*, Anmerkung zu BGH 4 StR 516/67, JZ 1968, 307; *Schwalm*, Der objektivierte Wille des Gesetzgebers, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 47; *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930; *Straßburg*, Analogieverbot — Formalgrenze oder Wertungsgrenze? Diss. Tübingen 1974; *Stratenwerth*, Zum Streit der Auslegungstheorien, Festschrift für O. A. Germann, 1969, pág. 257; *Stree*, Die Ersatzhehlerei als Auslegungsproblem, JuS 1961, 50; *Trousse*, Droit pénal, t. I, en: Les Novelles, 1956; *Waiblinger*, Die Bedeutung des Grundsatzes "nullum crimen sine lege", ZBJV 91 bis (1955), pág. 228; *Zippelius*, Einführung in die juristische Methodenlehre, 1971.

El contenido político de la ley penal se transforma con la **interpretación** en la praxis de la aplicación del Derecho. Una interpretación fiel a la ley debe garantizar que las decisiones judiciales permanezcan subordinadas a la voluntad común manifestada a través del órgano representante del pueblo.[1] Tanto la seguridad jurídica como la igualdad de todos ante la ley exigen la vinculación del juez a preceptos, cuyo contenido lógico pueda conocerse objetivamente con el empleo de reglas de interpretación reconocidas y que, de acuerdo con ello, puedan aplicarse de la misma manera a casos similares.[2] La responsabilidad por el contenido de la sentencia no recae sobre el juez; la sentencia se legitima solamente por la voluntad común reflejada en la ley.

1 A través de la interpretación el Derecho se forma continuamente; cfr. *Hassemer*, Tatbestand, págs. 98 y ss. Por eso, la seguridad jurídica depende en última instancia de la fidelidad del juez a la ley; cfr. *Dando*, Heinitz-Festschrift, página 41.

2 Cfr. *Germann*, Methodische Grundfragen, págs. 111 y ss.

El "reino del juez" no reside, por tanto, en la mayor libertad frente a la ley, sino en la obediencia a ésta.[3] En materia de interpretación, la misión del juez consiste en comprender el contenido lógico de la ley en atención al caso concreto que tiene que resolver, del mismo modo que hubiera podido ser comprendido por cualquier otro juez que hubiera tenido que resolver el mismo caso. La esencia de la interpretación se determina, pues, por su *verificabilidad objetiva*.

I. Argumentos de la lógica jurídica

En la interpretación se sirve el jurista de **argumentos** especiales,[4] cuya estructura y valor informativo deben tratarse por anticipado.

1. El **argumento de analogía** ("argumentum a simile"), que, en principio, también ocupa un puesto legítimo en Derecho Penal (cfr. *supra*, § 15 III, 2a y d), afirma que un precepto jurídico, cuya posibilidad de aplicación a un determinado grupo de casos está asegurada, puede aplicarse a un caso distinto, cuando éste coincide en sus aspectos esenciales con dicho grupo. Así, por ejemplo, se consideró como "maniobra análoga" (§ 315 I a.r.) a la falsa señalización el hecho de conducir un tranvía bajo una densa niebla a más velocidad de la permitida para dichas ocasiones, porque la seguridad del funcionamiento, que normalmente se garantiza con una correcta señalización, en estas condiciones depende de la observancia de los límites de velocidad (BGH 8, 8 [12 y s.]). El **argumento a contrario** ("argumentum a contrario") significa que de la no existencia de determinados presupuestos puede deducirse que tampoco pueden producirse las consecuencias jurídicas previstas para el caso de su existencia. Así, por ejemplo, del hecho de que el § 217 (infanticidio) sólo se refiera a la madre ilegítima hay que deducir que la muerte del hijo legítimo, aunque se produzca durante el parto o inmediatamente después del parto, debe subsumirse en el § 212 (homicidio). Sin embargo, este razonamiento sólo es obligado cuando el presupuesto especial no solamente es condición suficiente, sino también *necesaria* de la consecuencia jurídica. El argumento de analogía y el argumento a contrario no se corresponden como si fueran intercambiables, sino que son totalmente independientes. El argumento de analogía supone únicamente que el caso no regulado coincide en sus aspectos esenciales con el regulado. Por el contrario, el argumento a contrario supone que los elementos típicos son condición necesaria de la consecuencia jurídica. Por tanto, el privilegio que por ejemplo representa el § 217 *sólo* tiene sentido caso de que el delito haya sido cometido por la madre ilegítima.

3 *Bockelmann*, Smend-Festgabe, págs. 29 y ss. En contra, entiende *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 112, de un modo puramente subjetivo los límites entre interpretación y analogía (cfr. además su distinción entre tipo de tenor legal y tipo de interpretación, págs. 23 y ss.). Críticamente sobre esta postura *Roxin*, ZStW 83 (1971), págs. 376 y ss. y *Engisch*, Methoden, pág. 62. También *Arthur Kaufmann*, JZ 1975, 339 entiende la interpretación como "acción configuradora".

4 Sobre esto, con más detalles, *Klug*, Juristische Logik, págs. 97 y ss. Sobre el argumento de analogía, especialmente *Arthur Kaufmann*, Analogie, páginas 22 y ss.

2. Con el **"argumentum a maiore ad minus"** se deduce de la validez de un precepto jurídico para un grupo de supuestos de hecho comprendidos en un concepto superior determinado, su validez para otros casos que pueden subsumirse igualmente en el mismo concepto superior. Así, por ejemplo, puede extenderse la institución del perdón judicial prevista para el caso de inidoneidad de la tentativa por falta de inteligencia (§ 23 III) a la tentativa irreal; aunque en este caso, al no haber sido nunca punible la tentativa irreal y no haberse pretendido con la reforma una agravación, no es eficaz este argumento y podía sustituirse mejor por un argumento histórico. El **"argumentum a fortiori"** afirma que de la validez de un precepto jurídico para un caso determinado puede deducirse su validez también para otro caso al que todavía "con mayor razón" son aplicables las mismas razones. Así, por ejemplo, puede deducirse de la impunidad de la ayuda al suicidio la impunidad de la cooperación solamente imprudente (BGH 24, 342 [344]). Con el **"argumentum ad absurdum"** finalmente se demuestra que una determinada hipótesis es inexacta, porque caso de que fuera exacta habría que admitir también otra que en ningún caso puede serlo. Así, por ejemplo, de acuerdo con la tesis mantenida por el BGH 8, 102 (103) la limitación del concepto de fuerza en el delito de alta traición (§§ 81, 82) al empleo de fuerza corporal "desvalorizaría en gran parte la importancia práctica del precepto", de lo que se deduce que no es esto lo que importa, sino la causación de una situación coactiva. Otros ejemplos en BGH 22, 289 (295); 23, 327 (328 *in fine*).

II. Interpretación y subsunción

1. En Derecho Penal se entiende por aplicación de la ley (en el caso de una condena) la imposición de una pena a un hecho, basándose para ello en leyes en las que se señala una pena como consecuencia jurídica a una conducta descrita con caracteres abstractos (el tipo penal).

Ejemplo: Según el § 242 será castigado por hurto con pena privativa de libertad o multa el que tome una cosa mueble ajena con intención de apropiársela antijurídicamente.

El tipo delictivo es la premisa mayor, el supuesto de hecho, la premisa menor y la pena la conclusión. La aplicación de la ley a un caso concreto significa, por tanto, que la premisa mayor abstracta se pone en relación con la premisa menor que contiene un caso de la vida (por ej.: "A ha tomado una cosa mueble ajena con intención de apropiársela"). De ello se deriva como conclusión la sentencia judicial: A debe ser castigado por hurto con una pena privativa de libertad o con una multa. Todo esto parece ciertamente muy fácil, pero la tarea propiamente dicha del pensamiento jurídico no reside en la elaboración de un silogismo de esta clase, sino en la *obtención de la premisa menor*. De lo que se trata es de poner de relieve entre la multitud de detalles materiales de un caso aquellos factores jurídicamente relevantes y de subsumirlos en los elementos conceptuales

de la premisa mayor, aceptando una identidad siquiera parcial.[4a] A esta actividad del jurista se le llama **"subsunción".**[5] A través de la subsunción el juez equipara el supuesto de hecho que tiene que enjuiciar con otros casos anteriores ya conocidos y que ya han sido incluidos en el respectivo precepto legal.[6] Lo que importa es que el nuevo caso que se tiene que juzgar, coincida en sus aspectos jurídicos esenciales con los que ya han sido anteriormente juzgados.

2. La **interpretación** es **presupuesto de la subsunción** y tiene una doble misión que cumplir: en primer lugar, antes de la subsunción debe aclararse el *sentido de la premisa mayor que se va a aplicar*. Para ello se procede a delimitar su contenido, reconduciéndolo a la especialidad del caso concreto y aproximándolo lo más posible al supuesto de hecho. En segundo lugar, también antes de la subsunción debe delimitarse el *alcance* jurídico de las correspondientes decisiones anteriores a las que debe equipararse el nuevo caso. Esto se realiza generalizando las declaraciones concretas contenidas en dichas decisiones, para comprender los principios que las guiaron. La interpretación contiene, por consiguiente, dos operaciones mentales opuestas en las que, como dice *Engisch*, la mirada "va y viene" de la ley al pre-juicio, por un lado, y de la ley al supuesto de hecho, por otro.

Ejemplo: Alguien se apodera con ánimo de apropiárselo del apero de labranza que su propietario ha dejado en el campo. Para decidir si este hecho es un hurto, en primer lugar, hay que poner en relación el elemento "apoderamiento" empleado en el § 242 con el caso concreto, sirviéndonos para ello de dos definiciones específicas: "Apoderamiento" significa "quebrantamiento de la posesión ajena, creando así una nueva posesión", entendiéndose por "posesión" la "posibilidad real de dominio". De este modo se plantea la cuestión de si el campesino tenía la posibilidad real de dominio sobre el apero de labranza que dejó en el campo. Para fundamentar la solución afirmativa a esta cuestión se suele citar la sentencia RG 50, 184. En esta sentencia se decidió que los animales domésticos que deambulan libremente están siempre en posesión de su propietario. De aquí se desprende el punto de vista más genérico de que no hay que atender a la disponibilidad continuada de la cosa entendida literalmente cuando ésta se encuentra en una relación espacial con el propietario que está condicionada por su destino económico y, en cualquier momento, puede transformarse en absoluto poder de disposición, y cuando la aceptación de este poder de dominio corresponde a la concepción natural de la vida (cfr. también BGH, JZ 1968, 307 con comentario R. SCHMITT).

4a Cfr. *Gössel*, Peters-Festschrift, págs. 55 y ss.

5 Sobre la estructura lógica de la subsunción *Engisch*, Logische Studien, páginas 19 y ss. Sobre la relación entre interpretación y subsunción cfr. *Zippelius*, Einführung, págs. 106 y ss.

6 En esto radica la importancia extraordinaria del pre-juicio también para los países con Codificaciones penales, cfr. *Engisch*, Einführung, págs. 178 y ss.; *Germann*, Rechtsfindung, págs. 371 y ss.

III. Necesidad y libertad de la interpretación

1. **Toda norma jurídica necesita ser interpretada,** incluso en casos de "claro tenor literal", pues el sentido jurídico de un precepto legal puede ser distinto a lo que el normal entendimiento deduce del texto literal aparentemente claro.

Ejemplo: Según el § 249, el robo requiere el apoderamiento de una cosa "empleando violencia en las personas". Pero por violencia no solamente se entiende el empleo de fuerza corporal (sentido literal inmediato), sino también la narcosis "sin violencia" de la víctima con medios químicos (sentido literal jurídico) (BGH 1, 145).

En otras épocas se intentó ingenuamente vincular al juez a la letra de la ley. Así, por ejemplo, en el Prólogo del *Corpus juris Fridericiani,* de 1749/51 y en la Fundamentación oficial del StGB bávaro de 1813 se prohibía el comentario. De MONTESQUIEU procede la famosa frase: "Les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi" (De *l'Esprit des Lois* [1748], Libro XI, Capít. VI). La pretensión a la obediencia del Estado absolutista y el miedo de una burguesía que despertaba a la libertad ante la arbitrariedad judicial condujeron al mismo resultado: la estricta vinculación del juez al tenor literal de la ley.

Prohibir la interpretación significa tanto como querer impedir a la vida que cree problemas jurídicos, en los que el legislador no ha pensado, y prescribir al juez que no se acuerde de sus anteriores sentencias. La única cuestión que cabe plantear es, por tanto, la manera en que se pueda asegurar que la función de garantía de la ley penal se siga manteniendo en la interpretación. Para conseguirlo *se emplean reglas de interpretación reconocidas* de las que se derivan una vinculación objetiva del juez (cfr. infra, § 17 IV).

2. Si los *hechos* esenciales para la culpabilidad del reo no se pueden demostrar, hay que aplicar el principio "in dubio pro reo" (cfr. *supra,* § 16 II, 1). En las *cuestiones jurídicas* no hay, por el contrario, reglas de interpretación que obliguen al juez, por ejemplo, a elegir entre varias posibles interpretaciones de la ley aquella que favorezca más al acusado (**"in dubio mitius"**, "in dubio pro libertate") (RG 62, 369 [372 y ss.]); BGH 6, 131 [133]).[7] En los casos de duda respecto a la cuestión jurídica el Tribunal no tiene que elegir la interpretación más favorable al reo, sino la correcta. La tesis contraria desembocaría en la prohibición de la interpretación extensiva, lo que realmente no tendría sentido en Derecho Penal ni en ningún otro lado (cfr. *infra,* § 17 IV, 4).

7 En este sentido, la doctrina dominante; cfr. RG 62, 369 (372 y ss.); BGH 14, 68 (73); OLG Celle NJW 1968, 2.119; *Baumann,* Allg. Teil, pág. 151; *Schönke/Schröder/Eser,* § 1 Anm. 61; *LK (Tröndle),* § 2 Anm. 33; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, pág. 121.

Ejemplos: Las marcas y contraseñas (precintos, placas de identificación, número de fabricación y de motor de un vehículo de motor) son consideradas como documentos a los efectos del § 267 (RG 50, 191; BGH 9, 235 [238]). Al "escalamiento" de que se habla en el § 243, núm. 1 puede también equipararse el "introducirse por un hueco" (BGH 14, 198).

IV. Clases de interpretación

1. En la Ciencia del Derecho se entiende por interpretación la actividad que consiste en comprender y en hacer comprensible el sentido jurídico de un texto. Tradicionalmente se distinguen **cuatro métodos de interpretación:** gramatical, sistemático, histórico y teleológico.[8] Aunque esta clasificación se refiere a la interpretación de las leyes, puede igualmente emplearse en la interpretación de las sentencias.

a) Por interpretación **gramatical** se entiende la averiguación del sentido de la ley en su significado lingüístico. La principal dificultad de este tipo de interpretación reside en que previamente hay que aclarar si en ella lo decisivo es el significado literal *jurídico* o el uso idiomático *general.*

Ejemplos: Los giros postales se consideran también "cartas" en el sentido del § 354 a.r. (RG 1, 114 [115]), mientras que el BGH 1, 158 (163) para interpretar los términos "edificio", "cerca" y "espacio cerrado" en el § 243 I, núm. 2 a.r. (ahora § 243, 1 y 2) invoca el lenguaje "natural" (cfr. también BGH 10, 46 [50]).

En primer lugar, es decisiva la terminología jurídica. Para ello debe tenerse en cuenta que los términos específicamente jurídicos pueden tener distinta significación según la relación en que se encuentren (cfr. por ej., BGH 10, 194 [196]: "público"; BGH 11, 119 [121]: "tiempo de comisión del delito").[9] La significación gramatical puede venir determinada por definiciones legales (cfr. § 11). El método gramatical se complementa por el sistemático. Por medio de este método **sistemático** se deduce el sentido de la ley de la situación en que se encuentra el precepto a interpretar en el contexto sistemático (así, por ej., el § 315b incluye dentro del tráfico viario intervenciones *ajenas* al tráfico, y el § 316c la mala conducta *en el tráfico;* cfr. también BGH 18, 279 [282]). El valor cognitivo de estos métodos depende naturalmente en lo esencial de la exactitud jurídica de la redacción gramatical y de la situación sistemática del precepto legal que hay que interpretar. La nueva redacción del StGB ha mejorado el texto en ambos sentidos.

8 Sobre esto, detalladamente, *Engisch,* Einführung, págs. 73 y ss.; *el mismo,* Methoden, págs. 53 y ss.; *Zippelius,* Einführung, págs. 57 y ss. En relación con Italia, *Bettiol,* Diritto penale, págs. 124 y ss.; en relación con Austria, *Kunst,* Rechtsquellen, págs. 32 y ss.; en relación con Holanda, *D. Hazewinkel-Suringa,* Inleiding, págs. 428 y ss.

9 Cfr. *Engisch,* Die Relativität der Rechtsbegriffe, pág. 59.

b) La interpretación **histórica** recurre para aclarar el sentido legal al contexto histórico general en el que surge la ley y especialmente a su origen histórico, sobre el que suministran una información especial los materiales legislativos (proyectos, fundamentaciones, actas parlamentarias). Generalmente la interpretación histórica plantea la cuestión de qué es lo que se pretendía con la creación de la ley, conduciendo de este modo a una interpretación teleológica. El método **teleológico** se esfuerza en poner de relieve los fines y valoraciones rectoras de la ley, para conocer directamente el sentido inherente a un precepto. Lo importante de este método de interpretación no es solamente la cuestión de los bienes jurídicos, cuya protección persigue el legislador, sino también la consideración de los valores eticosociales de la acción que han sido también tenidos en cuenta decisivamente en la creación del precepto penal (cfr. *supra*, § 1 III, 2).

Ejemplo: Lo esencial del delito de cohecho (§ 332) "no es la desfiguración de la voluntad estatal, sino la conclusión de un pacto ilícito" (BGH 15, 88 [97]).

El método *teleológico* corona el proceso interpretativo,[10] porque sólo él conduce directamente a la meta propia de toda interpretación que no es otra que la de poner de relieve los fines y puntos de vista valorativos, de los que se deduce en última instancia de un modo vinculante el sentido legal decisivo. En el fondo, los otros métodos no son más que procedimientos especiales a través de los cuales puede comprenderse aproximadamente el sentido lógico (cfr., por ej., BGH 2, 365: estafa en caso de reclamación ilegal; BGH 5, 567: concepto de objeto en el § 264a a.r.). No obstante, esta secuencia metódica que, partiendo del tenor literal (BGH 3, 259 [262]; 14, 116 [118]) y pasando por la relación sistemática (BGH 7, 37 [39]) y el origen histórico (BGH 7, 165 [169]), avanza hasta el conocimiento del fin (BGH 9, 84 [87]), está internamente fundamentada, porque de este modo se recorren paso a paso los distintos grados posibles de argumentación. Normalmente la jurisprudencia procede de esta manera (cfr., por ej., RG 62, 369 [373]; BGH 5, 263 [266]; 23, 313 [314 y ss.]; 24, 40 [41 y ss.]). En la interpretación conforme al fin de la ley el juez debe siempre atenerse a las decisiones valorativas contenidas en la Constitución **(interpretación conforme a la Constitución).** Pero, en todo caso, no puede traspasar los límites del sentido legal (como hizo por ej. el LG Mannheim JZ 1969, 436, respecto al § 236 a.r.), debiendo intentar compaginar ese marco con las normas de la Constitución.[11]

10 *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung, págs. 21 y ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 127; *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 20; *Kunst*, Rechtsquellen, página 38; *Blei*, Henkel-Festschrift, págs. 109 y ss. con ejemplos.

11 Cfr. *Engisch*, Methoden, págs. 52 y ss., así como las referencias en *Engisch*, Einführung, pág. 222, nota 82b, especialmente BGH 19, 325 (330), de otra opinión, BGH 22, 146 (153); además *Eckardt*, Verfassungskonforme Gesetzasauslegung, págs. 37 y ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 Vorbem. 26 y ss.

Si, en su opinión, ello no fuera posible, deberá suspender el proceso de acuerdo con el art. 100 I GG y esperar a la decisión del Tribunal Federal Constitucional.

2. Una de las polémicas más famosas en la metodología jurídica es si en la interpretación de la ley debe atenderse a la voluntad del legislador histórico **(teoría subjetiva)** o a la "voluntad de la ley", es decir, a su sentido objetivo actual **(teoría objetiva).**[12] Este contraste tiene importancia práctica sobre todo para dirimir la cuestión de si los defectos del texto legal pueden ser corregidos por vía de interpretación. Si lo que se pretende es liberarse de una decisión del legislador que se considera ya superada, esto sólo puede conseguirse por vía interpretativa en base a una teoría objetiva, mientras que la teoría subjetiva permanece anclada en la voluntad (posiblemente equivocada) del legislador histórico. También es más fácil completar las lagunas legales con la teoría objetiva, porque de este modo se pueden tomar como punto de partida las valoraciones actualmente decisivas y no hay que reconstruir las ideas de un tiempo pasado quizá lejano.[13] Estas ventajas de la teoría objetiva la han convertido poco a poco en dominante.[14] No obstante, también está expuesta a los inconvenientes de la inestabilidad y de un subjetivismo encubierto, pues el intérprete que cree investigar la "voluntad de la ley" cae fácilmente en la tentación de la que ya previno *Goethe* con estas irónicas palabras: "Interpretad con frescura y espontaneidad, pues, de lo contrario, interpretaréis mal" (Zahme Xenien). Por eso debe intentarse encontrar una síntesis entre la teoría objetiva y la subjetiva,[15] tratando de permanecer fieles a la voluntad del legislador histórico expresada, si bien de un modo alusivo, en la ley **("teoría de la alusión").**[16] Esta voluntad del legislador histórico debe ser el contenido

12 Sobre la polémica teórica detalladamente, *Engisch*, Einführung, páginas 85 y ss.; *Liver*, Der Wille des Gesetzes, págs. 10 y ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 Anm. 51 y ss.; *Stratenwerth*, Germann-Festchrift, págs. 257 y ss. Cfr., además, BVerfGE 10, 129 y ss.

13 Cfr. para más detalles, *Bender*, JZ 1957, 599.

14 Partidarios de la teoría objetiva son, por ejemplo, *Binding*, Handbuch, página 456; *Grünhut*, Frank-Festgabe, t. I, pág. 6; *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung, págs. 47 y ss.; *Mezger*, Lehrbuch, pág. 81; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 124 y ss.; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 22; *Zippelius*, Einführung, págs. 26 y ss. En Suiza se alega en defensa de la teoría objetiva que el legislador no es el Parlamento sino el pueblo, cfr. *Germann*, Methodische Grundfragen, págs. 16 y 115. A favor de la teoría objetiva se pronuncia también *Betti*, Rabel-Festschrift, t. II, págs. 129; *el mismo*, L'interpretazione della legge, págs. 163 y ss. Sobre el sentido de lo "objetivo" *Schwalm*, Heinitz-Festschrift, págs. 51 y ss. Partidarios de la teoría subjetiva son, por el contrario, *Engisch*, Einführung, páginas 94 y ss.; *H. Mayer*, Lehrbuch, pág. 84; *Naucke*, Engisch-Festschrift, página 280. La Jurisprudencia emplea ambos métodos: cfr. BGH 6, 147 (149) y 14, 116 (119 y ss.) con BGH 10, 157 (159 y ss.) o 24, 29 (30 y ss.).

15 En este sentido, *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung, página 55; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 Anm. 52; *Klug*, Juristische Logik, pág. 139; *Larenz*, Methodenlehre, págs. 296 y ss.; *Mennicken*, Gesetzesauslegung, págs. 75 y ss.; *SK (Schreiber)*, § 1 Anm. 23; *Krey*, Studien, pág. 187.

16 El error en los motivos debe quedar, según esto, fuera de consideración,

lógico decisivo, en tanto no existan poderosos argumentos de justicia, el desarrollo de la técnica o sencillamente el espíritu de la época que aconsejen superar las decisiones valorativas del pasado (cfr., por ejemplo, BGH 2, 194 [204] sobre la necesidad de modificar el tratamiento del error de prohibición conforme al principio de culpabilidad; sobre el concepto de arma cfr. BGH 1, 1; sobre la obscenidad en un impreso, BGH 23, 40 [42 y ss.]). En esta síntesis también ocupa un lugar importante el momento en el que se promulgaron las leyes: las leyes modernas deben interpretarse atendiendo fundamentalmente a los materiales legislativos, mientras que en las leyes antiguas hay que tener en cuenta sobre todo el significado objetivo que le haya atribuido la praxis jurídica.[17] En la más reciente jurisprudencia también se aspira en la mayoría de los casos a una síntesis entre la teoría objetiva y la subjetiva.[18]

3. Otros criterios de interpretación se encuentran en la **estructura de los preceptos juridicopenales.** El Derecho Penal pretende en primer lugar la *protección de bienes jurídicos,* por lo que es importante en la averiguación del fin de la ley el conocimiento del bien jurídico protegido y del ámbito de protección (cfr. BGH 2, 362 [363] sobre favorecimiento). Junto a la dañosidad social del hecho desempeñan además un importante papel los criterios de valoración eticosociales, por lo que también se deben tener en cuenta los *valores de la acción* que el legislador ha tenido presente (BGH 6, 40 [52] respecto al § 180 a.r.). Finalmente también aportan importantes indicios para la interpretación las *conminaciones penales*[19] (BGH 7, 134 [138] respecto a la relación entre hurto y receptación; cfr. además, BGH 22, 114 [117] respecto al § 316a; 178 [179] respecto al § 236 a.r.).

4. En Derecho Penal se mantiene a veces la opinión de que la interpretación **extensiva** no debe admitirse, mientras que por el contrario es obligada la interpretación **restrictiva.**[20] Se alega para ello el que las normas penales son normas de carácter gravoso ("odiosa

cuando la verdadera voluntad del legislador no ha sido expresada en la ley (cfr. BGH 1, 74 [76]; 10, 8 [10]; 8, 294 [298]; 11, 52 [53]).

17 Sobre la experiencia obtenida con la aplicación del StGB suizo de 1937 cfr. *Clerc,* SchwZStr 64 (1949), págs. 1 y ss.

18 BVerfGE 1, 312; BGH 2, 99 (103 y ss.); 10, 157 (159 y ss.); 11, 304 (314); 24, 40.

19 Cfr. *Germann,* Methodische Grundfragen, págs. 78 y ss.

20 En este sentido, todavía la decisión mayoritaria del IV° Congrès International de Droit Pénal 1937, Actes du Congrès, pág. 110. Cfr. detenidamente *Engisch,* Einführung, págs. 100 y ss. La actual teoría dominante, también fuera de Alemania, es partidaria de la admisión de la interpretación extensiva; cfr. por ejemplo, *Germann,* Rechtsfindung, págs. 104 y ss.; *Trousse,* Droit pénal, págs. 140 y ss.; *Bettiol,* Diritto penale, pág. 129; *Jiménez de Asúa,* ZStW 63 (1951), páginas 181 y ss.; *Merle/Vitu,* Traité, págs. 214 y ss.; *Schultz,* Einführung, I, página 82; *Kunst,* Rechtsquellen, págs. 46 y ss., ambos con citas jurisprudenciales. Con reservas, *D. Hazewinkel-Suringa,* Inleiding, págs. 433 y ss.; *Devesa,* Derecho penal, pág. 157.

sunt restringenda") y el carácter excepcional del Derecho Penal ("singularia non sunt extendenda"; cfr. BGH 17, 69 [74]). Esta tesis se rechaza actualmente por la doctrina dominante en Alemania.[21] Debe observarse, no obstante, que los conceptos "restrictivo" y "extensivo" pueden tener diferente significación.[22] Desde luego, sería totalmente erróneo reducir en Derecho Penal la interpretación al sentido literal puramente externo o natural. Desde siempre se ha considerado que la estricta vinculación al tenor literal es un medio auxiliar inadecuado para garantizar la seguridad jurídica.[23] El sentido literal inmediato puede ser tanto ampliado como restringido, lo importante es el sentido razonable de la ley. "Bajo este punto de vista no hay propiamente interpretación extensiva, sino interpretación correcta".[24]

El traspasar los límites del sentido legal no es ya, por el contrario, interpretación, sino analogía entendida como nueva creación del Derecho, que está prohibida en Derecho Penal cuando se hace en perjuicio del reo (cfr. *supra,* § 15 III, 2).

Ejemplos: La aplicación del § 299 relativo a la ilícita violación de correspondencia al control ilícito de conversaciones telefónicas hubiera supuesto una nueva creación de Derecho tan inadmisible como el haber extendido el § 142 a.r. relativo a la huida de un accidente en el tráfico viario a la huida de un accidente en el tráfico fluvial (BGH 14, 116).

5. Una última cuestión que debe tratarse en relación con este tema, nos conduce de nuevo al punto de partida: ¿qué significado tiene para la interpretación el *tenor literal* legal? Nadie que conozca la praxis se atreverá a negar que lo primero que hay que averiguar es el tenor literal (BGH 3, 259 [262]: "Toda interpretación comienza por la palabra"). El problema es sólo, si el sentido literal representa también el *límite* de la interpretación o si el juez puede traspasarlo cuando el "verdadero sentido de la ley" parezca estar más allá del sentido literal, es decir, si es admisible en Derecho Penal una interpretación no cubierta por el sentido literal externo. Muchas veces se responde afirmativamente a esta cuestión, para evitar que la jurisprudencia se aferre al formalismo de las palabras.[25] Pero contra una

21 Cfr. *Engisch,* Methoden, págs. 63 y ss.; *Grünhut,* Frank-Festgabe, página 28; *Schönke/Schröder/Eser,* § 1 Anm. 60; *Welzel,* Lehrbuch, pág. 22. De otra opinión, en cambio, *Geerds,* Engisch-Festschrift, pág. 420.

22 Sobre esto, detalladamente, *Burckhardt,* Methode und System des Rechts, págs. 286 y ss.

23 Cfr. el famoso aforismo del jurista romano *Celso* de la época del Emperador Adriano: "Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem".

24 Así *Germann,* Methodische Grundfragen, pág. 121.

25 Así, especialmente, *Germann,* Methodische Grundfragen, págs. 104 y 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 y ss.; *Schultz,* Einführung I, pág. 82; *Strassburg,* Analogieverbot, págs. 123 y ss. Cfr. también BGE 95 (1969), IV 73.

libertad de este tipo se pueden alegar muchas razones.[26] El sentido de la ley sólo puede expresarse en palabras, que constituyen la materia prima de la interpretación. Por eso mismo, debe respetarse, en todo caso, el **"sentido literal posible" como límite extremo** (BGH 4, 144 [148]; 26, 95 [96]).[27] Lo que está más allá de ese límite es ya una creación complementaria del Derecho que no puede calificarse metodológicamente como interpretación. Por razones juridicopolíticas el criterio del sentido literal posible es infranqueable, pues con él se ofrece el único elemento objetivamente verificable que con una cierta seguridad deja conocer dónde comienza la responsabilidad del juez que crea autónomamente el Derecho.

Ejemplos: La receptación de "cosas sustitutivas" podría ser subsumida en el § 259, ya que la frase "cosas, que otro ha robado" comprende también el caso de que se reciba una cosa comprada con dinero robado.[28] De una interpretación correcta se deriva, sin embargo, que la receptación de cosas o bienes sustitutivos no encaja en el § 259. El sentido real de la ley puede ser, por tanto, más estrecho que el sentido literal posible (BGH 11, 199 [203], 22, 190): En este caso es ya nueva creación del Derecho prohibida el traspasar el sentido real de la ley. Por el contrario, la imposibilidad de castigar las llamadas telefónicas nocturnas como allanamiento de morada (§ 123) radica ya en el sentido literal posible del término "penetrar", e igualmente la posibilidad de castigar como lesión peligrosa (§ 223a) el empujar a una persona contra una pared tropieza con el sentido literal posible que sólo permite incluir en este precepto la lesión provocada por medio de un "instrumento" (BGH 22, 235).

Del sentido literal posible sólo se puede prescindir, cuando existe un evidente defecto en la redacción del texto legal **(defectos de redacción).** Estos casos de corrección de defectos de redacción pueden deberse, en primer lugar, a que el legislador haya dado una expresión demasiado estricta a su voluntad declarada, porque haya olvidado un grupo de casos ("lex minus dixit quam voluit") (BGH 1, 47 [49 y ss.]; 6, 394 [396]). Pero, en segundo lugar, también es pensable, que el sentido de la ley no haya encontrado una expresión suficientemente perdurable y que haya sido superado por la evolución posterior (BGH 10, 375 sobre la extensión del término "coche de caballos" a un automóvil; cfr. también, RG 39, 183; 47, 404 [407]). Quien admita la corrección de tales "defectos secundarios de redacción", se aproximará a la tesis, aquí ya rechazada, que no acepta el texto legal como límite a la interpretación. No obstante, existe una diferencia esencial en tanto que, en todo caso, debe darse una fundamentación especial para corregir el tenor literal, antes de que la interpretación se atreva a dar este último paso.

26 Así, la concepción dominante en Alemania; cfr. BGH 3, 300 (303); *Engisch*, Einführung, págs. 73 y ss.; *el mismo*, Methoden págs. 62 y ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 Anm. 48; *SK (Schreiber)*, § 1 Anm. 24; *Baumann*, MDR 1958, 394; *el mismo*, Allg. Teil, págs. 154 y ss.; *Larenz*, Methodenlehre, pág. 309; *Krey*, Studien, págs. 146 y ss.; *Bender*, JZ 1957, 599; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 22; *Roxin*, Kriminalpolitik, pág. 15, nota 41; *Hassemer*, Tatbestand, pág. 164; *Danckert*, Grenze, págs. 96 y ss.; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 11; *Zippelius*, Einführung, pág. 31; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 112, nota 25, se muestra, sin embargo, escéptico respecto al valor de estos límites. En los Ordenamientos latinos se acentúa, por el contrario, la importancia de los límites representados por el tenor legal; cfr. *Bettiol*, Diritto penale, págs. 124 y ss.; *Merle/Vitu*, Traité, pág. 214; *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal, pág. 156. Igualmente también en Austria; cfr. *Foregger*, ÖJZ 1960, 291; *Kunst*, JBl 1971, 332; *el mismo*, Verh. d. 5. österr. Juristentags, 1973, t. II, pág. 29; y en Holanda, *D. Hazewinkel-Suringa*, Inleiding, pág. 432.

27 Cfr. especialmente BGH 10, 157 (160): "(La ley) no es letra muerta, sino espíritu vivo que se desarrolla, que progresa con las circunstancias de la vida y que pretende seguir estando vigente adaptándose a ellas, *siempre que no rompa la forma en la que ha sido fundida*".

28 Cfr. *Stree*, JuS 1961, 50. Sobre el estado de opinión, *Schönke/Schröder/Stree*, § 259 Anm. 14.

* * *

Los límites, siempre difíciles de marcar, entre interpretación y creación del derecho se convierten en Derecho Penal en una cuestión realmente dramática que incide sobre toda su problemática. Desde el momento en que se adopta el principio de legalidad de los delitos y las penas, trasvasado luego a las medidas posdelictuales, la responsabilidad penal sólo puede fundamentarse o agravarse por lo dispuesto en una ley y únicamente dentro de los límites estrictos que ésta permita. Pero desde la aspiración de Montesquieu *a que los jueces fueran la boca que pronunciara las palabras de la ley hasta la pretensión más reciente de crear libremente el derecho por vía judicial hay un largo trecho dentro del cual debe centrarse la interpretación jurídica.*

1. El límite máximo de la interpretación de la ley penal es el "sentido literal posible" de los términos lingüísticos utilizados en la redacción del texto legal. Toda interpretación que exceda de este sentido literal posible deja, en Derecho Penal, de ser interpretación para convertirse en creación del derecho por vía judicial o doctrinal y, por tanto, en la medida en que sirva para fundamentar o agravar la responsabilidad penal, infringe el principio de legalidad. De ahí la importancia de la interpretación gramatical en Derecho Penal que no debe ser entendida como interpretación gramatical stricto sensu, *sino como análisis semántico de la proposición jurídica emitida por un órgano legislativo concreto, en un determinado contexto histórico, geográfico y cultural, con unos determinados destinatarios. También la interpretación histórica puede ayudar, aunque en menor grado, a la determinación del sentido literal posible del texto legal; pero, en todo caso, no puede olvidarse que lo único relevante es la voluntad objetivada en la ley y no la del legislador histórico que la creó, por más que en las leyes muy recientes esta voluntad del legislador pueda ser reveladora para aclarar el sentido exacto de la proposición jurídica. La interpretación sistemática tiene una doble relevancia: por una parte alude al propio sistema legal que permite obtener algunas conclusiones en orden a la interpretación de un precepto legal concreto, y, por otra, a la lógica interna de las mismas proposiciones jurídicas que no pueden contradecirse y que, por lo tanto, pueden ser entendidas con ayuda de procedimientos o argumentos extraí-*

dos de la lógica. Finalmente la interpretación teleológica pone al intérprete en relación con los fines de la ley y con ello con el concepto de bien jurídico protegido, criterio rector importantísimo a la hora de interpretar los tipos penales concretos.[1]

2. Todos estos criterios sirven, en mayor o menor medida, con distinta importancia jerárquica, para averiguar el sentido de la ley y establecer los límites del orden legal vigente, las fronteras de lo punible y de lo impune. La interpretación de la norma penal es, pues, el prius lógico de cualquier otra actividad, sea teórica, sea práctica. Pero el principal problema práctico se plantea, no con la interpretación propiamente dicha, sino con la subsunción de un hecho de la realidad en la norma penal ya interpretada. A las dificultades existentes para averiguar el sentido de la proposición jurídica se añaden las dificultades, no puramente lógicas, sino sociales, políticas y psicológicas, que surgen a la hora de determinar los hechos y de valorarlos jurídicamente. Muchas interpretaciones legales vienen condicionadas por estas dificultades que presenta la subsunción. Es frecuente que se den como probados hechos o una determinada forma de comisión de los mismos realmente inexistentes en función de la norma que se quiere aplicar (cfr. supra, *nota al § 16.) Y es también frecuente que se fuerce la interpretación del sentido literal del precepto legal para aplicarlo a un hecho difícilmente subsumible en él. De hecho, de un modo u otro, lo que el juzgador aplica en muchas ocasiones es algo más, o algo menos, de lo que la ley correctamente interpretada dice. Y esto es un dato también a tener en cuenta a la hora de enjuiciar de un modo totalizador la tarea de interpretar y aplicar el derecho.*[2]

3. Por todo ello, es difícil marcar en el plano de lo concreto los límites entre la interpretación fiel a la ley y la creación libre del derecho. Una cosa debe quedar, sin embargo, clara: en Derecho Penal cualquier declaración o agravación de la responsabilidad penal debe fundamentarse en el texto de una proposición jurídica que tenga forma y rango jerárquico de ley. La analogía in malam parten o cualquier otra forma de fundamentar o agravar la responsabilidad penal en otra cosa que no sea la ley, es contraria al principio de legalidad (cfr. nota al § 15). Todo lo demás entra en el campo de lo especulativo y de lo discutible. Declaraciones como la contenida en el apartado 1.° del art. 3.° del Título Preliminar del Código Civil no tienen en Derecho Penal más valor que el de una simple recomendación o consejo, sin valor vinculante alguno.[3]

[1] Sobre los distintos criterios de interpretación con ejemplos extraídos del Código Penal, cfr. *Muñoz Conde*, Introducción al Derecho Penal, Barcelona, 1975, páginas 139 y ss.

[2] Cfr. *Muñoz Conde*, ob. cit., pp. 156 y ss.; *Córdoba Roda*, Consideraciones sobre la jurisprudencia penal, en Revista Jurídica de Cataluña, 1974, pp. 119 ss.

[3] En este sentido, *Cobo del Rosal*, en *Del Rosal*, Tratado de Derecho Penal español, Parte General, vol. I, 2.ª ed., revisada y corregida por *M. Cobo*, Madrid, 1976, pp. 330 y ss.; cfr. también *Díez Picazo y Gullón*, Sistema del Derecho civil, volumen I, 2.ª ed., 1978, pp. 204 y ss.

Capítulo 4.°

ÁMBITO DE VIGENCIA DEL DERECHO PENAL ALEMÁN

Todo el complejo ámbito de vigencia del Derecho Penal alemán se estructura en *tres círculos de problemas:* en primer lugar, se trata de averiguar la cuestión de cuando un supuesto de hecho relacionado con un Ordenamiento jurídico extranjero está sometido, al mismo tiempo, al poder punitivo alemán; este problema suele tratarse bajo la rúbrica "*Derecho Penal Internacional*" (cfr. *infra*, § 18). En segundo lugar, también hay que ocuparse de los privilegios de determinados grupos de personas que, por razones de Derecho Internacional o Constitucional, están sustraídas al poder punitivo estatal; se habla en este caso del "*ámbito de vigencia personal*" (cfr. *infra*, § 19).

Y, por último, hay que ocuparse del problema, de especial importancia para Alemania, del cual es el Derecho Penal aplicable cuando en varias partes de la nación están vigentes diferentes leyes penales que para el enjuiciamiento de un hecho vienen en consideración; a esta cuestión se le denomina "Derecho Penal Interlocal" (cfr. *infra*, § 20).

§ 18 *El Derecho Penal Internacional (Ámbito de vigencia internacional)*

Actes du VIII[e] Congrès International de Droit Pénal, Lisbonne 1961, 1.965; Actes du IX[e] Congrès International de Droit Pénal, La Haye 1964, 1.968; L'amélioration de la justice répressive par le droit européen, 1970; *Baltatzis*, Der Personalgrundsatz im internationalen Strafrecht, 1938; *Bauer*, Die völkerrechtswidrige Entführung, 1968; *Bergmann*, Der Begehungsort im internationalen Strafrecht etc., 1966; *Karin Cornils*, Die Fremdrechtsanwendung im Strafrecht etcétera, 1978; *Dahm*, Völkerrecht, t. I, 1958; *Dauses*, Der gegenwärtige Stand des Weltraumrechts, NJW 1973, 172; *Donnedieu de Vabres*, Les principes modernes du droit pénal international, 1928; Droit pénal européen, 1970; *Drost*, Völkerrechtliche Grenzen für den Anwendungsbereich staatlicher Strafnormen, Niemeyers Zeitschrift für internat. Recht 43 (1930-31), pág. 111; *Duk*, Collaboration au sein du Benelux etc., 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; *Falck*, Straffrätt och territorium, 1976; *Feller*, Jurisdiction over offenses with a foreign element, en: *Bassiouni/Nanda* (comp.), International Criminal Law, t. II, 1973, pág. 5; *Gallas*, Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs, ZStW 80 (1968), pág. 1;

George, Extraterritorial Application of Penal Legislation, MichLR 64 (1965-66), página 609; *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, 345; *el mismo*, Internationaler Rechtshilferverkehr in Strafsächen, desde 1955, desde la entrega 22 (1975) comp. de Pötz; *Annemarie v. Hammerstein*, Die Wirkung ausländischer Strafurteile im Inland, Diss. Freiburg 1964; *Hegler*, Prinzipien des internationalen Strafrechts, Strafr. Abh. Heft 67, 1906; *el mismo*, Fragen des internationalen Strafrechts, E 1927, Anlage I, pág. 5; *Herndl*, Lotus-Fall, WVR, t. II, pág. 431; *Hulsman*, Transmission des poursuites pénales etcétera, Recueil d'études en hommage à J. M. van Bemmelen, 1965, pág. 108; *Jennings*, Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Laws, British Yearbook of International Law 33 (1957), pág. 146; *Jescheck*, Zur Reform der Vorschriften des StGB über das internationale Strafrecht, Internationales Recht und Diplomatie, 1956, 75; *el mismo*, Straftaten gegen das Ausland, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 275; *el mismo*, Die an Bord von Luftfährzeugen begangenen Straftaten und ihre Rechtsfolgen, Deutsche Beiträge zum VII Internat. Strafrechtskongreß in Athen, 1957, pág. 195; *el mismo*, Strafrecht, internationales, WVR, t. III, 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*, Gegenstand und neueste Entwicklung des internationalen Strafrechts, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 579; *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*, European Criminal Law in Development, Festschrift für R. Rie, 1975, pág. 25; *el mismo*, Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 683; *Johannes*, Das Strafrecht im Bereich der Europäischen Gemeinschaften, Europarecht 1968, 63; *el mismo*, Zur Angleichung des Straf- und Strafprozeßrechts in der EWG, ZStW 83 (1971), pág. 531; *Kielwein*, Zum gegenwärtigen Stand einer internationalen Kriminalpolitik, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 95; *el mismo*, Reformfragen im internationalen Strafrecht, GA 1954, 211; *Kohler*, Internationales Strafrecht, 1917; *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; *Liebscher*, Die neue Struktur des Internationalen Strafrechts etc., JBl 1974, 393; *Luther*, Gegenwartsfragen des internationalen Strafrechts, MSchrKrim 1962, 65; *Lüttger*, Lockerung des Verfolgungszwangs bei Staatschutzdelikten? JZ 1964, 569; *Maier*, Das deutsch-französische Abkommen vom 2. 2. 1971, NJW 1975, 465; *Makarov*, Betrachtungen zum internationalen Strafrecht, Festschrift für E. Kern, 1968, pág. 253; *Mankiewicz*, Die Verfolgung der in einem Luftfahrzeug begangenen Straftat, GA 1961, 193; *v. Martitz*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, I. Abteilung, 1888; *Mendelssohn Bartholdy*, Das räumliche Herrschaftsgebiet des Strafgesetzes, VDA, t. VI, pág. 85; *Mettgenberg*, Internationales Strafrecht auf See, ZStW 52 (1932), pág. 802; *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, t. II, pág. 388; *I. v. Münch*, Cutting-Fall, WVA, t. I, pág. 305; *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, 633; *el mismo*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, 19; *Nuvolone*, Die Kollisionsnormen auf dem Gebiet des Strafrechts in Europa, ZStW 66 (1954), pág. 545; *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 z. VIII. Int. Kongreß f. Rechtsvergleichung, 1971, pág. 48; *el mismo*, Das deutsche Strafrecht und die Piratensender, 1970; *el mismo*, Internationales Strafrecht, 1973; *Pabsch*, Der strafrechtliche Schutz der überstaatlichen Hoheitsgewalt, 1965; *Rechke*, 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) Supp., Part II, pág. 435; *Ridder*, Joyce-Fall, WVR,t. II, pág. 175; *Roßwog*, Das Problem der Vereinbarkeit des aktiven und passiven Personalgrundsatzes mit dem Völkerrecht, 1965; *Rumpf*, Das Recht der Truppenstationierung in der Bundesrepublik, 1969; *Samson*, Die öffentliche Aufforderung zur Fahnenflucht an NATO-Soldaten, JZ 1969, 258; *Schmidt-Räntsch*, Die internationale Luftrechtskonferenz in Tokio, en: *A. Meyer*, Internationale Luftfahrtabkommen, t. V, 1964, pág. 330; *el mismo*, Die internationale Luftrechtskonferenz etc., ZLW 20 (1971), pág. 63; *Schnitzer*, Fremdenrecht, WVR, tomo I, pág. 566; *Schnorr v. Carolsfeld*, Straftaten in Flugzeugen, 1965; *el mismo*, Probleme des internationalen Strafprozeßrechts, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 615; *Schönke*, Gegenwartsfragen des internationalen Strafrechts, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 105; *Schröder*, Die Teilnahme im internationalen Strafrecht, ZStW 61 (1942), pág. 57; *Schroeder*, Der "räumliche Geltungsbereich" der Strafgesetze, GA 1968, 353; *el mismo*, Schranken für den räumlichen Geltungsbereich des Strafrechts, NJW 1969, 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, 81; *el mismo*, Zur Regelung des räumlichen Geltungsbereichs durch den E 1962, GA 1966, 193; *de Schutter*, Mutual Assistance in Criminal Matters between the Benelux Countries, Netherlands International Law Review 1967, 382; *Shearer*, Extradition in International Law, 1971; *Helen Silving*, In re Eichmann: A Dilemma of Law and Morality, AJIL 55 (1961), pág. 307; *Stanbach*, Die Anwendung ausländischen Strafrechts durch den inländischen Richter, 1964; *Travers*, Le droit pénal international et sa mise en oeuvre en temps de paix et en temps de guerre, t. I, 1920; *Vogler*, Die Tätigkeit des Europarats auf dem Gebiet des Strafrechts, ZStW 7 (1967), pág. 371; *el mismo*, Die Europäischen Übereinkommen über die Auslieferung und die sonstige Rechtshilfe in Strafsachen, ZStW 80 (1968), página 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; *von Weber*, Der Schutz fremdländischer staatlicher Interessen im Strafrecht, Festgabe für R. v. Frank, t. II, 1930, pág. 269; *el mismo*, Das passive Personalitätsprinzip, Deutsche Landesreferate zum III. Internat. Kongr. f. Rechtsvergleichung, 1950, pág. 894; *el mismo*, Internationales Luftstrafrecht, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 111; *Wegner*, Über den Geltungsbereich des staatlichen Strafrechts, Festsgabe für R. v. Frank, t. I, 1930, pág. 98; *Wengler*, Völkerrecht, tomo II, 1964; *el mismo*, Völkerrechtliche Schranken des Anwendungsbereichs von Strafgesetzen, JZ 1977, 257; *Wille*, Die Verfolgung strafbarer Handlungen an Bord von Schiffen und Luftfahrzeugen, 1974; *Zlatarić*, Erwägungen zum Abkommen über strafbare Handlungen an Bord von Luftfahrzeugen, Geburtstagsgabe für H. Grützner, 1970, pág. 160.

Cfr. además *de Schutter*, Bibliography of International Criminal Law, 1972.

I. Concepto, límites e ideas fundamentales del Derecho Penal Internacional

1. El Derecho Penal Internacional se ocupa de la cuestión de cuando está sometido al **poder punitivo propio** un supuesto de hecho, que, bien por la nacionalidad del delincuente o de la víctima o bien porque se haya cometido en el extranjero, muestra un aspecto internacional (cfr. *supra*, § 2 I, 2). Poder punitivo propio significa propia legitimación penal en el sentido de que el Estado, tanto frente al delincuente como frente a los demás Estados, posee la facultad de ejercer la coacción jurídica a través del Derecho Penal en relación a una determinada acción.

La existencia del poder punitivo estatal es un presupuesto material necesario de la sentencia penal, pues la coacción penal sólo puede emplearse si la respectiva acción está sometida al propio poder punitivo.[1] Si no se da este presupuesto, el Estado carecerá de la facultad de comprobar la punibilidad del caso, porque su Ordenamiento jurídico no es aplicable en absoluto.[2]

Sólo cuando está claro el poder punitivo del propio Estado sobre un determinado supuesto de hecho, puede seguir investigándose si el *propio Derecho Penal material* es aplicable o el propio Derecho remite en este caso por ejemplo al Derecho Penal de otro Estado, lo que ciertamente es raro, pero sucede algunas veces (cfr. art. 6 I, 2 StGB suizo). En una acepción estricta las reglas del Derecho Penal Internacional no tratan en primer lugar del ámbito de aplicación del propio Derecho Penal material, sino del problema, previo a esta cuestión, de la extensión del poder punitivo del Estado, cuya existencia también se puede expresar por la remisión a otro Ordenamiento jurídico.[3] Sólo en segundo lugar es el Derecho Penal Internacional un **Derecho de aplicación del Derecho Penal.** El Derecho Penal Internacional vigente en Alemania parte de la aplicación exclusiva del Derecho Penal material alemán por los Tribunales alemanes. Pero en algunos casos determinados podría imponer la aplicación del Derecho Penal extranjero, convirtiéndose en un *Derecho de colisión* similar al Derecho Internacional Privado.

La *aplicación del Derecho Penal extranjero* por jueces nacionales, como estaba prevista anteriormente en el Derecho Penal alemán para los delitos cometidos en el extranjero por extranjeros posteriormente nacionalizados

1 Cfr. para más detalles *Binding*, Handbuch, pág. 374; *Schultz*, Auslieferungsrecht, pág. 34; *Jescheck*, WVR, t. III, pág. 396; *Schroeder*, GA 1968, 354.

2 Cfr. *Mendelssohn Bartholdy*, VDA t. VI, pág. 86, nota 1.

3 En el mismo sentido, *LK (Tröndle)*, § 3 Vorbem. 2; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 145; *Vogler*, Maurach-Festschrift, pág. 602; *Schönke/Schröder/Eser*, § 3 Vorbem. 1. Muchas veces sólo se cita este segundo punto de vista; así, por ejemplo, *Blei*, Allg. Teil, pág. 39; *Oehler*, Internationales Strafrecht, págs. 127 y ss.; *SK (Samson)*, § 3 Vorbem. 1.

(los llamados nuevos ciudadanos) (cfr. § 4, núm. 3 en su redacción de 1934), tiene la ventaja de que utiliza aquel Ordenamiento jurídico que está más próximo al supuesto de hecho.[4] En el Derecho alemán vigente sólo es posible considerar el Derecho extranjero en lo que se refiere a los límites de la pena para determinar la extensión de ésta. Además puede renunciarse a perseguir un delito cometido en el extranjero, aunque esté sometido al poder punitivo alemán, cuando su castigo en Alemania no se considere necesario (§ 153c I, número 1 StPO). Sin embargo, *Nowakowski* acentúa con razón[5] que cuando a un hecho cometido en el extranjero sea aplicable el Derecho Penal nacional, pueden desempeñar un papel preceptos jurídicos extranjeros que no tengan carácter penal. Así, por ejemplo, sucede en los casos en que el delincuente actúa en territorio nacional, pero el resultado se produce en el extranjero, así como en aquellos casos de participación desde territorio nacional en un hecho principal cometido en el extranjero, o simplemente en los delitos cometidos "en su totalidad" en el extranjero. En estos casos el Derecho Penal nacional es aplicable de acuerdo con el § 9 I, II, aunque el hecho según el Derecho extranjero no sea típico, esté justificado o sea disculpable (cfr. *infra*, § 18 IV, 2b 3). Para la participación desde territorio nacional el § 153c I, núm. 1 StPO prevé el sobreseimiento de la persecución penal. Este precepto puede ser igualmente aplicable por analogía a los delitos cometidos en territorio nacional con resultado producido en el extranjero.[6] Por lo demás sigue siendo aplicable la idea contenida en el § 3 II en su anterior redacción a los casos de falta de tipicidad del hecho en el Derecho extranjero. Este precepto excluía la pena, "cuando el hecho, de acuerdo con las circunstancias especiales existentes en el lugar de su comisión, no se considere injusto punible"[7] (cfr. la edición anterior, págs. 135 y s.). El Derecho extranjero debe ser tenido también en cuenta en estos casos para la interpretación de algunos elementos del tipo (por ej., "niño", "cosa ajena", "pariente"), para la determinación de los deberes de garante en los delitos impropios de omisión y de las causas de justificación y de exculpación (dudoso OLG Köln, MDR 1973, 688).[8]

2. Cada Estado es soberano para decidir los límites del propio poder punitivo **(Principio de la competencia autónoma de los Estados).**[9] Desde luego, el Estado debe observar en esta cuestión las pertinentes reglas del Derecho Internacional, aunque éste deje en gran

4 Cfr. sobre ello las sesiones de la IV Sección del VIII[e] Congrès international de droit pénal, Lisboa 1961, Actes du Congrès, págs. 511 y ss., así como la resolución de este Congreso, ZStW 74 (1962), págs. 195 y ss., en la que se recomienda la aplicación del Derecho Penal extranjero a las acciones punibles cometidas en el extranjero, págs. 196 y ss.; *Luther*, MSchrKrim 1962, 69 y ss. En contra, *Oehler*, Grützner-Geburtstagsgabe, págs. 124 y ss.

5 *Nowakowski*, JZ 1971, 633 y ss.

6 *Kleinknecht*, § 153c StPO Anm. 3 limita el precepto, sin embargo, a los casos en los que el lugar de la actividad y del resultado están en el extranjero.

7 Así, con razón, *SK (Samson)*, § 9 Anm. 20.

8 Cfr. sobre ello, detenidamente, *Karin Cornils*, Die Fremdrechtsanwendung im Strafrecht etc., 1978.

9 *v. Martitz*, Rechtshilfe, t. I, pág. 43; *Binding*, Handbuch, pág. 372; *Hegler*, Prinzipien, págs. 44 y ss.; *Donnedieu de Vabres*, Principes, pág. 3.

parte en manos de los Estados la configuración del Derecho Penal Internacional ("pouvoir discrétionnaire"). Sin embargo, el Estado no puede atribuirse un poder punitivo sin tener en cuenta si el supuesto de hecho tiene relación con su propio interés legítimo en la Administración de Justicia. El límite máximo de esta facultad de fijar la propia competencia está formado por la *prohibición de abuso jurídico* que con carácter general impone el Derecho Internacional (cfr. *infra*, § 18 II, 3 y 4).[10] Puesto que es el Estado mismo el que establece las reglas del Derecho Penal Internacional para él vigentes, esta parte del Derecho Penal pertenece al Derecho *estatal* y no al Derecho Internacional, aunque se trate de normas para la aplicación del propio poder punitivo a extranjeros y a hechos cometidos en el extranjero.[11]

3. Del problema de los límites del poder punitivo nacional hay que distinguir la cuestión de la **soberanía de la Jurisdicción penal nacional** frente a determinadas categorías de extranjeros o frente a nacionales que han cometido determinadas clases de delitos que muestran aspectos internacionales.[12] La primera cuestión pertenece al Derecho Penal Internacional, la segunda al Derecho Procesal Penal Internacional. Normalmente coinciden poder punitivo y jurisdicción penal, ya que todo Estado aspira a hacer valer su poder punitivo por sus propios Tribunales, porque incluso en el ámbito internacional el Estado es responsable del Orden Público en su esfera de soberanía. Existen, sin embargo, excepciones a este principio. En estos casos excepcionales no coinciden la extensión del poder punitivo y la extensión de la jurisdicción penal, porque los Estados pueden acordar en Tratados internacionales limitar su jurisdicción penal,[13] sin tener que renunciar por eso al mantenimiento de su poder punitivo material.

Ejemplos: Según el art. 3, II del Tratado para la regulación de las cuestiones surgidas a raíz de la guerra y de la ocupación de 26-5-1952 (Tratado de transición) (BGBl. 1955 II, pág. 405) no es competente la soberanía jurisdiccional penal alemana en relación con aquellas acciones que de acuerdo con el Derecho de ocupación estaban excluidas de dicha Jurisdicción en el momento de la entrada en vigor de dicho Tratado (BGH 21, 29 [33]). La impunidad de aquellos alemanes que habían sido condenados en rebeldía en Francia (cfr. sobre ello la anterior edición, pág. 129), ha sido ahora anulada por un acuerdo con Francia que ha restablecido de nuevo la jurisdicción alemana (cfr. Ley de 9-4-1975, BGBl. II, pág. 431).[14] La regulación de las cuestiones jurisdiccionales en el art. VII del Estatuto de las tropas de la OTAN de 19-6-1951 (BGBl. 1961 II, página 1.190)[15] tampoco afecta al poder punitivo material de los Estados miembros, como se deduce de la posibilidad de renunciar a la jurisdicción en favor de otro miembro.[16] Según el artículo 19 del Acuerdo adicional de 3-8-1959 (BGBl. 1961 II, pág. 1.218) la República Federal ha accedido incluso a una ulterior limitación de su jurisdicción penal sobre las tropas estacionadas en su territorio, como si fuera un caso previsto en el Estatuto de las tropas de la OTAN; pero también aquí tiene la Fiscalía alemana la posibilidad de retirar, de acuerdo con el art. 19 III del Acuerdo adicional en relación con el art. 3 de la Ley de 18-8-1961 (BGBl. II, pág. 1.183), en el caso concreto esta renuncia general en favor de la República Federal que puede llevar posteriormente a cabo el procedimiento en el ejercicio de su poder punitivo. Si no se da una retirada de esta renuncia, la exclusión de la jurisdicción sigue estando vigente, aunque el respectivo miembro de las tropas estacionadas haya sido separado de la relación de servicio, así que no puede ser perseguido posteriormente como un particular.[17] Confróntese, además, *infra*, § 19 III 1c.

4. De la cuestión del ámbito de eficacia internacional del poder punitivo hay que distinguir tajantemente el principio del Derecho Internacional que afirma que ningún Estado puede realizar **actos de soberanía en territorio de otro Estado**, a no ser que esté excepcionalmente legitimado para ello (por ej., como potencia ocupante según el art. 43 de la Convención de la Haya).[18] El Derecho Penal Internacional regula solamente la aplicación del poder punitivo estatal a supuestos de hecho que por la pertenencia territorial del lugar de comisión del delito o por la nacionalidad del delincuente o de la víctima muestran relaciones con un Ordenamiento jurídico extranjero, pero no concede al Estado la facultad de actuar soberanamente en un territorio perteneciente a otro Estado. Los *efectos* del uso del poder punitivo legítimo nacional sobre extranjeros y sobre delitos cometidos en el extranjero deben, por el contrario, ser aceptados por todo Estado,[19] ya que en este caso no entra en juego la prohibición de realizar actos de soberanía en territorio perteneciente a otro Estado.

10 La opinión de *Mendelssohn Bartholdy*, VDA, t. VI, pág. 164, de que el Derecho Internacional no es competente en este sector, está superada. Así distinguía ya *Wegner*, Frank-Festgabe, t. I, pág. 102 con razón en todas las cuestiones de Derecho Penal Internacional "un aspecto jurídico-estatal (juridicopenal) y un aspecto jurídico-internacional". Como en el texto, *Schroeder*, NJW 1969, 81; *Oehler*, Grützner-Geburtstagsgabe, págs. 110 y ss.; *el mismo*, Internationales Strafrecht, págs. 127 y ss.

11 Cfr. sobre ello *Makarov*, Kern-Festschrift, pág. 257.

12 Por la separación entre "soberanía juridicopenal" y "soberanía jurisdiccional" *(Schultz)*, por ejemplo, *v. Martitz*, Rechtshilfe, t. I, pág. 427; *Mendelssohn Bartholdy*, VDA, t. VI, pág. 106; *Hegler*, Prinzipien, págs. 3 y ss.; *Schultz*, Auslieferungsrecht, pág. 36; *el mismo*, SchwJZ 1964, 83; *Zlatarić*, Grützner-Geburtstagsgabe, pág. 164; *Feller*, Jurisdiction, págs. 9 y ss.

13 Por eso, la tesis de *Schönke*, Mezger-Festschrift, pág. 108, de "que los límites del dominio legal coincide con la extensión de la jurisdicción", es sólo correcta para los casos normales.

14 Cfr. sobre ello, *Maier*, NJW 1975, 465.

15 Sobre ello, *Rumpf*, Truppenstationierung, págs. 23 y ss.

16 De otra opinión (exención juridicomaterial) *Schönke/Schröder/Eser*, § 3 Vorbem. 41 y ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 158.

17 Cfr. con detalles *Schönke/Schröder/Eser*, § 3 Vorbem. 39a.

18 Cfr. con detalles *Dahm*, Völkerrecht, t. I, págs. 250 y ss.

19 Cfr. con detalles *Dahm*, Völkerrecht, t. I, págs. 256 y ss.

Ejemplo: En el caso Eichmann (1960) la detención llevada a cabo en territorio argentino tampoco hubiera sido conforme a derecho, aunque, según el Derecho Penal Internacional del Estado perseguidor (Israel), éste hubiera tenido poder punitivo para ello. Por eso mismo debería haberse dado a Argentina una reparación siquiera simbólica. La posterior condena de Eichmann en Jerusalén estaba justificada por un precepto especial del Derecho Penal Internacional israelí (principio de protección ampliado).[20]

5. Las reglas del Derecho Penal Internacional se pueden reconducir a diferentes **ideas fundamentales** como la salvaguardia del orden público interestatal,[21] la vinculación del ciudadano nacional que se encuentra en el extranjero al Ordenamiento jurídico interno,[22] la protección del catálogo nacional de bienes jurídicos protegidos,[23] la solidaridad en la lucha contra la delincuencia como misión cultural común de la humanidad,[24] la plenitud del poder punitivo estatal por encima de las fronteras y la mayor justicia posible en el tratamiento del caso concreto. Aunque corresponda al Estado acentuar uno u otro aspecto en el caso concreto; los Estados no pueden proceder de un modo totalmente autónomo, sino que deben tener en cuenta el interés de los otros Estados en la defensa de su Ordenamiento jurídico y en la protección de sus ciudadanos.[25] Por eso hace ya tiempo que se viene trabajando en el Consejo de Europa en la idea de crear una Convención sobre el Derecho Penal Internacional.[26] El resultado provisional de ello ha sido la "Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters" de 15-5-1972 (European Treaty Series, núm. 73), que en lugar de una rígida fijación de prioridades establece un sistema flexible de deberes sobre asunción de la persecución penal.[27]

20 Cfr. con detalles *Helen Silving*, AJIL 55 (1961), págs. 311 y ss.; *Bauer*, Entführung, págs. 180 y ss.

21 Cfr. *Oehler*, Internationales Strafrecht, págs. 134 y ss.

22 El ejemplo del nacionalsocialismo muestra cómo esta idea puede conducir también a la politización del Derecho Penal Internacional *Granitza*, Dogmengeschichte, págs. 133 y ss.

23 Esta idea es destacada por *Binding*, Handbuch, pág. 391; *Travers*, Droit pénal international, t. I, pág. 11; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 146.

24 En esta dirección, sobre todo, *Kohler*, Internationales Strafrecht, pág. 2; *Donnedieu de Vabres*, Principes, pág. 7; *Kielwein*, Rittler-Festschrift, pág. 97; *Oehler*, Grützner-Geburtstagsgabe, pág. 115; *el mismo*, Internationales Strafrecht, págs. 140 y ss.

25 Cfr. *Drost*, Niemeyers Zeitschrift, 43 (1930-31), pág. 131; *Dahm*, Völkerrecht, t. I, pág. 260; *v. Martitz*, Rechtshilfe, pág. 47.

26 Un importante trabajo preparatorio para ello es Harvard Research in International Law "Jurisdiction with Respect to Crime", AJIL 29 (1935) Supp. Part. II, págs. 435 y ss.; cfr. además *Nuvolone*, ZStW 66 (1954), págs. 545 y ss.; *Hegler*, Fragen des internationalen Strafrechts, E. 1927 Anlage I, págs. 5 y ss. Una regulación convencional del Derecho Penal Internacional para los Estados sudamericanos contiene ya el Tratado de Montevideo de 1940, AJIL 37/38 (1943/1944) Supp. pág. 122. Sobre la colaboración entre los Estados de Benelux cfr. *De Schutter*, Netherlands International Law Review 1967, 397 y ss., *Duk*, Recueil d'études van Bemmelen, pp. 137 y ss. Sobre otros convenios internacionales para la regulación del poder punitivo, cfr. *Jescheck*, Maurach-Festschrift, pp. 582 y ss.

27 Cfr. *Hulsman*, Recueil d'études van Bemmelen, págs. 128 y ss.; *Vogler*, Maurach-Festschrift, págs. 609 y ss.

II. Principios del Derecho Penal Internacional

Los Estados no pueden arbitrariamente someter a su poder punitivo supuestos de hecho que tienen un aspecto internacional por haberse cometido en el extranjero o por la nacionalidad extranjera del delincuente o de la víctima. Siempre debe darse un "*punto de conexión lógico*"[28] que una el supuesto de hecho con la misión ordenadora del propio poder punitivo. Estos puntos de contacto, que legitiman la aplicación del propio poder punitivo, se denominan tradicionalmente **"principios del Derecho Penal Internacional".**[29] En una ulterior consideración particularizada de estos principios no se debe perder de vista que el Derecho Penal Internacional de los Estados no se apoya exclusivamente en uno de estos puntos de conexión, sino en una *combinación* de los distintos puntos de conexión.

1. Según el **principio de territorialidad,** el Estado puede someter a su poder punitivo todas aquellas acciones que se cometan en su territorio, aunque su autor sea extranjero (sobre el lugar de comisión del delito cfr. *infra*, § 18 IV). El principio de territorialidad es el punto de conexión básico del Derecho Penal Internacional, porque los límites del territorio suelen coincidir con los principios de soberanía, independencia e igualdad de los Estados soberanos.[30] Normalmente, el principio de territorialidad es el que mejor se ajusta también a la Justicia en el caso concreto y al de economía procesal, ya que la práctica de la prueba arroja los mejores resultados si se realiza en el lugar de comisión del delito. Por esto mismo goza de absoluta vigencia en el Derecho Internacional y la mayoría de los Estados parten de él cuando regulan su Derecho Penal Internacional.[31] La República Federal Alemana, con el nuevo § 3, ha vuelto al principio de territorialidad (cfr. *infra*, § 18 III, 1).

El principio de territorialidad no debe entenderse, sin embargo, en un solo sentido. La concepción mantenida por USA frente a México en el caso Cutting[32] y representada en alguna ocasión por Gran Bretaña de que los Estados, prescindiendo de algunas excepciones estrictamente delimitadas,

28 Así *Nowakowski*, Österr. Zeitschrift für öffentl. Recht 6 (1955), pág. 20; cfr. también *Schultz*, Schweiz. Jahrb. f. int. Recht XIX (1962), págs. 11 y ss.

29 Cfr. *Oehler*, Internationales Strafrecht, págs. 133 y ss.; *Feller*, Jurisdiction, págs. 17 y ss.

30 Así especialmente *Germann*, SchwZStr 69 (1954), página 240; *Langemeijer*, Recueil d'études van Bemmelen, págs. 22 y ss.; *Oehler*, VIII, Int. Kongress für Rechtsvergleichung, págs. 50 y ss.

31 Cfr. *Oehler*, Engisch-Festschrift, págs. 289 y ss. para Francia; *Langemeijer*, Recueil d'études van Bemmelen, págs. 18 y ss.; *Bettiol*, Diritto penale, páginas 149 y ss.; *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal, págs. 181 y ss. Sobre el nuevo Derecho austríaco, detenidamente, *Liebscher*, JBl 1974, 393 y ss. Para el Derecho comparado *Oehler*, Internationales Strafrecht, págs. 177 y ss.

32 Cfr. sobre ello, *I. v. Münch*, WVR, t. I, pág. 305; *Rosswog*, Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht, págs. 71 y ss.

no pueden extender su poder punitivo en virtud del Derecho Internacional a acciones que se cometan fuera de su territorio de soberanía, es insostenible.[33]

2. Parecido al principio de territorialidad es el **principio del pabellón** (teoría del "territoire flottant"). Según este principio, el Estado, cuyo pabellón lleva un buque de navegación marítima o fluvial[34] o a cuyo amparo está registrada una aeronave, puede someter a su poder punitivo las acciones cometidas a bordo del buque[35] o de la aeronave,[36] aunque el hecho haya sido cometido por un extranjero, en (o sobre) territorio de soberanía extranjera o en (o sobre) alta mar. Y como, según el Convenio de Chicago de 1944 (BGBl. 1956, II, página 411), la aeronave sólo puede ser registrada en *un* Estado y el buque jurídicamente sólo puede ostentar *un* pabellón nacional, el principio del pabellón conduce siempre a la clara conclusión de que el Estado nacional posee en todo caso el poder punitivo, cualquiera que sea el lugar donde se encuentren el buque o la aeronave en el momento de comisión del hecho. En el Derecho Internacional se reconoce el principio del pabellón, porque existe un interés general en poder hacer responsable al Estado de la seguridad y el orden a bordo de sus buques y aeronaves.

De acuerdo con el Convenio Internacional adoptado en Tokio sobre acciones punibles y otros actos determinados cometidos a bordo de aeronaves de 14-9-1963 (BGBl. 1969 II, pág. 122)[37] los Estados contratantes se obligan a imponer su poder punitivo como si fueran el propio Estado en el que se encuentra registrada la aeronave (art. 3 II). El poder punitivo de otros Estados, que conforme por ejemplo al principio de territorialidad concurre junto con el poder punitivo en virtud del principio del pabellón,

33 Los Estados angloamericanos se limitan todavía hoy, prescindiendo de algunas excepciones, al castigo de los hechos cometidos en territorio nacional, cfr. sobre ello *George*, MichLR 64 (1965-66), págs. 617 y ss. Esta diferencia en la concepción básica del Derecho Penal Internacional condujo a una importante consecuencia para el Derecho de extradición: los Estados continentales podían aceptar el principio de la no extradición de sus ciudadanos (por ej., art. 16 II 1 GG), ya que su poder punitivo abarca en principio también los hechos cometidos en el extranjero; los países angloamericanos tienen, por el contrario, que aceptar las extradiciones de sus propios ciudadanos, porque de lo contrario quedarían impunes los delitos cometidos por éstos en el extranjero; cfr. *Shearer*, Extradition, págs. 94 y ss.; *Oehler*, Internationales Strafrecht, págs. 173 y ss.

34 Es indiferente que se trate de un buque estatal, privado, de guerra, mercante o yate.

35 Cfr. detalladamente *Mettggenberg*, ZStW 52 (1932), págs. 802 y ss.; *Wille*, Die Verfolgung, págs. 51 y ss.

36 Cfr. sobre el Derecho Penal de la Navegación aérea, *Jescheck*, Deutsche Beiträge, págs. 195 y ss.; *Mankiewicz*, GA 1961, 193 y ss.; *A. Meyer*, ZfL 1958, páginas 87 y ss.; *Schnorr v. Carolsfeld*, Straftaten in Flugzeugen, págs. 15 y ss.; *v. Weber*, Rittler-Festschrift, págs. 111 y ss.; *Oehler*, Internationales Strafrecht, páginas 332 y ss.; *Wille*, Die Verfolgung, págs. 154 y ss.

37 Texto en *A. Meyer*, Internationale Luftfahrtabkommen, t. V, 1964, página 372. Detenidamente sobre esto *Schmidt-Räntsch*, ebenda, págs. 343 y ss.; además, *Zlatarić*, Grützner-Geburtstagsgabe, págs. 160 y ss.

sigue estando vigente (art. 3 III). El resultado práctico de esta Convención es precisamente esta obligación de los Estados. La misma situación jurídica se deriva del art. 4 del Convenio para combatir el apoderamiento ilícito de aeronaves de 16-12-1970 (BGBl. 1972 II, pág. 1.506).[38]

3. Según el **principio personal activo**, el Estado puede también someter a su poder punitivo acciones de sus nacionales, aunque hayan sido cometidas en el extranjero. Históricamente ha sido este principio el primer punto de conexión del Derecho Penal Internacional, pues según una antigua concepción el estatuto jurídico de la persona venía determinado por la pertenencia a su comunidad, quedando vinculado permanentemente a ella ("leges ossibus inhaerent").[39] El principio personal activo acentúa la vinculación del individuo a la nación y favorece una concepción autoritaria del Estado, sin que esto quiera decir que necesariamente esté unido a ella, pues también se puede partir de la idea de la solidaridad internacional. La legitimación de este principio se encuentra en la concepción de que el Estado debe estar facultado para someter sus ciudadanos al Derecho nacional aunque éstos se encuentren en el extranjero conforme al aforismo "res publica interest habere bonos subditos" *(Bartolo)*. En el Derecho Penal Internacional es el principio personal activo ciertamente menos frecuente que el principio territorial, pero contra él tampoco hay nada que objetar desde el punto de vista del Derecho Internacional.[40] (Sobre el problema de la **"identidad de norma"** cfr. edición anterior, pág. 132 y ss.). En Alemania ha estado vigente desde la nueva redacción del § 3 en 1940 hasta 1974.

Una derivación del principio personal activo es el **principio del domicilio**, según el cual es suficiente para fundamentar el poder punitivo interno del Estado el domicilio nacional del extranjero.[41] Tampoco hay nada que objetar desde el punto de vista del Derecho Internacional contra el principio del domicilio.

Por el contrario, no está justificada la extensión del principio personal activo al caso en que un extranjero posea únicamente un pasaporte nacional (*Caso* del americano JOYCE que, en 1945, fue acusado de traición y condenado a muerte en Inglaterra por haber sido el locutor de las emisiones antibritánicas transmitidas por la radio alemana).[42] En este caso sólo pueden alegarse las ideas fundamentales del principio de protección (cfr. *infra*, § 18 II, 4).

38 Texto en *Schmidt-Räntsch*, ZLW 20 (1971), págs. 63 y ss.

39 Cfr. con más detalles *Kohler*, Internationales Strafrecht, págs. 25 y ss.; *Baltatzis*, Der Personalgrundsatz, págs. 18 y ss.; *Enschedé*, Recueil d'études van Bemmelen, págs. 41 y ss.

40 *Oehler*, Mezger-Festschrift, pág. 96; *el mismo*, Internationales Strafrecht, págs. 435 y ss.; *Kalck*, Straffrätt, págs. 167 y ss. (exposición de Derecho comparado); *Schröder*, JZ 1968, 241; otras referencias en *Rosswog*, Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht, pág. 66.

41 Cfr. con detalles *Kielwein*, Rittler-Festschrift, págs. 97 y ss.

42 Detalladamente, sobre ello, *Ridder*, WVR, t. II, págs. 175 y ss.

4. El **principio de protección** significa que el Estado puede someter a su propio poder punitivo los hechos cometidos por extranjeros en el extranjero, cuando estos hechos pueden lesionar o poner en peligro bienes jurídicos de ese Estado. Como se trata, por consiguiente, de proteger bienes jurídicos del propio Estado (por ej., delitos contra la seguridad exterior o interior, delitos contra la defensa del país o su orden público), el principio de protección está desde luego justificado, porque es el propio delincuente quien crea por la dirección de su ataque la relación con el poder punitivo del Estado **(principio de protección del Estado).**[43] A esto hay que añadir que prácticamente la mayoría de las veces los Estados extranjeros y sus intereses no son protegidos por el Derecho Penal de otros países, así que la intervención del propio poder punitivo es el único medio de asegurar esta protección frente a los ataques provenientes del exterior cometidos en el extranjero por extranjeros (cfr. *infra*, § 18 III, 3). Pero tampoco, cuando se trata de proteger otros bienes jurídicos nacionales distintos de los estatales **(principio de protección individual o principio personal pasivo)**, hay nada que objetar en principio desde el punto de vista del Derecho Internacional contra el principio de protección, en todo caso nada en el sentido de que exista una regla general de Derecho Internacional que prohibiera a los Estados extender su propio poder punitivo a delitos cometidos por extranjeros en el extranjero para proteger bienes jurídicos individuales internos.[44]

Ejemplo: El Tribunal Permanente de Justicia Internacional se tuvo que enfrentar en el "Caso Lotus" (un buque turco y otro francés colisionaron en el Mediterráneo) [45] con la licitud desde el punto de vista del Derecho Internacional de la aplicación del principio personal pasivo por el tribunal turco que condenó al capitán francés. Pero no se ocupó de esta cuestión, porque opinó que el resultado del hecho punible, la muerte de varios tripulantes turcos, se había producido en el barco turco y, por tanto, en territorio soberano de este país, así que la aplicación del poder punitivo del Estado pudo apoyarse en el principio territorial, lo que es dudoso. El caso Lotus sí puede alegarse, en cambio, como muestra del reconocimiento internacional de la teoría de la ubicuidad (cfr. *infra*, § 18 IV, 2).

El principio de protección individual necesita una *limitación*, a través de la prohibición de abuso que impone el Derecho Internacional, aún mayor que el principio personal activo, ya que el destinatario de la norma no es el propio nacional, sino un ciudadano extranjero en el extranjero que incluso normalmente es ciudadano del Estado donde se ha cometido el hecho. Por eso mismo la aplicación del prin-

43 Cfr. *Schultz*, Auslieferungsrecht, pág. 37; *Oehler*, Internationales Strafrech, págs. 359 y ss.

44 Cfr. *Rosswog*, Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht, pág. 82; *Dahm*, Völkerrecht, t. I, pág. 259; *Wengler*, Völkerrecht, págs. 941 y ss. Con limitaciones, *Oehler*, Internationales Strafrecht, págs. 415 y ss.

45 Cfr. sobre esto *Herndl*, WVR, t. II, págs. 431 y ss.

cipio de protección individual representa un abuso jurídico prohibido por el Derecho Internacional, cuando el hecho según el Derecho vigente en el lugar de su comisión no constituye delito **(requisito de identidad de la norma).**[46]

5. El **principio del derecho universal** *(principio universal)*, entendido en amplio sentido, faculta al Estado para intervenir con su poder punitivo en todo caso sin tener para nada en cuenta la nacionalidad del lugar de comisión del delito ni la de su autor. En este amplio sentido, el principio del derecho universal es "científicamente insostenible y prácticamente irrealizable",[47] porque entonces el poder punitivo de los Estados sería ilimitado. El principio del derecho universal sólo está justificado, nacional e internacionalmente, cuando el hecho se dirige contra bienes jurídicos de carácter supranacional, en cuya protección existe un interés común a todos los Estados (por ej., prohibición del tráfico de drogas,[47a] del comercio de esclavos, de mujeres y de publicaciones obscenas, lucha contra la falsificación de moneda, protección de cables submarinos, protección contra piratería aérea y terrorismo). Sólo en casos de este tipo se trata de la "solidaridad del mundo cultural frente al delito" y de la "lucha contra la criminalidad internacional peligrosa", ideas que se pueden justamente invocar para fundamentar el principio universal.[48] El principio del derecho universal se encuentra frecuentemente en convenciones internacionales, en las que los Estados se han unido para defender a través del Derecho Penal intereses culturales comunes.[49]

6. Mientras que los principios del Derecho Penal Internacional que se han tratado hasta aquí representan puntos autónomos de contacto para el propio poder punitivo, el **principio de la Administración de Justicia Penal subsidiaria** sirve únicamente de complemento al poder punitivo de otros Estados. Se emplea cuando el poder punitivo extranjero en sí competente de acuerdo con el principio de territorialidad no puede actuar porque el inculpado ha sido detenido en otro país y, por razones fácticas o jurídicas, no puede concederse su extradición. El juez del país donde se encuentra el inculpado actúa en este caso "en lugar" del juez extranjero, pero a pesar de ello ejerce el poder punitivo del propio Estado; así, por ejemplo, cuando un refugiado político es condenado en el país que le da asilo por un de-

46 En el mismo sentido, *Rosswog*, Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht, página 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. Objeciones en *Schroeder*, NJW 1969, 83.

47 Así, *v. Liszt/Schmidt*, pág. 123.

47a Cfr. BGH 27, 30: la aplicación del principio del Derecho universal al tráfico ilegal de narcóticos (§ 6 núm. 5) no es contraria al Derecho Internacional.

48 Así *Rittler*, t. I, pág. 44. Mas restrictivamente todavía *Oehler*, Internationales Strafrecht, págs. 530 y ss.

49 Cfr. *infra*, § 18 III 4, nota 59.

lito común que había cometido en su país de origen. El principio de la Administración de Justicia Penal subsidiaria colma las inevitables lagunas que surgen en el Derecho Penal Internacional, asegurando así que ningún delincuente exiliado en un Estado quede impune en este Estado, porque éste no tenga un punto de conexión para ejercer su poder punitivo ("aut dedere aut punire").[50] Conforme a su sentido, la Administración de Justicia Penal subsidiaria exige, por un lado, la existencia de una norma idéntica en el Estado donde se ha cometido el hecho,[51] y, por otro, el reconocimiento por parte del Estado sentenciador de los actos de soberanía del Estado en el que se ha cometido el hecho que pueden haber determinado la cancelación del asunto, por ejemplo condena y cumplimiento de la pena o, en su caso, perdón de la pena, absolución o concesión de una amnistía o indulto (el llamado *principio de liquidación*). En el principio de la Administración de Justicia Penal subsidiaria se basan la "Convención Europea para el castigo de infracciones de preceptos penales relativos al tráfico automovilístico" de 1964 y la "European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters" de 1972 (cfr. *supra*, § 18 I, 5).

7. De los principios del Derecho Penal Internacional que fundamentan la aplicación del propio poder punitivo hay que distinguir el *principio del abono de las penas* y el *principio de liquidación*. Aquí se trata de la forma y el modo en que se deben considerar los actos jurisdiccionales extranjeros en aquellos casos en los que se aplica el propio poder punitivo a un supuesto de hecho con aspectos internacionales. Ambos principios se refieren a la mayor o menor eficacia internacional de las sentencias penales extranjeras.[52] Por razones de equidad se tiene en cuenta la pena impuesta y parcial o totalmente cumplida en el extranjero, si posteriormente el mismo hecho es todavía objeto de una condena en territorio nacional (§ 51 III). El principio de liquidación va, por el contrario, más allá, significando que la persecución de un hecho en territorio nacional está excluida cuando los Tribunales de un Estado extranjero han absuelto definitivamente o condenado ejecutoriamente al delincuente y en este último caso la pena ha sido ejecutada, ha prescrito o ha sido totalmente condenada. El mismo carácter tienen la mayoría de las veces los casos de amnistía dadas en el extranjero, de prescripción de la acción penal según el Derecho extranjero y de falta de la querella penal cuando según el Derecho extranjero era necesaria.

50 Así la famosa fórmula de *Hugo Grotius*, De jure belli ac pacis, 1625, libr. II, cap. 21, IV 1 y 3.

51 Cfr. sobre ello *Oehler*, Internationales Strafrecht, págs. 504 y ss.

52 Cfr. sobre ello *Jescheck*, ZStW 76 (1964); págs. 172 y ss.; *el mismo*, v. Weber-Festschrift, págs. 327 y ss.; *Oehler*, Internationales Strafrecht, páginas 599 y ss.; *Annemarie v. Hammerstein*, Wirkung ausländischer Strafurteile, páginas 310 y ss.; IX[e] Congrès International de Droit Pénal, Actes, págs. 323 y ss., 430 y ss., 485 y ss. Sobre ello, ahora el Convenio elaborado por el Consejo de Europa sobre la eficacia internacional de las sentencias penales de 28-5-1970; cfr. *Grützner*, NJW 1969, 345 y ss.

III. El Derecho Penal Internacional en el StGB

El Derecho Penal Internacional contenido en el StGB ha sido profundamente modificado por la reforma de 1975.[53] El nuevo Derecho vigente parte del principio territorial, combinándolo con la teoría de la ubicuidad (§ 9) y completando esta regulación con otros puntos de conexión.

1. Mientras que el Derecho anteriormente vigente (cfr. la edición anterior, págs. 135 y ss.) aceptaba desde 1940 como punto de partida el principio personal activo, el **principio territorial** se ha convertido en el fundamento del nuevo Derecho (§ 3). El legislador se ha distanciado así de la hipervaloración que anteriormente hacía del deber de fidelidad que el nacional tiene respecto a su patria, aunque estuviera residiendo en el extranjero, y ha limitado su poder punitivo, de acuerdo con la delimitación espacial de las tareas ordenadoras de los Estados, normalmente a aquellos hechos que se cometen en el propio territorio estatal tanto si son cometidos por nacionales como por extranjeros, dejando, en principio, en libertad a sus propios ciudadanos residentes en el extranjero para configurar su vida de acuerdo con el Derecho vigente en el lugar de su residencia. El principio territorial ha sido, sin embargo, fuertemente ampliado con la determinación del lugar de comisión del delito según la teoría de la ubicuidad (§ 9) (cfr. *infra*, § 18 IV, 2 y 3). El Derecho Penal aplicable a los hechos cometidos en territorio nacional comprende todas las normas del Derecho Penal alemán vigente, incluyendo las causas de justificación, de exculpación y de exclusión de la pena,[54] excepto en aquellos casos de delitos cometidos en el extranjero a los que es aplicable el Derecho Penal alemán, de delitos cometidos en territorio nacional con resultado producido a distancia en el extranjero y de participación desde territorio nacional en el hecho principal cometido en el extranjero, en los que puede ser conveniente considerar también el Derecho extranjero aplicable al caso para lograr así una decisión más justa (cfr. *supra*, § 18 I, 1). El § 153c I, núm. 1 StPO prevé, además, la posibilidad de prescindir de la persecución penal de los delitos cometidos en el extranjero y en los casos de participación desde territorio nacional en un hecho principal cometido en el extranjero. Lo mismo rige según el § 153c I, núm. 2 StPO para los delitos cometidos por un extranjero en territorio nacional, pero en un buque o aeronave extran-

53 Sobre la evolución histórica cfr. *Granitza*, Dogmengeschichte, págs. 26 y ss.; sobre los preceptos, *Eder*, Entwicklung, págs. 72 y ss., 151 y ss.; *Gallas*, ZStW 80 (1968), págs. 12 y ss.; sobre la reforma en general, *Jescheck*, Internationales Recht und Diplomatie 1956, 75 y ss.; *Kielwein*, GA 1954, 211 y ss.; *Schultz*, GA 1966, 195 y ss.

54 Cfr. *Dreher*, § 3 Anm. 2; *Schönke/Schröder/Eser*, § 3 Anm. 6; *SK (Samson)*, § 3 Anm. 10.

jeros (así, por ej., el buque está anclado en puerto alemán, o la aeronave sobrevuela territorio de soberanía alemana).

2. El **principio del pabellón** (§ 4), similar al territorial, prescribe la vigencia del Derecho Penal alemán para aquellos hechos que son cometidos, bien por extranjeros bien por alemanes, en un barco o aeronave alemanas, aunque el barco o la aeronave se encuentre en (o sobre) territorio de soberanía extranjera o en (o sobre) alta mar. De acuerdo con la regulación contenida en el § 4, los hechos cometidos en buques o aeronaves alemanas se equiparan en su tratamiento penal a los hechos cometidos en territorio nacional.

Buques alemanes son aquellos que están *autorizados*, según la ley de derecho de pabellón de 8-2-1951 (BGBl. I, pág. 79), para llevar el pabellón de la República Federal Alemana; aeronaves alemanas las que de acuerdo con los §§ 2 V y 3 de la Ley de Tráfico Aéreo de 4-11-1968 (BGBl. I, página 1.113) están *autorizadas* para ostentar el símbolo nacional de la República Federal Alemana.[55]

3. El § 5 ofrece diferentes puntos de conexión para la protección de bienes jurídicos nacionales frente a hechos cometidos en el extranjero, independientemente de que sean o no punibles en el lugar de comisión. Los números 1-5 (preparación de una guerra de agresión, delitos políticos, delitos contra la defensa del país), 10 (delitos contra la Administración de Justicia) y 11-13 (delitos cometidos por funcionarios públicos y contra funcionarios públicos alemanes y soldados del Ejército Federal) del § 5 se basan en el **principio de protección del Estado.**[56] Lo mismo que el § 5, núm. 11 dice respecto a los funcionarios públicos alemanes, el § 1a I, núm. 1 II WStG dispone la vigencia del Derecho Penal alemán respecto a los soldados del Ejército alemán que cometan en el extranjero un delito militar (§ 2, núm. 1 WStG) o común durante el período de servicio o en relación con él. En algunos preceptos penales relativos a la puesta en peligro del Estado Democrático de Derecho (§§ 89, 90a I y 90b) así como en algunos delitos contra la defensa del país (§§ 109a, 109d y 109h) se prevé una limitación respecto a la autoría: el Derecho Penal alemán sólo rige, si su autor es alemán y tiene además su base de vida[57] dentro del ámbito de vigencia espacial de esta ley (§ 5, núm. 3a y núm. 5b) (sobre el concepto de ámbito de vigencia espacial cfr. *infra*, § 18 VI, 3). Para ello hay que tener en cuenta que los deberes de fidelidad y respeto que sirven de fundamento a estos delitos sólo pueden exigirse a los ciudadanos alemanes que tienen relación con el territorio federal o con

55 Más detalles en *Dreher*, § 4 Anm. 1.

56 Sobre ello, desde el punto de vista del Derecho comparado, *Oehler*, Internationales Strafrecht, págs. 389 y ss.

57 Cfr. sobre el concepto de base de vida *Dreher*, § 5 Anm. 4; *Lackner*, § 5 Anm. 2; *SK (Samson)*, § 5 Anm. 8 y ss.; cfr. además BGH 10, 46 (50). También se incluyen aquí aquellas personas con residencias de largo tiempo en el extranjero como diplomáticos, marinos e intelectuales, etc.

el Berlín Occidental.[58] El núm. 9 del § 5 se apoya en el **principio personal activo** (interrupción del embarazo, cuando el autor es alemán y tiene su base de vida dentro del ámbito de vigencia espacial de esta ley), pero exigiendo también aquí adicionalmente la relación personal, por lo que se puede hablar de principio personal *intensificado*. Lo mismo rige para el caso previsto en el § 1a I, núm. 2 WStG de alemanes con base de vida dentro del ámbito de vigencia espacial de la WStG (no se incluye Berlín) que participen en un delito militar cometido en el extranjero por un soldado del Ejército alemán (§ 1 III WStG). En este caso tampoco importa si el hecho es punible en el lugar de su comisión, por lo que el precepto comprende sobre todo los casos de fraude a la ley. El **principio de protección individual** (principio personal pasivo) sirve de base a los núms. 6 (exponer a algún alemán con domicilio o residencia habitual en el extranjero a ser perseguido políticamente o a otros tipos de peligro para la vida, la integridad física, la libertad, etc., enviando o reteniéndolo fuera del ámbito de vigencia espacial de la ley alemana o impidiéndole regresar a él o haciendo recaer denuncias o sospechas sobre su persona), 7 (lesión de secretos industriales de empresas con domicilio en el ámbito de vigencia espacial de esta ley y de empresas domiciliadas en el extranjero pero vinculadas a empresas nacionales) y 8 (determinados delitos sexuales, cuando tanto el autor como la víctima son alemanes y tienen su base de vida en el ámbito de vigencia espacial de esta ley) del § 5. La norma citada últimamente tiene en cuenta tanto el principio de protección individual como el principio personal activo (intensificado), incidiendo así sobre todo en los hechos cometidos en fraude de ley. El precepto sobre vigencia del Derecho Penal alemán en los casos citados en el núm. 6 del § 5 (exponer a peligro enviando o reteniendo a un alemán fuera del ámbito de vigencia de ley o haciendo recaer sospechas sobre su persona) tiene también un aspecto que lo relaciona con el principio de protección al Estado, ya que la seguridad de los derechos humanos frente a las medidas persecutorias de un sistema de poder arbitrario y violento es una de las metas más importantes de la República Federal Alemana que es un Estado libre de Derecho. Lo mismo se puede decir sobre la protección del secreto industrial de las empresas (§ 5, núm. 7), ya que tras este precepto se encuentra también la idea de defender la economía nacional alemana.

No se presupone en todos los casos del principio de protección individual la existencia de una norma idéntica en el lugar de comisión del hecho en el extranjero. Las objeciones que contra esta punibilidad declarada unilateralmente se pueden hacer (cfr. *supra*, § 18 II, 4), quedan atenuadas, teniendo en cuenta que también entra en juego otro punto de conexión.

58 Cfr. *Langrock*, Der besondere Anwendungsbereich, págs. 93 y ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 5 Anm. 9.

Según el § 153c I, núm. 1 StPO es posible además prescindir de la persecución penal de todos los hechos cometidos en el extranjero que según el § 5 están sometidos al poder punitivo alemán.

4. El § 6, que se refiere a los delitos cometidos en el extranjero contra bienes jurídicos internacionalmente protegidos, descansa en el **principio del derecho universal.** La vigencia del Derecho Penal alemán está prevista en estos casos sin limitación respecto a la nacionalidad del delincuente o de la víctima y sin consideración a la punibilidad del hecho en el lugar de su comisión, ya que se trata de la protección de intereses comunes a todos los Estados de una misma área cultural (BGH 27, 30 sobre el tráfico de drogas).[58a] Los números 1-7 del § 6 se refieren a deberes específicos que la República Federal Alemana asume en virtud de Acuerdos internacionales.[59] Esta regulación se complementa con una cláusula general contenida en el número 9, que podría hacer posible, entre otras cosas, la vigencia del Derecho Penal alemán en caso de aceptación de persecución penal de hechos cometidos en el extranjero en virtud de la "Convention on the Transfer of Proceeding in Criminal Matters" adoptada por el Consejo de Europa (cfr. *supra*, § 18 I, 5). El número 8 del § 6, al colocar el § 268 (estafa de subvenciones) al amparo del principio del derecho universal, pretende proteger el fomento de la economía a través de subvenciones según el derecho alemán y según el derecho vigente en el Mercado Común europeo; realmente es un "principio del derecho europeo".

5. El § 7, que extiende el poder punitivo alemán a otros hechos cometidos en el extranjero, se apoya también en distintos puntos de conexión. En el primer inciso del párrafo I del § 7 se prevé el **principio de la Administración de Justicia penal subsidiaria** (junto con el principio de protección individual) para los delitos cometidos en el extranjero contra un alemán (que debe ser víctima en el sentido del § 77), siempre que el hecho sea punible en el lugar de su comisión.

58a Cfr. sobre ello *Wengler*, JZ 1977, 257 y ss.

59 Cfr. Tratado Internacional para la lucha contra el tráfico de mujeres de 4-5-1910 (RGBl. 1913, pág. 31), art. 3; Acuerdo Internacional para la represión del tráfico de mujeres y niños de 30-9-1921 (RGBl. 1924, II, pág. 181), artículos 2 y 3; Convenio Internacional para la lucha contra la falsificación de moneda de 20-4-1929 (RGBl. 1933, II, pág. 913) art. 9; Convenio Internacional sobre el opio de 19-2-1925 (RGBl. 1929, II, pág. 409), art. 5; Convenio para la limitación de producción y para la regulación de la distribución de narcóticos de 13-7-1931 (RGBl. 1933, II, pág. 321); Acuerdo Internacional para la lucha de la difusión y venta de publicaciones obscenas de 12-9-1923 (RGBl. 1925, II, página 288), art. II; Convenio para la lucha contra el secuestro ilegítimo de aeronaves de 16-12-1970, art. 4 II (BGBl. 1972, II, pág. 1.506; sobre ello, *Schmidt-Räntsch*, ZLW 20 [1971], págs. 63 y ss.). Solamente para los delitos sobre materias explosivas (§ 6 núm. 2) no existe un tal convenio. Sobre los diferentes Acuerdos, *Glaser*, Droit international, págs. 120 y s.s; *Oehler*, Internationales Strafrecht, págs. 512 y ss. Además, *Oehler*, Das deutsche Strafrecht und die Piratensender, 1970. Cfr. además, European Convention on the Supression of Terrorism (1977).

Para comprobar este extremo no sólo hay que tener en cuenta los respectivos tipos penales del Derecho extranjero, que por lo demás pueden describir el hecho con un criterio jurídico distinto al del Derecho alemán, sino también las causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad contenidas en el Derecho extranjero, siempre que no contradigan los principios jurídicos generalmente reconocidos (cfr. *infra*, § 20 III*b*).[60] El principio de la Administración de Justicia Penal subsidiaria inspira también el párrafo II, núm. 1 del § 7 que trata de los hechos cometidos en el extranjero por un alemán, que tuvo la ciudadanía alemana, o por alguien que la ha adquirido posteriormente, exigiéndose igualmente que el hecho sea punible en el lugar de su comisión (no es suficiente con que sea sancionable como infracción administrativa, BGH 27, 5 [8 y ss.]).[61]

La extensión del poder punitivo alemán a ciudadanos alemanes y a nacionalizados en Alemania se explica por la prohibición de extradición de alemanes que impone el art. 16 II, 1 GG. Sin embargo, bajo el prisma del artículo 103 II GG es discutible la fundamentación "a posteriori" de la aplicación del Derecho Penal alemán para los nacionalizados, porque el ámbito de vigencia del Derecho Penal alemán no comienza en este caso en el momento de comisión del hecho, sino en el de la adquisición de la nacionalidad alemana. No obstante, no se puede decir que exista en este caso una infracción del principio de legalidad, porque en todo caso ya está constatada en el momento de comisión del hecho la ley por la que se tiene que enjuiciar y la pena a imponer *caso* que el autor llegue a tener la nacionalidad alemana (BGH 20, 22 [23]). Pero con razón se exige que en este caso no se pueda imponer una pena más grave que la que hubiera sido procedente, según el respectivo Derecho extranjero.[62]

La idea de la Administración de Justicia Penal subsidiaria sirve además de base de un modo especialmente claro al núm. 2 del párrafo II del § 7. De acuerdo con este precepto el Derecho Penal alemán es aplicable también a un extranjero cuando éste ha cometido un hecho conminado con pena en el lugar de su comisión y se encuentra en Alemania, pero no se concede su extradición, aunque ésta fuera posible según los §§ 2 y 3 DAG. La novedad de esta disposición consiste en que ahora las causas de la no extradición se mencionan en la ley: la falta de petición de extradición por parte del Estado extranjero; el rechazo por el funcionario alemán competente de una petición de este tipo y la imposibilidad material de la extradición (porque el afectado, por ej., no es recibido por el Estado extranjero

60 Así, con razón, *Schönke/Schröder/Eser*, § 7 Anm. 5.

61 Ambos casos tienen también relación con el principio personal, pero la estricta vinculación al Derecho del lugar de comisión muestra que la idea principal que les sirve de base es la de la Administración de Justicia penal subsidiaria.

62 Así *Oehler*, Internationales Strafrecht, pág. 489; *Schönke/Schröder/Eser*, § 7 Anm. 18.

a pesar de haberse concedido la extradición). La existencia de una de estas razones debe ser constatada por el organismo alemán competente en base de una decisión o declaración (BGH 18, 283 [287 y siguientes]; BayObLG GA 1958, 244). También el segundo caso del § 7 II, núm. 2, en el que el poder punitivo alemán se extiende al hecho cometido por un extranjero, cuando el lugar de comisión no está sometido a ningún poder punitivo, significa, como demuestra la intervención primaria de la extradición, una Administración de Justicia penal subsidiaria que en cierto modo tiene lugar para el Estado que puede solicitar la extradición. Por el contrario, hay que subsumir en el **principio de protección individual** el otro caso de lugar de comisión que no está sometido a ningún poder punitivo cuando el hecho se dirige contra un alemán (§ 7 I, segunda alternativa), ya que en este caso es el propio Estado quien concede *primariamente* la protección penal sin dejar la prioridad a otro Estado.

Los lugares de comisión no sometidos a ningún poder punitivo son alta mar, el Polo Norte, el Antártico y el espacio sideral (cfr. *infra*, § 18 VI, 2).

La distinción entre Administración de Justicia Penal subsidiaria y principio de protección individual tiene importancia práctica, pues en el primer grupo también hay que considerar los presupuestos (por ejemplo, el requisito de querella penal) y obstáculos procesales (por ej., amnistía), y en el segundo grupo no, ya que en este caso sólo se trata de la protección del ciudadano alemán y no de la defensa del Ordenamiento jurídico extranjero.[63]

6. Hay además preceptos penales aislados que regulan su **propio ámbito de aplicación internacional**, porque por la especialidad de la materia no viene en consideración la aplicación de las normas generales sobre Derecho Penal Internacional (actualmente el único ejemplo es el § 91 respecto a tres tipos recogidos en el título relativo a la puesta en peligro del Estado democrático de Derecho). El precepto sustrae los preceptos penales contenidos en los §§ 84, 85 y 87 a la aplicación de la teoría de la ubicuidad prevista en el § 9.[64]

7. El principio **"ne bis in idem"** (art. 103 III GG) prohíbe únicamente que un mismo asunto sea tratado varias veces por los Tribunales de la República Federal Alemana. Una sentencia extranjera, por el contrario, no es obstáculo para que se inicie un proceso penal alemán por el mismo hecho (BVerfGE 12, 62; BGH 6, 176 [177]). Si existe una sentencia pronunciada anteriormente por un Tribunal de una de las tres potencias ocupantes de Alemania Occidental tras la Segunda Guerra Mundial, los Tribunales alemanes según el art. 3

63 Cfr. sobre ello, *Dreher*, § 7 Anm. 7; *LK (Tröndle)*, § 3 Anm. 3; *Schönke/Schröder/Eser*, § 7 Anm. 6 y 14.

64 Cfr. sobre ello *Langrock*, Der besondere Anwendungsbereich, págs. 146 y siguientes.

del Tratado de transición carecen de jurisdicción (cfr. *supra*, § 18 I, 3); pero si el Tratado de transición no es aplicable, entonces se considera como una sentencia extranjera más. Sólo en la "Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters" (cfr. *supra*, § 18 I, 5) está prevista un "ne bis in idem" "europeo". El Tribunal Supremo de la Comunidad Europea no se considera ya como tribunal extranjero (BGH 24, 54 [57 y ss]). Para impedir, sin embargo, que el delincuente sea condenado injustamente varias veces por el mismo hecho, el § 51 III determina que la pena (prisión o multa) o cualquier otra privación de libertad ejecutada o impuesta en el extranjero por el mismo hecho debe ser abonada o tenida en cuenta en la pena que vaya a imponerse en territorio nacional **(principio del abono de las penas).**[65] El Tribunal determinará a su arbitrio el grado de abono de las penas (§ 51 IV, 2). Según el § 153c I, núm. 3 StPO puede prescindirse de la persecución del hecho, cuando la pena tras haberse realizado el abono carece de importancia.

8. Cuestión aparte es la **inclusión de los bienes jurídicos extranjeros** en el ámbito de protección de los tipos penales alemanes. El problema surge solamente tras haberse comprobado que el supuesto de hecho en base a las reglas del Derecho Penal Internacional está sometido al poder punitivo alemán. Se trata aquí de la cuestión del ámbito de protección de los respectivos preceptos penales alemanes. En algunos tipos el propio tenor literal muestra ya que sólo pueden estar destinados a la protección de bienes jurídicos nacionales, como por ejemplo, el Derecho Penal político (§§ 80 y siguientes). En otros tipos, por el contrario, se piensa evidentemente sólo en el extranjero (por ej., §§ 102-104, 184 I, núm. 9). Pero en la mayoría de los casos sólo se puede conocer la respuesta a través de la interpretación. Para ello deben observarse las siguientes pautas generales:[66] los bienes jurídicos individuales como la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor, los secretos privados, los derechos familiares y el patrimonio se protegen en todo el Ordenamiento jurídico penal en la misma medida, tanto si se refieren al país nacional como al extranjero (en principio, en el mismo sentido, OLG Saarbrücken NJW 1975, 506 en relación con el § 170b); también el patrimonio como bien jurídico individual, aunque pertenezca a un Estado extranjero. La equiparación de extranjeros y nacionales es, por consiguiente, un principio reconocido del Derecho de extranjería internacional.[67] Los preceptos relativos a la seguridad del tráfico automovilístico, que también, o solamente, afectan a bienes jurídicos individuales (por ej., §§ 315 y ss., 142), protegen también intereses extranjeros (BGH 21, 277 [280 y s.]). En relación con algunos bienes jurídicos del Estado se concede,

65 El principio de liquidación, que según el § 5 a.r. hasta 1940 estuvo vigente, no se ha realizado, por el contrario, hasta la fecha (cfr. *supra*, § 18 II 7).

66 Cfr. *v. Weber*, Frank-Festgaba, t. II, págs. 276 y ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 3 Vorbem. 13 y ss. Una investigación particularizada de los tipos en el Derecho Penal alemán en *Reschke*, Schutz ausländischer Rechtsgüter, págs. 127 y ss. Con razón acentúa *Schultz*, v. Weber-Festschrift, pág. 308, que se trata de problemas de interpretación de los tipos. Cfr. además *Schröder*, JZ 1968, 244 y ss. Cfr. también los numerosos ejemplos en *LK (Tröndle)*, § 3 Vorbem. 21 y ss.

67 Cfr. *Schnitzer*, WVR, t. I, pág. 568.

en algunos casos, al extranjero protección penal, por ejemplo, en la falsificación de moneda y de efectos timbrados (§ 152) conforme al art. 5 del Convenio Internacional para la lucha contra la falsificación de moneda, de 1929 (RGBl. 1933 II, pág. 913). Normalmente, sin embargo, la protección penal se limita a bienes jurídicos nacionales (BGH 22, 282 [285]),[68] especialmente cuando se trata de delitos cometidos por funcionarios o contra funcionarios (OLG Hamm JZ 1960, 576; OLG Hamburg JR 1964, 350). La Jurisprudencia ha ido, no obstante, más allá de estos límites, cuando el hecho afecta también a intereses alemanes (RG 3, 70 [72]; 8, 53 [55]; 68, 300 [301 y s.]; BGH LM § 3, núm. 2; BGH GA 1955, 178; BGH 8, 349 [356]). En general deberían protegerse los intereses extranjeros en Alemania, mejor de lo que actualmente se hace.[69] En este sentido, la 4.ª StÄG de 11-7-1957 (BGBl. I, pág. 298) en la redacción que dio al art. 5 de la 8.ª StÄG de 25-6-1968 (BGBl. I, pág. 741) extiende el ámbito de protección de numerosos preceptos penales alemanes a las naciones integradas en la OTAN y a sus tropas estacionadas en la República Federal Alemana (art. 7). Al Derecho Penal estatal incumbe también la protección penal de las organizaciones de carácter supra e interestatal, siempre que estas mismas carezcan de un poder punitivo propio (en esta dirección ahora el § 6, núm. 8 en relación con el § 264).[70]

La colaboración de los Estados europeos en el sector de la lucha internacional contra la delincuencia ha mejorado en los últimos años gracias a la iniciativa del Consejo de Europa, pero todavía se nota la falta de aplicación de nuevos Tratados.[71]

IV. Lugar de comisión

El lugar de comisión de un hecho es decisivo para la cuestión de si el poder punitivo de un determinado Estado se debe basar en el **principio de territorialidad** (cfr. *supra*, § 18 II, 1) o debe buscarse otro punto de conexión. El Estado en cuyo ámbito de soberanía se haya cometido el hecho, posee en todo caso el poder punitivo, ya que el principio de territorialidad en cierto modo se entiende por sí mismo.

68 Una notable excepción contenía anteriormente el § 102 a.r. sobre actos contra la seguridad de Estados extranjeros; cfr. sobre ello *Jescheck*, Rittler-Festschrift, págs. 283 y ss.

69 Cfr. con detalles *Reschke*, Schutz ausländischer Rechtsgüter, págs. 175 y siguientes.

70 Cfr. sobre protección del secreto, art. 194 del Tratado de la Euratom (BGBl. 1957, II, 1.014), sobre protección contra el perjurio, art. 27 del Estatuto del Tribunal del Mercado Común Europeo (BGBl. 1957, II, 1.166) y art. 28 del Estatuto del Tribunal de la Comunidad Atómica Europea (BGBl. 1957 II, 1.194). Cfr. sobre todo esto *Johannes*, Europarecht, 1968, 63 y ss., sobre el Derecho nacional de aplicación jurídica esp. págs. 110 y ss.; *el mismo*, ZStW 83 (1971), páginas 555 y ss.; *Pabsch*, Schutz der überstaatlichen Hoheitsgewalt, págs. 111 y siguientes; *Jescheck*, Lo stato attuale, págs. 339 y ss.; *el mismo*, Maurach-Festschrift, págs. 592 y ss.

71 Cfr. sobre esto detenidamente *Vogler*, ZStW 79 (1967), págs. 371 y ss. y ZStW 80 (1968), págs. 480 y ss., así como *Jescheck*, En hommage à Jean Constant, págs. 119 y ss.; *el mismo*, Rie-Festschrift, pág. 31. Además, Droit pénal européen, 1970, y L'amélioration de la justice répresive par le droit européen, 1970.

1. La cuestión de cuáles son los elementos que sirven para determinar el lugar de comisión, ha sido durante mucho tiempo objeto de **discusión técnica.**[72] *La teoría de la actividad*[73] atiende al lugar en el que el autor ha actuado o, en caso de omisión, debía haber actuado. La *teoría del resultado* atiende, por el contrario, al lugar donde se ha producido el resultado típico.[74] Actualmente es dominante la *teoría de la ubicuidad.*[75] Esta teoría considera como lugar de comisión tanto el lugar de la acción como el del resultado típico. Se invoca para ello la equivalencia de acción, y resultado para el contenido criminal del hecho y la necesidad de cubrir las lagunas que surgen con la aplicación del principio de territorialidad.

2. Fundamento del § 9 y del § 3 III a.r. es la **teoría de la ubicuidad.**[76] Según el párrafo 1 de este precepto el hecho se comete en el lugar en que su autor ha actuado o, en el caso de la omisión, debería haber actuado, o en el lugar en el que se ha producido el resultado típico o de acuerdo con el plan de su autor debía producirse.

a) Por lo que se refiere a la **acción** como punto de conexión, el lugar de comisión en los delitos de simple actividad se determina únicamente por la acción típica (BGH 20, 45 [52]), de la que es necesario que se cometa sólo una parte en territorio nacional (RG 39, 258 [263]), y en los delitos de resultado por la acción y el resultado (BGH NJW 1975, 1.610).

Los actos preparatorios pueden servir de base al lugar de comisión del hecho, cuando se presentan como aportación al hecho de un coautor. En los *delitos propios de omisión* el lugar del hecho es sólo el lugar en que el autor tenía que haber actuado (BGE suizo 97, 1971, IV 205 [210]). En los *delitos de varios actos* es suficiente la comisión de cualquiera de ellos. Por el contrario, en los casos de *acto posterior copenado* está sometido al poder punitivo nacional sólo éste y no el hecho anterior.[77] En los casos de favorecimiento (§ 257), encubrimiento (§ 258) y receptación (§ 259) se atiende al lugar en que se ha cometido la acción típica, no al del hecho de referencia (RG 43, 84 [85]). Los *delitos de peligro abstracto* son en sí simples delitos de actividad, así que lo decisivo en ellos es el lugar donde se cometa la acción típica. Sin embargo, hay que suponer que el delito se ha cometido en un lugar de comisión dentro del territorio nacional, cuando el

72 Cfr. *Bergmann*, Der Begehungsort, págs. 26 y ss.; *Oehler*, Internationales Strafrecht, págs. 205 y ss.

73 Así, por ejemplo, *Frank*, § 3 Anm. IV 3; *Gerland*, Reichstrafrecht, páginas 95 y ss.

74 Así *v. Liszt*, Lehrbuch, 10. Aufl. pág. 116; *Jiménez de Asúa*, Tratado, tomo II, pág. 826.

75 Así *Binding*, Handbuch, t. I, pág. 416; *Hegler*, Prinzipien, págs. 47 y ss.; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 159; *Olshausen*, § 3 Anm. 5; *Feller*, Jurisdiction, páginas 20 y ss.

76 Fue aplicada por el Reichsgericht en constante jurisprudencia (RG 11, 20 [22]; 67, 130 [138]; 74, 56 [59]) y sirvió de base al Tribunal Internacional Permanente en la sentencia sobre el caso Lotus (cfr. *supra*, § 18 II 4). Para la determinación del tiempo de comisión del hecho rige, por el contrario según el § 8 la teoría de la actividad (cfr. *supra*, § 15 IV 2b).

77 Cfr. *Schnorr v. Carolsfeld*, Heinitz-Festschrift, págs. 770 y ss.

peligro cuya evitación pretende el precepto penal se realiza a consecuencia de una infracción cometida en el extranjero.[78] El *delito continuado* se entiende cometido en cualquier lugar donde se haya cometido algún acto singular (RG 50, 423 [425]; 71, 286 [288]; RG DJ 1937, 1.004; RG HRR 1939, núm. 480). Discutible es el caso del *delito de tránsito*, en el que únicamente una parte de la cadena causal transcurre en territorio nacional, mientras que la acción y el resultado suceden en el extranjero (por ej., envío de un paquete con bombones envenenados desde Suiza, pasando por Alemania, a Dinamarca, donde la víctima muere envenenada). El delito de tránsito debe incluirse en el poder punitivo nacional, ya que el hecho en el trayecto afecta en todo caso al territorio nacional, y por razones de prevención general no puede renunciarse al poder punitivo nacional.[79] Los delitos de contrabando en el momento de pasar la frontera, siempre que entre dentro de la facultad de los funcionarios alemanes para el despacho de aduana, están sometidos al poder punitivo alemán aun cuando hayan sido cometidos en el extranjero (OLG Oldenburg MDR 1974, 329).

b) El ***resultado*** típico es importante como punto de conexión sobre todo en los casos, en los que no coinciden el lugar de comisión de la acción y el de producción del resultado *(Delitos a distancia)*.[80]

Como resultado típico hay que considerar también aquel resultado por el que se produce la *terminación* del hecho (por ejemplo, producción del perjuicio patrimonial en la estafa, producción del daño en el delito de peligro concreto), aunque el momento de la consumación se anticipe por razones político-criminales, pues un aspecto importante del contenido de injusto del hecho reside también en esta última parte (RG 57, 144 [125]; OLG Stuttgart, Justiz 1974, 131; cfr. *infra*, § 49 III, 3).[81] También deben incluirse las consecuencias del hecho que se producen entre el momento de la consumación y la terminación del delito, como por ejemplo, el mantenimiento del resultado en los *delitos permanentes*. Incluso una *condición objetiva de punibilidad* es resultado típico en el sentido del § 9 I, si ha sido causada por una acción típica, determinando juntamente el contenido de injusto del hecho, como por ejemplo el delito cometido en estado de embriaguez, cuando el autor se ha embriagado en el extranjero (§ 330a).[82]

78 Así *LK (Tröndle)*, § 3 Vorbem. 51; *Lüttger*, JZ 1964, 570; *Oehler*, Internationales Strafrecht, pág. 212. En contra, *Dreher*, § 9 Anm. 3; *Lackner*, § 9 Anm. 2; *Schönke/Schröder/Eser*, § 9 Anm. 6.

79 Así también *LK (Tröndle)*, § 3 Vorbem. 59; *Schönke/Schröder/Eser*, § 9 Anm. 6 (pero sólo para los casos de peligro concreto del territorio nacional). En contra, en cambio, la doctrina dominante; cfr. *Blei*, Allg. Teil, pág. 41; *Bergmann*, Begehungsort, págs. 49 y ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 150; *Oehler*, Internationales Strafrecht, pág. 216; *v. Hippel*, t. II, pág. 176, nota 3; *SK (Samson)*, § 9 Anm. 9.

80 El § 153c II StPO abre en estos casos, dentro de estrictos límites, la posibilidad de prescindir de la persecución penal.

81 De otra opinión *Dreher*, § 9 Anm. 3; *Lackner*, § 9 Anm. 1; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 149; *Schönke/Schröder/Eser*, § 9 Anm. 6. Sobre la terminación del hecho punible cfr. *Jescheck*, Welzel-Festschrift, pág. 685 y ss.

82 En el mismo sentido *LK (Tröndle)*, § 3 Vorbem. 51; *Oehler*, Internationales Strafrecht, pág. 213; *Schönke/Schröder/Eser*, § 9 Anm. 7. Cfr. sobre delitos concursales igualmente RG 16, 188 (190); 43, 84 y ss. En contra, *Kohlrausch/Lange*, System. Vorbem. VI A.

En los *delitos de peligro concreto* el resultado es ya la producción del peligro (BayObLG NJW 1957, 1.327), en los *delitos de omisión impropios* el momento de la producción de la lesión o de la puesta en peligro, que el autor tenía que haber evitado, al asumir el deber de garante (OLG Köln NJW 1968, 954). La *tentativa* se entiende cometida en territorio nacional, cuando el autor ha actuado en el extranjero, pero el resultado debiera producirse en territorio nacional (BGH 4, 333 [335]) y a la inversa (RG 30, 98; 41, 35 [47]; 49, 437 [439]; RG HRR 1939, núm. 397).

Ejemplos: Los autores querían introducir de contrabando café en la República Federal Alemana desde Luxemburgo, sin embargo, dejaron los sacos de café ante la frontera, al verse descubiertos. El resultado, la defraudación de los impuestos aduaneros, iba a producirse en territorio nacional (BGH 4, 333 [335]). La instalación y puesta en marcha de emisoras piratas que trabajan en alta mar, pero que son recibidas en Alemania, están sometidas según el § 9 I al poder punitivo alemán, ya que según el artículo 2 de la ley para la prevención de este tipo de actividades (BGBl. 1969 II, pág. 1.939) el resultado es la recepción o en su caso la perturbación de empresas radiofónicas en Alemania.[83]

3. La nueva regulación del lugar de comisión introducida en el § 9 II para los casos de *participación* descansa en la aplicación lógica de la teoría de la ubicuidad, ya que el hecho principal puede considerarse en efecto como "resultado" de la acción de participación. De acuerdo con este criterio, inducción y complicidad se cometen en el lugar en el que el inductor induce al autor (RG 25, 424 [426 y ss.] o el cómplice le ayuda (BGH 4, 333 [335]); pero, al mismo tiempo, en aquel lugar en el que se ha cometido el hecho principal, para lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el lugar de comisión del hecho principal todas las posibilidades previstas en el § 9 I (lugar de la acción de la omisión, de producción del resultado o de la pretendida producción del resultado (BGH 20, 89 [90]).[84] Si la participación se refiere a un hecho cometido en el extranjero, que es punible conforme al Derecho alemán, pero no en el lugar donde se comete, todo el curso causal será juzgado en lo que se refiere a la punibilidad de la participación de acuerdo con el Derecho alemán. Esta regulación contenida en el § 9 II, 2 recoge la jurisprudencia (RG 9, 10 [13]; RG JW 1936, 2.655; BGH 4, 333 [335]) y doctrina[85] anteriores. El hecho principal debe, no obstante, dirigirse contra un bien jurídico que esté protegido por el correspondiente precepto penal del Derecho alemán, aunque se trate de un bien jurídico extranjero (cfr. *supra*, § 18 III, 8), así que por ejemplo no es punible según el Derecho ale-

83 Cfr. *Oehler*, Piratensender, págs. 15 y ss.

84 Cfr. *Bergmann*, Der Begehungsort, págs. 43 y ss.; *Dreher*, § 9 Anm. 5; *LK (Tröndle)*, § 3 Vorbem. 55; *Schröder*, ZStW 61 (1942), pág. 129. *Oehler*, Internationales Strafrecht, págs. 263 y ss., critica esta regulación por la amplia extensión del poder punitivo.

85 Cfr. *Bergmann*, Der Begehungsort, págs. 45 y ss.; *Jescheck*, IRuD 1956, 94; *Schröder*, ZStW 61 (1942), págs. 95 y ss. Critica en *Oehler*, Internationales Strafrecht, pág. 266.

mán la ayuda prestada en Alemania a una infracción de los preceptos aduaneros extranjeros cometida en el extranjero (RG 14, 124 [128 y ss.]). También en la *tentativa* de participación (§ 30) hay que enjuiciar conforme al Derecho alemán la cuestión de si el hecho que se va a cometer en el extranjero constituye un delito (RG 37, 45 [47]).

4. Conforme al principio de la teoría de la ubicuidad que sirve de base al § 9 hay que resolver también los casos de **intervención** de varias personas en la comisión de un delito. Así es suficiente para la *coautoría* que uno de los intervinientes haya contribuido al hecho en territorio nacional (RG 57, 114 [145]) con una aportación que puede fundamentar una coautoría.[86] En los casos de *autoría mediata* el lugar de comisión es aquel lugar en el que el autor mediato actúa sobre su instrumento; además el lugar en el que el instrumento actúa y finalmente el lugar en el que el resultado se produce o debía producirse (RG 10, 420 [422 y ss.]; 13, 337 [339]; 39, 258 [263]; 67, 130 [138]).[87]

V. El dolo en el Derecho Penal Internacional

La regulación del ámbito de vigencia del Derecho Penal nacional no pertenece a los elementos del tipo legal, sino que se refiere a la **delimitación del poder penal estatal** en relación con acciones que tienen un aspecto internacional. Los preceptos del Derecho Penal Internacional son, por tanto, condiciones objetivas de punibilidad que no pertenecen al tipo. El autor no tiene, por consiguiente, que acoger en su dolo la cuestión de la aplicación de un determinado Ordenamiento jurídico penal.[88] Si el autor se equivoca sobre el contenido injusto de su hecho, queda protegido con la aplicación de la teoría del error de prohibición.

VI. Conceptos de carácter no penal empleados en el Derecho Penal Internacional

1. El concepto de **territorio nacional** se determina, en principio, conforme al Derecho Internacional y Político. De acuerdo con esto, territorio nacional es el sector perteneciente al Estado en el que éste ejerce su poder de soberanía.

86 Cfr. *Dreher*, § 9 Anm. 2; *Lackner*, § 9 Anm. 3; *LK (Tröndle)*, § 3 Vorbem. 61; *Schönke/Schröder/Eser*, § 9 Anm. 4. En contra, considera equivocadamente *Oehler*, Internationales Strafrecht, pág. 266, que el coautor que actúa solamente en el extranjero no está sometido al poder punitivo alemán.

87 Cfr. *Bergmann*, Der Begehungsort, págs. 73 y ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 9 Anm. 4.

88 Así, *Dreher*, § 3 Anm. 13; *Lackner*, § 9 Anm. 2; *LK (Tröndle)*, § 3 Vorbem. 60; *Nowakowski*, JBl. 1972, 21, nota 16; *Schönke/Schröder/Eser*, § 3 Vorbem. 64 y § 9 Anm. 15. Diferenciando *Oehler*, Internationales Strafrecht, páginas 137, 383. En contra, exigiendo el dolo, *Germann*, SchwZStr 69 (1954), página 243.

Al territorio nacional pertenecen las aguas territoriales, el mar litoral,[89] el espacio aéreo sobre el ámbito estatal hasta los límites del espacio sideral (cfr. al respecto *infra*, § 18 VI 2, nota 95) y el subsuelo. Los edificios y viviendas de las representaciones diplomáticas extranjeras gozan de algunos privilegios frente al poder estatal del país en el que se encuentran, pero son también territorio nacional (RG 69, 54 [55]). En los ríos y puentes fronterizos el territorio estatal alcanza hasta la mitad (RG 9, 370 [374 y 378]). Lo mismo vale para los lagos (RG 57, 368 [369 y s.]). La plataforma submarina no es territorio nacional, pero el Estado costero ejerce allí ciertos derechos soberanos de acuerdo con la *Convention on the Continental Shelf* de 29-4-1958. Así es aplicable el Derecho Penal alemán según el § 9 de la Ley de 24-7-1964 (BGBl. I, pág. 497) a los delitos contra el § 7 de esta ley.[90]

Respecto a los antiguos territorios alemanes del Este: Prusia del Este, Pomerania, la Nueva Marca y Silesia al Este de la línea Oder-Neisse, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

Tras la firma de los **Tratados del Este**, la tesis anteriormente dominante que consideraba como territorio nacional a los efectos del Derecho Penal Internacional el territorio estatal alemán con las fronteras que tenía el 31-12-1937,[91] no se puede seguir manteniendo.[92] La cesión de los territorios alemanes del Este a Polonia no se ha llevado a cabo ciertamente por la vía de un Tratado formal de paz, pero se ha consumado de un modo jurídicamente relevante tanto con el Tratado ruso-alemán de 12-8-1970 (BGBl. 1972, II, pág. 353) como también por el Tratado polaco-alemán de 7-12-1970 (BGBl. 1972, II, página 361) con el reconocimiento "de la línea Oder-Neisse como frontera con el Oeste de la República popular polaca". Lo mismo debe regir para la cesión de los territorios del Norte de Prusia del Este a la Unión Soviética, aunque en el Tratado ruso-alemán no se acordó una fórmula similar a la utilizada en el Tratado polaco-alemán. En esta materia hay que aplicar, sin embargo, la cláusula contractual general de que las fronteras de los Estados europeos se consideraran "invulnerables" "tal como estaban el día de la firma de este Tratado".

89 El ejercicio del poder estatal en el mar litoral (sobre este concepto, cfr. *Oehler*, Internationales Strafrecht, págs. 287 y ss.) está sometido a ciertos límites; cfr. art. 1 del Convenio sobre mar litoral y zonas circundantes de 29-4-1958, Recueil de Traités 516 (1964), No. 7.477. Cfr. sobre ello *F. Münch*, WVR, tomo II, págs. 388 y ss.

90 Cfr. con detalles *Oehler*, Internationales Strafrecht, págs. 298 y ss. Sobre el lugar de aduana y enclaves aduaneros cfr. *Schönke/Schröder/Eser*, § 3 Vorbem. 31a.

91 En el territorio nacional, a efectos penales se incluía, según esto, no sólo el sector de la Rep. Dem. Alem. (BVerfGE 1, 332 [341]; 11, 150 [158]; 12, 62 [65]; BGH 5, 364; 7, 53 [55]; 15, 72; 20, 5 [7]), sino también los territorios alemanes del Este radicados en la Unión Soviética y Polonia (BGH 8, 168 [170]).

92 Así ahora también *Dreher*, § 3 Anm. 3; *Lackner*, § 3 Vorbem. 4a; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 148; *Oehler*, Internationales Strafrecht, pág. 278, que anteriormente mantuvieron la opinión contraria. Cfr. además, *Baumann*, Allg. Teil, pág. 76; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 133.

De este modo los *antiguos territorios alemanes del Este* deben considerarse ahora, tanto desde el punto de vista del Derecho Internacional como del Derecho Político, como territorio *extranjero*.

Sobre la relación de la República Federal Alemana (RFA) con la República Democrática Alemana (RDA) cfr. *infra*, § 20 III.

2. Prescindiendo ahora de la especial situación de la RDA (cfr. *infra*, § 20 III), son **territorio extranjero** a los efectos del Derecho Penal Internacional todos aquellos territorios que no son territorio nacional. Territorio extranjero son, por tanto, no sólo los espacios de soberanía de los Estados extranjeros, sino también aquellos espacios que no están sometidos a ningún poder punitivo como alta mar,[93] la Antártida,[94] el Polo Norte y el espacio sideral.[95]

3. El concepto de **"ámbito de vigencia espacial de esta ley"**, que frecuentemente se utiliza en el StGB,[96] abarca tanto el territorio federal como Berlín-Oeste, siempre que la ley haya entrado en vigor allí, lo que por ejemplo no vale para la sección 5.ª de la Parte Especial del StGB: "Delitos contra la defensa nacional".

4. La cualidad de **alemán** se determina de acuerdo con la ley de ciudadanía de 22-7-1913 (RGBl. pág. 583) y el art. 116 GG. A los efectos del Derecho Penal Internacional, extranjero es todo aquel que no es alemán, por tanto, también el apátrida (§ 1 II de la ley de extranjeros de 28-4-1965, BGBl. I, pág. 353). Según los Tratados con Polonia y la Unión Soviética de 1970 los habitantes de procedencia alemana que se encuentran en los territorios del Este cedidos son también extranjeros, siempre que el 8-5-1945 no poseyeran jurídicamente la nacionalidad alemana. Pero de acuerdo con el art. 106 GG se les confiere la ciudadanía alemana si se trasladan a la República Federal Alemana (cfr. también BGH 11, 63).

Sobre los problemas de nacionalidad en relación con los ciudadanos de la RDA cfr. *infra*, § 20 III.

* * *

I. El ámbito de vigencia internacional del Derecho Penal español

1. En el Ordenamiento jurídico español actualmente vigente, las reglas sobre el ámbito de vigencia internacional del Derecho Penal no se encuentran en el Código Penal, sino en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en el Código de Justicia Militar (CJM) y en otras leyes especiales.

Punto de partida y de conexión fundamental es el principio territorial, según el cual los Tribunales españoles son competentes para entender de los delitos cometidos dentro del territorio español (arts. 333, 335 LOPJ). También y de un modo general para "las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública" acoge este principio el art. 8, 1 del Código civil. En el concepto de territorio se comprenden el mar territorial (definido en la Ley de 4 enero 1977) y el espacio aéreo (definido en la Ley de Navegación Aérea, 21 julio 1960). Respecto a los buques y aeronaves, rige el principio del pabellón, aunque con importantes excepciones. Los hechos cometidos en buques y aeronaves militares están, en todo caso, sometidos a los tribunales militares españoles con independencia de las aguas o espacio donde se encuentren (cfr. art. 9, 1, a CJM y art. 6 de la Ley de Navegación aérea que habla de aeronaves del Estado). Los hechos cometidos en buques y aeronaves de otro carácter están sometidos a la ley del pabellón cuando se encuentren en aguas o espacios internacionales, pero cuando están en mar o espacio territorial de otros países la competencia depende de otros criterios e incluso de lo que se diga en Convenios internacionales que, como sucede en el de Tokio de 14 septiembre 1963, pueden atribuir la competencia al Estado en cuyo territorio, mar territorial o espacio aéreo se ha cometido el delito o, al menos, se le concede la posibilidad de que reclame o renuncia a la competencia (cfr. art. 350, 12 LOPJ, art. 9, 1, c CJM, arts. 7 y 16 Ley Navegación Aérea).[1]

Conforme al principio personal o de personalidad, recogido en los artículos 339 y 340 LOPJ, los tribunales españoles pueden entender de los delitos cometidos por españoles en el extranjero, siempre que se den una serie de requisitos que varían según que el sujeto pasivo del delito sea también español o extranjero. En el primer caso es necesario que se querelle el sujeto pasivo o cualquiera de las personas que puedan hacerlo con arreglo a las leyes, que el delincuente se halle en territorio español y que no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, y en este último caso haya cumplido su condena (principio de liquidación) (art. 339 LOPJ). En el segundo es necesario, además de las circunstancias señaladas en el artículo 339, que el delito cometido sea grave (art. 340 LOPJ) y que sea delito en el país donde se perpetró (requisito de la doble incriminación o de identidad de la norma) (art. 341 LOPJ). Requisito común en ambos casos es la nacionalidad española del que comete el delito en el momento de su comisión. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 3 febrero 1969 considera, sin embargo, que es suficiente con que el sujeto activo tenga la nacionalidad española en el momento del enjuiciamiento; lo que parece, al margen de la justicia material del criterio jurisprudencial, una clara infracción del sentido literal de los arts. 339 y 340.[2]

93 Cfr. sobre el principio de la libertad del mar, art. 2 núm. 1 del Convenio sobre Alta Mar de 29-4-1958 (BGBl. 1972, II, pág. 1.091).

94 Cfr. el Tratado sobre la Antártida de 1-12-1959 (Recueil des Traités 402 (1961), No. 5.778, pág. 73).

95 El espacio sideral es territorio sin soberanía que no puede ser objeto de apropiación, cfr. art. II del Tratado de 27-1-1967 (BGBl. 1969, II, pág. 1.969). Sobre naves espaciales rige, según el art. VIII del Tratado, el Derecho del pabellón. Los límites del espacio sideral se sitúan en 80 km sobre la superficie terrestre; cfr. *A. Meyer*, Karanikas-Festschrift, pág. 222; *Dauses*, NJW 1973, p. 176.

96 Cfr. la exposición de conjunto de *Schönke/Schröder/Eser*, § 3 Vorbem. 32. Detenidamente, sobre ello, *Langrock*, Der besondere Anwendungsbereich, páginas 39 y ss. Críticamente, *Schroeder*, GA 1968, 353 y ss.

1 Cfr. *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal español, Parte General, 7.ª ed., Madrid, 1979, pp. 216 y ss.; *Cerezo Mir*, Curso de Derecho Penal español, Parte General, I, Introducción, 1976, pp. 180 y ss.; *Rodríguez Mourullo*, Derecho Penal, Parte General, I, Madrid, 1977, pp. 144 y ss.

2 En favor de este criterio jurisprudencial *Cerezo Mir*, ob. cit., p. 202; *Rodríguez Mourullo*, ob. cit., p. 164.

El Ordenamiento jurídico español también se apoya en el principio real o de protección para llevar a la competencia de los Tribunales españoles los delitos cometidos por españoles o extranjeros, fuera del territorio de la Nación, contra determinados intereses estatales, como delitos contra la seguridad del Estado, lesa majestad, rebelión, falsificación de la firma o estampilla real, falsificación de la firma de los ministros, falsificación de otros sellos públicos, falsificaciones que perjudiquen directamente el crédito o intereses del Estado, la introducción o expendición de lo falsificado, falsificación de billetes de banco y la introducción o expendición de los falsificados, los cometidos en el ejercicio de sus funciones por empleados públicos residentes en territorio extranjero (art. 336 LOPJ). En el art. 337 LOPJ se establece el principio de liquidación, cuando estos delitos han sido penados en el extranjero.

El principio del derecho universal está también acogido en el Ordenamiento jurídico español como consecuencia de diversos Tratados y Convenios internacionales suscritos por España. Se manifiesta principalmente en relación con algunos delitos como piratería (art. 6, núm. 9 CJM), falsificación de moneda (art. 284 y 288 del Código Penal) y relativo a la prostitución (art. 452 bis a, núm. 1 del Código Penal).

2. En el Proyecto de Código Penal, el ámbito de vigencia internacional de la ley penal se recoge en el Título Preliminar (arts. 8 a 13) con algunas modificaciones importantes respecto a la actual situación.

Punto de partida es también el principio de territorialidad (art. 8), tratando separadamente el del pabellón (art. 9). De la regulación legal no se deduce, sin embargo, que, como hasta ahora sucede, el principio territorial sea el más importante o el principio básico, pudiendo decirse que en su importancia queda desplazado incluso por el principio de personalidad activo. Sin duda, la novedad más importante del Proyecto en esta materia es el artículo 10 en el que se consagra el principio de personalidad activo de un modo hasta ahora desconocido en el Derecho español: "Las leyes penales españolas son aplicables a los hechos previstos en ellas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los responsables de los mismos sean españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho". El precepto, tal como está redactado, supone una regresión jurídica. Con él se pretende una aplicación prácticamente universal de la ley penal española a los ciudadanos españoles, incluso a los que no lo eran cuando cometieron el delito, se encuentren donde se encuentren, sea o no delito el hecho cometido en el país donde se comete: "lex ossibus inherent". Todo ello en un momento en el que otros países, tradicionalmente aferrados al principio de personalidad (como Alemania desde 1940), lo han abandonado precisamente por el peligro que representa para la seguridad jurídica de los ciudadanos nacionales que se encuentran en el extranjero y porque es contrario al respeto de la soberanía territorial de los demás Estados y a la cooperación internacional. Lo único que podría justificar este precepto es el principio personal pasivo o de protección individual que se recoge en el art. 11: "Las leyes penales españolas son aplicables a los delitos y faltas que se cometan fuera del territorio nacional contra ciudadanos españoles, en los supuestos en que no resulte competente para su conocimiento otra jurisdicción". Pero también en este caso se debería exigir el requisito de la identidad de norma o por lo menos un precepto similar al § 7 StGB que acoja expresamente el principio de la Justicia penal subsidiaria, cuando el delincuente no sea susceptible de extradición o ésta no haya sido solicitada o concedida o el lugar de comisión no esté sometido a ningún poder punitivo (Alta Mar, Polo Norte, Antártida, espacio sideral).

El principio real o de protección se recoge en el Proyecto en el art. 12, ampliado el catálogo de delitos que da lugar a la aplicación de tal principio en la actualidad. El del derecho universal en el art. 13, citándose expresamente entre los delitos que motivan su aplicación: el genocidio, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, falsificación de moneda extranjera, favorecimiento de la prostitución y trata de seres humanos, tráfico ilegal de drogas "y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, pueda ser perseguido en España". En ambos preceptos se hace reserva del principio de liquidación (art. 10, 2 del Proyecto).

II. El lugar de comisión del delito en el Derecho Penal español

1. En el Ordenamiento jurídico español vigente, la cuestión del lugar de comisión del delito se resuelve por la jurisprudencia y la doctrina dominantes[3] *en favor de la* teoría del resultado, *basándose para ello en el artículo 335 LOPJ ("El conocimiento de los delitos comenzados a cometer en España y consumados o frustrados en países extranjeros, corresponderá a los Tribunales y jueces españoles, en el caso de que los actos perpetados en España constituyan por sí delitos, y sólo respecto a éstos"). De acuerdo con esto, se considera que los Tribunales no podrían conocer de hechos como éstos: disparo desde territorio español que causa un homicidio en territorio francés; carta injuriosa escrita en España y recibida y leída en Alemania; envío desde Madrid de bombones envenenados que producen la muerte del destinatario en Alemania, etc., ya que, se dice,*[4] *tales hechos no son constitutivos de delito, entendiendo por tal en el sentido del art. 335 LOPJ el delito consumado. Todo ello, sin perjuicio, naturalmente, de que la competencia no venga atribuida a los Tribunales españoles por otros principios (personalidad, protección, etc.), distintos al territorial.*

2. En el art. 14 del Proyecto de Código Penal se acoge, por el contrario, la teoría *de la ubicuidad. Dice este precepto: "A efectos de aplicación de la ley penal española en el espacio, el delito o falta se consideran cometidos en todos aquellos lugares en los que el autor ha actuado u omitido la acción o en los que se ha producido el resultado".*

De todas formas la acogida de esta teoría de la ubicuidad en el Proyecto de Código Penal no es del todo completa. Por un lado, porque sólo se alude al lugar donde el resultado se ha producido y no se menciona, en cam-

[3] Cfr. *Antón Oneca*, Derecho Penal, Parte General, I, Madrid, 1949, p. 174 y ss.; *Quintano Ripollés*, Tratado de Derecho Penal internacional e internacional penal, tomo II, Madrid, 1957, p. 26; *Cerezo Mir*, ob. cit., p. 158; *Rodríguez Mourullo*, ob. cit., p. 158. De esta opinión discrepan *Rodríguez Devesa*, ob. cit., pp. 382 y ss., y *Gimbernat Ordeig*, Introducción a la Parte General del Derecho Penal español, Madrid, 1979, p. 27, quienes se pronuncian en favor de la teoría de la ubicuidad.

[4] Cfr. *Rodríguez Mourullo*, ob. cit., p. 158. De otra opinión, *Cobo del Rosal/Vives Antón*, Derecho Penal, Parte General, I, Valencia 1980, p. 192.

bio, el lugar donde, según la representación del autor, debería haberse producido. En segundo lugar, porque no se refiere a la participación, dejando en la duda si los partícipes responden, cuando el hecho principal del autor, que es al único al que se alude en el art. 14, se ha realizado, tanto en su vertiente de acción, como de resultado, en el extranjero. Para resolver este problema, de acuerdo con la teoría de la ubicuidad, se debería haber añadido un párrafo en el que se dijera que los actos de participación deben estimarse cometidos tanto en el lugar donde el hecho principal se hubiera cometido (o debiera haberse cometido), como en el lugar donde el partícipe ha actuado, o en caso de omisión, debiera haber actuado.

§ 19 Ámbito de vigencia personal

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*, Zur Problematik des Völkerstrafrechts, 1956; *el mismo*, Völkerrechtliche Grenzen der inländischen Gerichtsbarkeit, Festschrift für A. Nikisch, 1958, pág. 153; *Heydlauf*, Die Praxis des Bundestages in Immunitätsangelegenheiten, Diss. Freiburg 1974; *Hilde Kaufmann*, Strafanspruch, Strafklagrecht, 1968; *Rinck*, Die Indemnität der Abgeordneten im Bundesstaat des Bonner Grundgesetzes, JZ 1961, 248; *Rumpf*, Das Recht der Truppenstationierung in der Bundesrepublik, 1969; *Schwenk*, Die strafprozessualen Bestimmungen des NATO-Truppenstatuts etc., NJW 1963, 1.425; *Verosta*, Exterritorialität, WVR, t. I, pág. 499; *Wengler*, Völkerrecht, t. II, 1964; *Witsch*, Deutsche Strafgerichtsbarkeit über die Mitglieder der US-Streitkräfte, 1970.

I. Concepto de ámbito de vigencia personal en el Derecho Penal alemán

Los preceptos sobre el ámbito de vigencia internacional del Derecho Penal alemán regulan la cuestión de si un hecho está sometido al poder punitivo alemán, cuando el autor es extranjero o el lugar de comisión territorio extranjero. En el ámbito de vigencia personal se trata, por el contrario, de determinadas **categorías de personas** que según el Derecho Internacional o Constitucional pueden ser **sustraídas al poder punitivo alemán,** en todo caso o sólo en parte, permanentemente o durante un cierto tiempo, aunque el supuesto de hecho a enjuiciar de acuerdo con las normas del Derecho Penal Internacional en si estaría sometido al poder punitivo alemán. El el Derecho alemán estos casos están configurados como causas de exclusión de la pena (cfr. *infra*, § 52 II, 1). En la cuestión del ámbito de vigencia personal hay que distinguir según que la exclusión del derecho de soberanía alemana se refiera al poder punitivo o a la jurisdicción penal. En el primer caso, se trata de un problema de Derecho Penal material, en el segundo de un problema de Derecho Procesal Penal.

II. Indemnidad e inmunidad en el Derecho Constitucional

1. Hasta 1918 el Emperador y los electores federales estaban sustraídos, en virtud del Derecho Constitucional o en virtud del derecho consuetudinario, al poder punitivo alemán.[1] Sin embargo, el principio "princeps legibus solutus est" no es del todo correcto, pues el monarca también tiene que obedecer las leyes, sólo que no está sometido a la *coacción penal.* El **Presidente Federal** está sometido, por el contrario, al poder punitivo alemán y sólo goza de la misma inmunidad que los diputados del Parlamento Federal (art. 60, IV en relación con el art. 46, II-IV GG).

2. En relación con los *diputados* hay que distinguir entre *indemnidad* e *inmunidad.* Según el § 36 a los miembros del Parlamento Federal, de la Asamblea Federal o del órgano legislativo de algún Estado miembro de la Federación en ningún caso puede exigírseles responsabilidades por las votaciones o expresiones que hayan realizado en la corporación o en alguna de sus comisiones *(indemnidad).* Este concepto se refiere a la exclusión de un modo permanente de la responsabilidad penal.[2] A ello hay que equiparar las expresiones vertidas en las fracciones o grupos parlamentarios en tanto tengan relación con la actividad parlamentaria del diputado,[3] pero no las manifestaciones o expresiones pronunciadas en asambleas electorales (LG Koblenz NJW 1961, 125). La exclusión de responsabilidad no rige en los casos de calumnia (§§ 90 III, 103, 187a II, 189), en los que el diputado puede, por tanto, ser perseguido penalmente. El fundamento interno de este privilegio es la protección de la libertad de expresión y votación en el Parlamento, el diputado no puede, por consiguiente, renunciar a su indemnidad.[4] La indemnidad es, desde el punto de vista penal una *causa personal de exclusión de la pena* (cfr. *infra*, § 52 II, 1).[5] Esto tiene como consecuencia que pueda ser castigado el no diputado que participe en el hecho cometido por un diputado.

La *inmunidad* de los diputados del Parlamento federal (art. 46 II-IV GG) es, por el contrario, un *obstáculo procesal.*[6] Lo mismo rige según el Derecho

1 Cfr. con detalles *Binding*, Handbuch, págs. 667 y ss.

2 La cuestión de la más amplia responsabilidad civil o disciplinaria se determina por el art. 46 I GG y las Constituciones regionales.

3 Así, coincidiendo con el art. 37 de la Constitución del Baden-Württemberg, *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 46 Anm. 16; de otra opinión, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 36 Anm. 4.

4 *Rinck*, JZ 1961, 251.

5 Así la opinión dominante; cfr. *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 46 Anm. 22; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 36 Anm. 1; *Hilde Kaufmann*, Strafanspruch, página 156. En el mismo sentido, StaatsGH Bremen MDR 1968, 24. En contra, considera *Mezger*, Lehrbuch, pág. 74 que se trata de un obstáculo procesal.

6 Opinión dominante; cfr. *Bockelmann*, Die Unverfolgbarkeit, pág. 28; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 36 Anm. 2; *SK (Samson)*, § 36 Anm. 5. Diferen-

regional para los diputados del Parlamento regional, aunque con algunas variantes que según el § 152a StPO son también vinculantes para los órganos de la Federación y de las otras regiones (por ej., art. 38 de la Constitución de Baden-Würtemberg). En contraste con la exención de responsabilidad en los casos de indemnidad la posibilidad de persecución penal contra los diputados resurge tras la terminación de su mandato.

3. De acuerdo con el § 37, quedan igualmente exentos de responsabilidad los **informes veraces** (de naturaleza pública o privada) sobre sesiones públicas del Parlamento federal o del órgano legislativo de un Estado miembro de la Federación o de sus comisiones.[7] La naturaleza jurídica de esta inmunidad es discutible. Para algunos se trata de una *causa de justificación*.[8] No hay, sin embargo, razón alguna para considerar penalmente más importante la exclusión de responsabilidad por los informes parlamentarios que la misma indemnidad de los diputados. Lo correcto es, por tanto, admitir una *causa de exclusión de la pena*, que por supuesto no está limitada al informador, no siendo, por consiguiente, de naturaleza personal, sino real (no es punible la participación).[9]

III. Privilegios de Derecho Internacional

1. Los **sujetos que gozan de los efectos de la extraterritorialidad** están **sustraídos a la Jurisdicción alemana.**

a) Éstos son, por un lado, según el § 18 GVG los miembros de las **misiones diplomáticas** establecidas en la República Federal Alemana o en Berlín-Oeste, sus familiares y empleados domésticos de acuerdo con el Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18-4-1961 (BGBl. 1964, II, pág. 957). Lo mismo rige según el § 19 GVG para los miembros de **oficinas consulares,** incluyendo los cónsules honorarios, de acuerdo con el Convenio de Viena sobre relaciones consulares de 24-4-1963 (BGBl. 1969, II, pág. 1.585).[10] Los miembros de las misiones diplomáticas y las personas a ellos equiparadas están, según el art. 31 y ss. del Convenio citado en primer lugar, completamente excluidos de la Jurisdicción penal del Estado en el que

ciando *Hilde Kaufmann*, Strafanspruch, págs. 156 y ss.; *Bloy*, Dogmatische Bedeutung, págs. 81 y ss. Cfr. además *Heydlauf*, Die Praxis des Bundestages in Immunitätsangelegenheiten, 1974.

7 Consecuencias más amplias se rigen por el art. 42 III GG y las Constituciones regionales.

8 Así OLG Braunschweig NJW 1953, 516 (517); *Dreher*, § 37 Anm. 1; *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 42 Anm. 36; *Maurach*, Bes. Teil, pág. 150; *Kohlrausch/Lange*, § 12 Anm. III; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 315; *SK (Samson)*, § 37 Anm. 3.

9 Así *Baumann*, Allg. Teil, pág. 72; *Lackner*, § 37 Anm. 1; *LK (Tröndle)*, § 12 Anm. 3; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 37 Anm. 1.

10 Cfr. sobre ello la circular del Ministro Federal del Interior de 14-3-1975 "Diplomáticos y otras personas privilegiadas", recogido por *Kleinknecht*, § 18 GVG Anm. 10.

residen; los miembros de las oficinas consulares sólo están excluidos, por el contrario, según el art. 43 del Convenio citado en segundo lugar, por las acciones que hayan cometido en cumplimiento de sus funciones consulares (BayOblG NJW 1974, 431).

b) Según el § 20 GVG el privilegio rige además para **otras personas** que, conforme a las reglas generales del Derecho Internacional, en virtud de pactos internacionales o de otros preceptos jurídicos están excluidas de la Jurisdicción alemana.[11] En este grupo se incluyen los Jefes de Estado extranjero (en las visitas también sus familiares y séquito acompañantes), los diplomáticos en tránsito acreditados ante Estados extranjeros, los representantes de Estados extranjeros en Conferencias políticas internacionales, los representantes estatales en las organizaciones internacionales y los altos funcionarios de dichas organizaciones, miembros de contingentes de tropas extranjeras (que se encuentran en territorio nacional con permiso del Gobierno) y las tripulaciones de buques de guerra y aeronaves militares extranjeras, siempre que se encuentren a bordo o en secciones cerradas en tierra.

c) También las **tropas extranjeras** estacionadas en Alemania están sustraídas, en principio, a la Jurisdicción penal alemana. Aunque, según el artículo VIII del Estatuto de Tropas de la OTAN de 19-6-1951 (BGBl. 1961 II, pág. 1.183), la Jurisdicción está dividida entre el Estado que envía las tropas y el Estado que las recibe, y a la República Federal Alemana le correspondería según el art. VII § 3b el privilegio de ejercer su jurisdicción, según el art. 19 del Acuerdo adicional al Estado de las Tropas de la OTAN de 3-8-1959 (BGBl. 1961 II, pág. 1.183, 1.218) la República Federal Alemana ha renunciado *de un modo general* a este privilegio a petición de los Estados que envían sus tropas (cfr. también *supra*, § 18 I, 3).[12]

2. La exclusión de la Jurisdicción penal alemana de los sujetos que gozan de los efectos de la extraterritorialidad se considera por algunos como una excepción juridicomaterial en el sentido de una causa personal de exclusión de la pena.[13] Pero es preferible la **teoría procesal,**[14] que concuerda con el tenor literal de los §§ 18-20 GVG y expli-

11 Cfr. sobre ello *Verosta*, WVR, t. I, págs. 499 y ss.; *Löwe/Rosenberg* (Schäfer), § 18 GVG Anm. 3b. Sobre "otros preceptos jurídicos" *Kleinknecht*, § 20 GVG Anm. 1.

12 Cfr. con más detalle *Rumpf*, Truppenstationierung, págs. 17 y ss.; *Schwenk*, NJW 1963, 1.425 y ss.; *Witsch*, Deutsche Strafgerichtsbarkeit über die Mitglieder der US-Straitkräfte, 1970.

13 Así *v. Hippel*, t. II, pág. 82; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 137; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 158; *Schönke/Schröder/Eser*, § 3 Vorbem. 41; *Welzel*, Lehrbuch, página 59; *Bloy*, Die dogmatische Bedeutung, págs. 50 y ss. con referencias.

14 Así la jurisprudencia: RG 52, 167; BGH 14, 137 (139); 21, 29; cfr. además *Baumann*, Allg. Teil, págs. 68 y ss.; *Beling*, Exterritorialität, pág. 117; *Binding*, Handbuch, pág. 686; *Dahm*, Völkerstrafrecht, pág. 45, nota 113; *el mismo*, Nikisch-Festschrift, pág. 168; *LK (Tröndle)*, § 3 Vorbem. 43; *Wengler*, Völkerrecht, t. II, pág. 955.

ca mejor el resurgimiento del poder punitivo de un Estado, cuando el otro renuncia a su privilegio. La *duración de la exención* es distinta en cada una de las concretas categorías de los sujetos que gozan de la extraterritorialidad. En algunas dura tanto como el estatuto que sirve de base al privilegio, en otras sigue existiendo hasta que el Estado legitimado renuncie a él.

IV. Privilegios de los representantes de la RDA

El Jefe y los miembros de la representación permanente de la República Democrática Alemana (RDA) así como los familiares que con ellos conviven gozan de los mismos privilegios y exenciones que dimanan de la extraterritorialidad (cfr. Ley de 16-11-1973, BGBl. I, página 1.673; § 11 VO de 24-4-1974, BGBl. I, pág. 1.022).

* * *

En la doctrina española se destaca que lo que se llama "ámbito de vigencia personal" del Derecho Penal no tiene nada que ver con el ámbito de vigencia propiamente dicho. Realmente en esta materia el ámbito de vigencia no se altera en absoluto, la ley penal sigue estando vigente para todos (otra cosa es el problema sociológico de la realidad de esta vigencia para determinados grupos). Sin embargo, existen algunas prerrogativas, que no privilegios, que se conceden a determinadas personas en función del cargo que ocupan, cuando éste es especialmente importante para la vida política del país. Dichas prerrogativas no suponen una excepción al principio de igualdad de todos ante la ley (que, por lo menos formalmente reconoce el art. 14 de la Constitución), aunque la desafortunada redacción del artículo 5 del Proyecto de Código Penal dé lugar a pensar en esto, sino de simples causas de exclusión de la pena que por razones de política jurídica general se conceden a determinadas personas. Estas causas de exclusión de la pena se suelen tratar doctrinalmente en su congruo lugar dentro de la teoría del delito bajo la rúbrica genérica de inmunidades.[1]

Estos casos son los siguientes:

a) *Inmunidad del Jefe del Estado. Derivada del art. 56, 3 de la Constitución: "La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad".*

b) *Inmunidad parlamentaria. En el art. 71, 1 y 2 de la Constitución se distingue entre inviolabilidad e inmunidad propiamente dicha. La primera garantiza la libertad por las opiniones emitidas por el parlamentario en el ejercicio de sus funciones. Esta inviolabilidad funciona de hecho como una causa de justificación (aunque de la exención de pena no se beneficiarían los partícipes) y aun cuando el parlamentario cese en el ejercicio de su cargo no podrá ser perseguido por opiniones emitidas durante el tiempo en que lo desempeñó. No alcanza, sin embargo, a los actos no relacionados directamente con el ejercicio de la función parlamentaria (actos de propaganda electoral, mítines, etc.). La inmunidad propiamente dicha es, por el contrario, un simple obstáculo procesal que sólo permite la detención del parlamentario en caso de flagrante delito y que, en todo caso, exige para su inculpación o procesamiento (cuando se le impute algún delito no cubierto por la inviolabilidad) la previa autorización de la Cámara respectiva (Congreso o Senado). La competencia en las causas contra parlamentarios (Senadores o Diputados) viene asignada en el art. 71, 3 de la Constitución a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Nada se dice en la Constitución sobre los miembros de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas. Entiendo que, en tanto forman parte del poder legislativo del Estado, les son aplicables los mismos preceptos. (Cfr. además arts. 25, 2 y 26, 6 del Estatuto de Autonomía de Euzkadi.)*

El Presidente y los demás miembros del Gobierno sí son responsables de sus actos como tales miembros del Gobierno, pero esta responsabilidad sólo es exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y si la acusación fuere por delito de traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, sólo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo (art. 102, 1 y 2 de la Constitución).

c) *Inmunidad diplomática. Según el art. 334 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los Jefes de Estado extranjeros y los príncipes de las familias reinantes serán puestos a disposición de sus Gobiernos respectivos cuando delinquieren en España. Y lo mismo dice respecto a los embajadores, ministros plenipotenciarios y ministros residentes, encargados de negocios y extranjeros de planta en las legaciones. No se mencionan, sin embargo, a los miembros de las oficinas consulares que, según el artículo 43 del Convenio de Viena sobre relaciones consulares de 24 abril 1963, "no estarán sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas del Estado receptor por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares". No obstante, este silencio de la Ley Orgánica del Poder Judicial respecto a los representantes consulares, parece que una interpretación teleológica del precepto favorece su inclusión en el art. 334 de la LOPJ.*

Respecto a los miembros de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos de América destacadas en España en virtud del Convenio de 26 septiembre 1953, la competencia por los delitos cometidos por dichos miembros viene atribuida a los Tribunales norteamericanos con arreglo al derecho de su país. Ello supone una renuncia excesiva al ejercicio del poder punitivo propio por parte del Estado español, tanto más, cuanto, como destaca Rodríguez Devesa,[2] *la competencia de los Tribunales norteamericanos se extiende a los delitos comunes o militares cometidos no sólo por los miembros de las fuerzas armadas destacadas en el extranjero, sino también por sus familiares o personas dependientes de ellas,* cualquiera que sea su nacionali-

[1] Cfr. *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal español, Parte General, 7.ª ed., Madrid, 1979, p. 621. En el mismo sentido, *Rodríguez Mourullo*, Derecho Penal, Parte General, I, Madrid, 1977, pp. 121 y ss. En cambio, *Cobo del Rosal/Vives Antón*, Derecho Penal, Parte General, I, Valencia, 1980, p. 206, prefieren hablar de "inviolabilidades" que es el término adoptado en la Constitución de 1978.

[2] Ob. cit., p. 226, nota 30. Cfr. también *Cerezo Mir*, Curso de Derecho Penal español, Parte General, I, Introducción, Madrid, 1976, p. 191 y Sentencia del Tribunal Supremo, 9 mayo 1974.

dad. *Los problemas que ello plantea son resueltos, según dice el citado autor: "contando con la buena voluntad de los Estados Unidos" (!), por una Comisión mixta de competencias creada por Decreto-Ley 23 diciembre 1964.*

§ 20 *Derecho Penal Interlocal*

v. Bar, Das internationale Privat- und Strafrecht, 1869; *Böckenförde*, Die Rechtsauffassung im kommunistischen Staat, 1967; *Bruhn*, Die Regelung des räumlichen Geltungsbereichs im Strafrecht der Bundesrepublik und der DDR, MDR 1970, 638; *Doehring*, Die Teilung Deutschlands als Problem der Strafrechtsanwendung, Der Staat 4 (1965), pág. 259; *el mismo*, Die Teilung Deutschlands als Problem des völker- und staatsrechtlichen Fremdenrechts, 1968; *Jutta Endemann*, Interlokalrechtliche Probleme im Bereich des Staatsschutz-Strafrechts, NJW 1966, 2.381; *Gallas*, Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs, ZStW 80 (1968), pág. 1; *Grünwald*, Ist der Schußwaffengebrauch an der Zonengrenze strafbar? JZ 1966, 633; *Herrmann*, Die Anwendbarkeit des politischen Strafrechts auf Deutsche im Verhältnis zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR, 1960; *Kohler*, Internationales Strafrecht, 1917; *Krey*, Zum innerdeutschen Strafanwendungsrecht, Diss. Bochum 1969; *Kümmerlein*, Fragen des "internationalen" Strafrechts und Strafverfahrensrechts, DStr 1938, 280; *Mattil*, Zur Problematik des internationalen Strafrechts, GA 1958, 142; *Oehler*, Das Territorialitätsprinzip, Deutsche strafrechtl. Landesreferate z. VIII. Int. Kongreß f. Rechtsvergleichung, 1971, pág. 48; *Nowakowski*, Anwendung des inländischen Strafrechts und außerstrafrechtliche Rechtssätze, JZ 1971, 635; *Rittler*, Zur Abgrenzung der Geltungsgebiete des gemein-deutschen und partikulär-österreichischen Strafrechts, ZStW 62 (1944), pág. 65; *Roggemann*, Die Grenze der Strafgewalt zwischen beiden deutschen Staaten, ROW 1974, 185; *el mismo*, Rechtshilfe in Strafsachen zwischen Bundesrepublik und DDR, NJW 1974, 1.841; *el mismo*, Strafrechtsanwendung und Rechtshilfe zwischen beiden deutschen Staaten, 1975; *Ruhrmann*, Die Behandlung innerdeutscher (interlokaler) Kollisionsfälle auf dem Gebiet des Staatsschutz-Strafrechts, ZStW 72 (1960), pág. 124; *Rumpf*, Die deutsche Staatsangehörigkeit nach dem Grundvertrag, ZRP 1974, 201; *Satter*, Zur Frage des interlokalen Strafrechts, DRechtsw 6 (1941), pág. 247; *Schröder*, Der Geltungsbereich der Teilstrafrechte im Deutschen Reich, DR 1942, 115; *Schroeder*, Schranken für den räumlichen Geltungsbereich des Strafrechts, NJW 1969, 81; *el mismo*, Die Strafgesetzgebung in Deutschland, 1972; *el mismo*, Zur Strafbarkeit der Fluchthilfe, JZ 1974, 113; *el mismo*, Anmerkung zu LG Berlin vom 20. 7. 1974, JZ 1976, 100; *D. Schultz*, Zum räumlichen Geltungsbereich des Strafrechts im geteilten Deutschland, JR 1968, 41; *Karin Stötter*, Die Rechts- und Amtshilfe in Strafsachen im Verhältnis zur SBZ, 1960; *v. Weber*, Das interlokale Strafrecht, DStr 1940, 182; *el mismo*, Interlokales Strafrecht, Festschrift für E. Kohlrausch, 1944, pág. 120; *Wengler*, Deutschland als Rechtsbegriff, Festschrift für H. Nawiasky, 1956, pág. 49.

I. Concepto, vigencia y puntos de contacto del Derecho Penal Interlocal

1. Mientras el Derecho Penal Internacional delimita la extensión del poder punitivo del propio Estado en relación con otros Estados, el **Derecho Penal Interlocal** regula la cuestión de cuál es la ley penal aplicable, cuando en distintas partes del mismo Estado en las que se ejerce el mismo poder punitivo, están en vigor distintas leyes penales que vienen en consideración para el enjuiciamiento de un hecho. Sucede esto, cuando en el lugar de comisión rige un Derecho Penal distinto al que rige en el domicilio del autor de ese hecho o del que rige en la sede del Tribunal que tiene que enjuiciar ese hecho. El Derecho Penal Interlocal es, por tanto, a diferencia del Derecho Penal Internacional, un auténtico *Derecho de colisión* que determina la ley aplicable, cuando el proceso penal muestra puntos de conexión con varios Ordenamientos jurídicos parciales dentro del mismo ámbito de soberanía.

2. El Derecho Penal Interlocal no está regulado legalmente, sino que rige como **Derecho consuetudinario** en virtud de un uso judicial[1] más que centenario y del reconocimiento general en la bibliografía.[2] Actualmente sólo existen dudas respecto a la, en la práctica, aún más importante cuestión de si los principios del Derecho Penal Interlocal son aplicables por los Tribunales de la República Federal Alemana también a los hechos que se cometen en el ámbito de la República Democrática Alemana, o de si hay que aplicar el Derecho Penal Internacional lógicamente, teniendo en cuenta que en ambas partes de Alemania ya no existe un poder punitivo unitario (cfr. *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, 305), que se determina según las reglas del § 9, aplicándose, en el caso de que vengan en consideración varios lugares de comisión, la ley penal más severa (cfr. *supra*, § 18 IV). El principio del lugar del hecho afirma que una acción se enjuicia según el Derecho Penal que está vigente en el lugar donde se cometió aquél, aunque ese Derecho Penal sea extraño al del Tribunal que tiene que enjuiciar ese hecho. Si en el lugar del hecho rige un Derecho Penal distinto al que rige en el domicilio del autor de ese hecho, hay que aplicar el Derecho del domicilio, siempre que sea más severo, porque parece justificado en este caso hacer responsable al autor de acuerdo con el Derecho que rige en su domicilio **(Principio del domicilio).** Pero este principio, sólo rige, si el Derecho regional se apoya en el domicilio del autor, lo que es admitido en el artículo 2, núm. 1 EGStGB.[3]

1 La primera sentencia a este respecto fue la del Tribunal Supremo de Prusia GA 16 (1868), pág. 141. Cfr. además RG 74, 219 (220); BGH 7, 54 (55); BGH NJW 1960, 305.

2 Cfr. *Kohler*, Internationales Strafrecht, pág. 223; *v. Weber*, DStr 1940, 182; *Schröder*, DR 1942, 1.115; *Baumann*, Allg. Teil, págs. 79 y ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 160; *Kohlrausch/Lange*, §§ 3-7 Vorbem. III; *Schönke/Schröder/Eser*, § 3 Vorbem. 52; *SK (Samson)*, § 3 Anm. 16.

3 Así *Schönke/Schröder/Eser*, § 3 Vorbem. 54; *Kohlrausch/Lange*, § 3 Vorbem. III B 3. Contra la consideración del Derecho local, sin embargo, la doctrina dominante; cfr. *Baumann*, Allg. Teil, pág. 80; *Blei*, Allg. Teil, pág. 44; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 160; *LK (Tröndle)*, § 3 Vorbem. 71; *SK (Samson)*, § 3 Anm. 17.

Ejemplos: Una mujer que había cometido varios abortos en Turingia en 1949, fue condenada por ello en Dortmund en 1952. En este caso era aplicable la Ley regional de Turingia de 18-12-1947 por la que sólo podía imponerse la pena de presidio en el caso de profesionalidad en el aborto (BGH NJW 1952, 1.146).

A un homicidio cometido en la RDA se aplicó igualmente el Derecho allí vigente (más severo) (BGH GA 1961, 24). Quien con domicilio en Baviera y con infracción del Derecho allí vigente vende en Hessen cerveza producida en Baviera, es punible en Hessen, si el Derecho bávaro castiga este hecho.

Los principios del lugar del hecho y del domicilio se complementan por el **principio de la lex fori.** El Derecho vigente en la sede del Tribunal se aplica a delitos en los que según los §§ 5 y 6 en el Derecho Penal Internacional sería aplicable el propio derecho sin consideración al que rija en el lugar del hecho, tanto más, si el derecho vigente en el lugar del hecho se opone a principios indeclinables de la lex fori (limitación por el *ordre public*).

Ejemplos: Un antiguo habitante de la República Federal Alemana fue castigado conforme al § 100d II y III en su anterior redacción (relaciones contrarias a la seguridad interior del Estado) por un hecho cometido en Berlín-Este, aunque en el lugar donde fue cometido el hecho no se protegía precisamente la seguridad de la República Federal Alemana (BGH 10, 163). Un asesinato cometido en la RDA tenía que ser enjuiciado en la República Federal conforme al Derecho vigente en la RDA (equivocadamente OGH 2, 337 [339]), pero la pena de muerte aplicable en la RDA para el asesinato debía ser sustituida por la de cadena perpetua que es la aplicable a dicho delito en la República Federal, ya que la abolición de la pena de muerte por el art. 102 GG es una cuestión de "ordre public" en la República Federal Alemana (BGH GA 1961, 25).

Pero el recurrir a la cláusula de "ordre public" en estos casos supone traspasar ya los límites del Derecho Penal Interlocal, ya que éste parte de la hipótesis de que en los distintos ámbitos parciales se ejerce el mismo poder punitivo, de que los distintos ámbitos se protegen mutuamente y de que poseen idénticas concepciones jurídicas fundamentales.[4]

II. Evolución del Derecho Penal Interlocal y su aplicación dentro de la República Federal

1. La historia del Derecho Penal Interlocal[5] comienza con el engrandecimiento de Prusia a partir de 1866, que implicó que rigieran diferentes Ordenamientos jurídicos, aunque el Estado era unitario. En la Federación de Alemania del Norte y en el Imperio alemán hasta 1918 se aplicó, por el contrario, siempre el Derecho Penal Internacional en las relaciones entre los diversos Estados miembros porque se había mantenido una fuerte autonomía estatal de las partes.[6] Lo mismo sucedió incluso en la República de Weimar, aunque en ella estaba fuertemente incrustada la tendencia a un Estado unitario.[7] Sólo a partir de 1938, tras la anexión de Austria al Imperio alemán y el mantenimiento en vigor del StGB austríaco, se acudió de nuevo a los principios del Derecho Penal Interlocal, porque se trataba de un "Derecho imperial con limitación local".[8]

4 Cfr. *Mattil*, GA 1958, 148 y ss.

5 Cfr. con detalle *v. Weber*, Kohlrausch-Festschrift, págs. 120 y ss.; *D. Schultz*, JR 1968, 42 y ss.

2. Igualmente importante debe ser hoy en la República Federal el Derecho Penal Interlocal, cuando se trata de un **Derecho Federal parcial** que según el art. 125 GG sigue estando vigente como Derecho Federal en parte de la República Federal, pues el poder punitivo unitario de la Federación es aceptado por los Estados miembros de ella (BGH 4, 396 [399]).

Ejemplo: Las normas de la ley de impuestos a la cerveza que tienen en Baviera una configuración distinta a la de otros ámbitos federales también deben ser aplicadas a un hecho cometido en Baviera, aunque no sea punible según el Derecho vigente en la sede del Tribunal (BGH 11, 365 [366]).

Lo mismo ocurre en el **simple Derecho regional,** porque éste se apoya en la autorización del legislador federal contenida en el art. 74, número 1 GG y en los arts. 2, 3, 4, II-V EGStGB (cfr. *supra*, § 13 I, 2).[9]

III. Aplicación del Derecho Penal de la República Federal en relación con la RDA

1. Una parte de la doctrina[10] y todavía la Jurisprudencia (BGH 2, 300 [308]; 7, 53 [55]; BGH NJW 1960, 395; BGH GA 1961, 24; sin pronunciarse BGH NJW 1975, 1.610) aplican los principios del Derecho Penal Interlocal también a **las relaciones de la República Federal con la RDA.** Pero de este modo es obligado invocar repetidamente el ordre public de la República Federal, para no tener que aplicar el Derecho de la RDA cuando éste es contrario al Ordenamiento político de la República Federal o es ideológicamente rechazable.

6 Cfr. *v. Bar*, Internat. Privat- u Strafrecht, págs. 70 y ss.; RG 1, 219 (222); RG 32, 57 (59). Cfr. también RG 50, 20 (22) sobre el ámbito protector del Derecho regional.

7 *v. Hippel*, t. II, pág. 73; *Frank*, § 5 Anm. V 2.

8 Cfr. *Rittler*, ZStW 62 (1944), pág. 65 Anm. 1; *Kümmerlein*, DStr 1938, 280; *Satter*, DRechtsw 6 (1941); págs. 247 y ss.

9 Así *Kohlrausch/Lange*, § 3 Vorbem. IIIa; *Schönke/Schröder/Eser*, § 3 Vorbem. 48; en contra *LK (Tröndle)*, § 3 Vorbem. 71; *H. Mayer*, Lehrbuch, página 91; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 160.

10 Así *Kohlrausch/Lange*, §§ 3-7 Vorbem. III A 2.

Ejemplos: A un perjurio cometido ante el Tribunal Supremo de la RDA se aplicó el § 154 en la redacción entonces vigente en aquel país (BGH GA 1955, 178). Por el contrario, el paso ilegal de fronteras para entrar en la República Federal que es punible conforme al § 213 StGB de la RDA, es en la República Federal un hecho lícito, porque aquí todo alemán tiene derecho a desplazarse por el territorio federal (BVerfGE 2, 267; 36, 30 s.).

La aplicación del propio derecho en los casos en que rige el principio de protección al Estado representa ya, en el fondo, un paso hacia el Derecho Penal Internacional (BGH 10, 163; 15, 171).[11]

2. El legislador no ha resuelto la cuestión del poder punitivo de la República Federal en relación con supuestos de hecho relacionados con la RDA en el nuevo Derecho vigente, dejándola al criterio de la Jurisprudencia.[12] Pero ante la nueva situación jurídica es necesaria una respuesta distinta a la tradicional. Los presupuestos de la anterior praxis se modificaron ya con la promulgación de un nuevo StGB de la RDA el 12-1-1968 (BGl. DDR I, pág. 1) y se han hecho completamente insostenibles tras el Tratado de 21-12-1972 entre la República Federal y la RDA (BGBl. 1973, II, pág. 421). La aplicación de las reglas del Derecho Penal Interlocal descansa en la hipótesis de que en ambas partes se ejerza el mismo poder punitivo, rijan los mismos principios jurídicos y exista la voluntad constitucional de apoyar el Ordenamiento jurídico. Estas condiciones fundamentales no se han dado nunca entre la República Federal y la RDA y tampoco se dan actualmente en el aspecto *jurídico*.

Según el art. 6 del Tratado base las partes contratantes parten del principio de que "el poder soberano de cada uno de los dos Estados se limita a su territorio". No existe un deber de apoyo mutuo, sino que las partes contratantes "respetan la independencia de cada uno de los dos Estados en sus asuntos internos y externos" (cfr. BVerfGE 36, 1 [20 y ss.]). Tampoco puede hablarse de una comunidad de principios jurídicos (cfr. BVerfGE 37, 57 [64 y ss.] así como la edición anterior, pág. 72 y ss.). En las relaciones entre los dos Estados sólo puede, por consiguiente, venir en consideración la **aplicación lógica de las reglas del Derecho Penal Internacional** (cfr. también *infra*, § 78 II, 4).[13]

11 *Herrmann*, Die Anwendbarkeit des politischen Strafrechts, págs. 75 y siguientes, propuso ya, por eso, hace algún tiempo que se aplicaran lógicamente las reglas del Derecho Penal Internacional para el Derecho Penal Político entre la República Federal y la República Democrática. Análogamente, *Ruhrmann*, ZStW 72 (1960), págs. 138, 146 y ss., y 153 y ss. Cfr. ahora especialmente el § 91 que regula nuevamente la aplicación del Derecho Penal político en relación con la RDA.

12 Cfr. BT-Drucksache V/4.095, pág. 4.

13 Así hoy la doctrina dominante; cfr. LG Berlín JZ 1976, 98 (99); *Dreher*, § 3 Anm. 11; *Jutta Endemann*, NJW 1966, 2.386; *Gallas*, ZStW 80 (1968), página 15; *Grünwald*, JZ 1966, 635; *Doebring*, Der Staat 4 (1965), pág. 274; *el mismo*, Die Teilung Deutschlands, pág. 5; *LK (Tröndle)*, § 3 Vorbem. 83; *Bruhm*, MDR 1970, 640; *Oehler*, Territorialitätsprinzip, pág. 70; *Welzel*, Lehrbuch, página 29; *Stratenwerth*, Allg. Teil. I Nr. 97. La teoría de la inmediata aplicación del Derecho Penal Internacional está cada vez más extendida; así *Baumann*, Allg. Teil, pág. 80; *Krey*, Strafanwendungsrecht, págs. 99 y ss.; *Lackner*, § 3 Anm. 3b; *Roggemann*, ROW 1974, 197 y ss.; *el mismo*, Strafrechtsanwendung, página 56; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 135. Pero en contra de esta concepción se alega, sin embargo, que el BVerfGE 36, 1 sigue aferrado a la existencia jurídica de una Alemania unida (pág. 19) y de acuerdo con ello no considera a la RDA como territorio extranjero (pág. 31) ni a sus ciudadanos como extranjeros (página 31). Cfr. también BVerfGE 37, 54 (64). La cuestión de la aplicación del Derecho Penal Internacional o del Derecho Penal Interlocal ha quedado sin responder en BGH NJW 1975, 1.910. En la RDA, tras la nueva regulación del Derecho Penal Internacional en los arts. 8 y 80 del StGB de 1968 como consecuencia de la concepción allí mantenida de la división política e internacional de ambas partes de Alemania, se considera la República Federal como territorio extranjero; cfr. *Bruhn*, MDR 1970, 641 y ss. Sobre toda esta problemática, *Wengler*, Nawiasky-Festschrift, págs. 46 y ss., esp. págs. 72 y ss.; *Schroeder*, Die Strafgesetzgebung in Deutschland, pág. 7.

3. Los conceptos de territorio nacional y extranjero, ciudadano nacional y extranjero se utilizan en este tema de forma modificada:

a) El *concepto de territorio nacional* se entiende en *sentido funcional*,[14] limitándolo, respecto al concepto del Derecho Internacional y Político, al territorio en el que se aplica el Derecho Penal alemán en base al poder punitivo de la República Federal o de Berlín-Oeste. De este modo, la RDA es "territorio extranjero", sólo en el sentido de que se incluye dentro de esta limitación. En ello no existe identificación alguna con el concepto de "territorio extranjero" tal como se entiende en el Derecho Internacional y Político y así se ha manifestado ya concretamente en la BVerfGE 36, 1 [17] en base a la situación jurídica acordada en el Tratado.

b) *Alemanes* son, en el sentido de este concepto funcional de territorio nacional, los que tienen la nacionalidad alemana, los ciudadanos de la República Federal y de Berlín-Oeste. Los ciudadanos de la RDA no son considerados, por el contrario, en el Derecho Penal Internacional como alemanes en tanto que la cualidad de autor de un delito esté vinculada a la nacionalidad alemana. Son, sin embargo, alemanes en tanto que el Derecho Penal de la República Federal les concede su protección.[15]

Ejemplo: No es aplicable el Derecho de la RDA (así LG Stuttgart JZ 1964, 101), sino conforme al § 7 I (Administración de Justicia penal subsidiaria unida al principio de la protección individual) el Derecho Penal de la República Federal al caso de un ciudadano de la RDA que fue alcanzado mortalmente poco antes de traspasar la frontera por los disparos realizados por un centinela del Ejército Nacional del Pueblo. En la comprobación de la punibilidad de un hecho en el lugar de su comisión, deben tenerse en cuenta las causas de justificación del Derecho vigente en el lugar de comisión, siempre que no sean contrarias a los principios recono-

14 Cfr. *Schönke/Schröder/Eser*, § 3 Vorbem. 29 con referencias.

15 Cfr. *Schönke/Schröder/Eser*, § 3 Vorbem. 36. Sobre el deber de protección de la República Federal frente a los ciudadanos de la RDA cfr. BVerfGE 36, 1 (30 y ss.). Cfr. además *Rumpf*, ZRP 1974, 204.

cidos generalmente (cfr. *supra*, § 18 III, 5). El derecho a emplear armas de fuego es en sí una causa de justificación comúnmente admitida; pero el disparar contra alguien que quiere abandonar su país, es un grave atentado a uno de los derechos humanos más elementales, por lo que la acción del guardia debe considerarse como una lesión del núcleo jurídico al que también está vinculado el Gobierno de un país comunista (cfr. sobre el problema análogo de los delitos violentos cometidos por los nazis, *supra* § 2 I, 2). Los preceptos de la RDA relativos al uso de armas de fuego deben considerarse, por tanto, nulos, tanto más cuanto existe una *pretensión jurídica* protegida por el Derecho Internacional a la libertad de desplazamiento recogida en el art. 12 II del Pacto Internacional sobre derechos políticos y civiles de 19-12-1966 (BGBl. 1973, II, pág. 1.534) ratificado también por la RDA.[16] El comportamiento del centinela debe ser tratado penalmente como una cuestión de estado de necesidad por obediencia, ya que de no haber disparado hubiera sido castigado en la RDA.

c) El *ámbito de protección de los preceptos penales* de la República Federal se extiende a bienes jurídicos de la RDA, aun cuando de este modo se protejan, al mismo tiempo, fines propagandísticos dirigidos contra la República Federal (LG Berlín JZ 1976, 98; KG JZ 1976, 99 con nota contraria de *Schroeder;* BGH NJW 1975, 1.610).

4. El reconocimiento de las medidas procesales penales de los funcionarios de la RDA por la República Federal se rige por la ley sobre auxilio jurídico y judicial entre los Estados Alemanes de 2-5-1953 (BGBl. I, pág. 161).[17] Sobre los estrechos presupuestos de la extradición de un inculpado para ser castigado en la RDA cfr. BVerfGE 37, 57 (65 y ss.) *(Caso Ingrid Brückmann)*.[18]

16 Igualmente *Dreher*, § 3 Anm. 11; *Nowakowski*, JZ 1971, 636; *Schroeder*, NJW 1969, 81; *el mismo*, JZ 1974, 116; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 29. En contra, sin embargo, *Grünwald*, JZ 1966, 638.

17 Cfr. *Schönke/Schröder/Eser*, § 3 Vorbem. 61; *Karin Stötter*, Rechts- und Amtshilfe, págs. 56 y ss.

18 Las líneas básicas de una nueva regulación esboza *Roggemann*, NJW 1974, 1.845 y ss.

SEGUNDA PARTE

EL HECHO PUNIBLE

CAPÍTULO PRIMERO

FUNDAMENTOS GENERALES DEL CONCEPTO DE DELITO

§ 21 *Sentido, método y estructura de la teoría general del delito*

Beling, Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung, 1922; *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, página 173; *J. Hall*, Perennial Problems of Criminal Law, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 9; *Hassemer*, Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsreform, en: *Arthur Kaufmann* (comp.), Rechtstheorie, 1971, pág. 27; *Honig*, Strafrechtliche Allgemeinbegriffe als Mittler kriminalpolitischer Ziele, Festschrift für K. Larenz, 1973, pág. 245; *Radbruch*, Der Geist des englischen Rechts, 4.ª ed., 1958; *el mismo*, Zur Systematik der Verbrechenslehre, Festgabe für R. Frank, t. I, 1930, pág. 158; *Rödig*, Zur Problematik des Verbrechensaufbaus, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 39; *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª ed., 1973; *Schmidhäuser*, Zur Systematik der Verbrechenslehre, Gedächtnisschrift für G. Radbruch, 1968, págs. 268 y ss.; *Schwinge/Zimmerl*, Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht, 1937; *Welzel*, Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre, JuS 1966, 421; *el mismo*, Zur Dogmatik im Strafrecht, Festschrift für R. Maurach, 1972, página 3; *Zimmerl*, Aufbau des Strafrechtssystems, 1930.

I. Sentido de la teoría general del delito

1. La teoría del delito se ocupa de los **presupuestos jurídicos generales de la punibilidad** de una acción. Alcanza no sólo a los delitos en el sentido del § 12 I, sino a *toda* acción punible (cfr. *supra*, § 7 I, 1). La referencia a los presupuestos de la punibilidad hace pensar, antes que nada, en la Parte Especial, en la que se prevén los distintos tipos penales, como asesinato, robo, puesta en peligro del tráfico rodado, incendio, traición. La teoría del delito no estudia, sin embargo, los elementos de cada uno de los tipos de delito, sino aquellos componentes del concepto de delito que son *comunes a todo hecho punible*. Tales son, en particular, las categorías de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, que a su vez se subdividen en numerosos subconceptos, como elementos objetivos y subjetivos del tipo, presupuestos objetivos y subjetivos de las causas de justificación, elementos

positivos y negativos de la culpabilidad. Todo ello gira en torno a la cuestión de las condiciones bajo las cuales un hecho puede ser *imputado* al autor como punible.

2. La teoría del delito, como intento de aprehender teoréticamente la *acción punible como un todo* mediante la fijación de elementos generales, requiere una *justificación*, pues en principio sería más natural empezar por el examen de los distintos tipos de delito y sus requisitos. Los presupuestos de la punibilidad no se agotan, sin embargo, en los elementos propios de cada tipo particular, como asesinato, hurto o daños. Ciertos factores esenciales del concepto de delito no se hallan contenidos en las descripciones típicas de la Parte Especial, sino *antepuestos* a ellas.

Ejemplo: En el famoso caso Mignonette, un Tribunal inglés tuvo que juzgar la conducta de dos marineros náufragos que, tras haber sufrido largas privaciones, habían matado en su necesidad a un compañero de infortunio agonizante, de cuyo cuerpo se alimentaron hasta ser rescatados. La imposición de la pena de muerte, que luego se conmutó, en vía de gracia, por una pena de privación de seis meses de libertad, respondió al rechazo del estado de necesidad por el Tribunal. Tal planteamiento vino motivado, probablemente, por la errónea consideración de que la admisión del estado de necesidad hubiese justificado, y no sólo exculpado, la acción de los marineros (The Queen v. Dudley and Stephens, Queens Bench Division 14 [1884-85], págs. 273 y ss., en espec., págs. 286 y ss.).[1]

Sin la distinción en el concepto de delito entre tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, y su ulterior especificación mediante distinciones como la de estado de necesidad justificante y exculpante, la solución de este caso resulta insegura y abandonada a consideraciones sentimentales. Los elementos generales del concepto de delito reunidos en la teoría general del mismo, posibilitan, por el contrario, una *Jurisprudencia racional, objetiva e igualitaria*, de modo que contribuyen de forma esencial a garantizar la *seguridad jurídica*.[2] No cabe, sin embargo, desconocer el peligro que encierra una dogmática jurídico-penal excesivamente anclada en fórmulas abstractas, a saber: el de que el Juez se abandone al automatismo de los conceptos teó-

1 Cfr. *Radbruch*, Der Geist des englischen Rechts, págs. 69 y ss.; cfr. también *Welzel*, JuS 1966, 421.

2 Esta creencia es común en la ciencia penal europea; cfr. *Engisch*, Studium Generale, 1957, 173 y ss.; *Schmidhäuser*, Radbruch-Gedächtnischrift, páginas 268 y ss.; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 1; *el mismo*, Maurach-Festschrift, pág. 5; *Bettiol*, Diritto Penale, págs. 66 y ss.; *Merlé-Vitu*, Traité, pág. 369; *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal, págs. 274 y ss.; *Pompe*, Handboek, págs. 57 y ss. Incluso en el Derecho Penal americano, "enemigo de la teoría", tiene lugar últimamente la elaboración de una dogmática de la Parte General; cfr. los "principles" y "doctrines" en *J. Hall*, General Principles, págs. 27 y ss. y 360 y ss.; *el mismo*, Lange-Festschrift, págs. 23 y ss.; así como las "General Provisions" del Penal Law del Estado de New York de 1 sep. 1967 y del Model Penal Code de 4 mayo 1962 (trad. alemana de *Honig*). En el mismo sentido, para el Derecho Penal inglés, *Glanville Williams*, Criminal Law, pág. V.

ricos, desatendiendo así las particularidades del caso concreto.[3] Lo decisivo ha de ser siempre la solución de la *cuestión de hecho*, en tanto que las exigencias sistemáticas deben permanecer en segundo plano. Es necesario "dar entrada a las decisiones valorativas de naturaleza político-criminal en el sistema del Derecho Penal, de tal forma que su basamento legal, su claridad y calculabilidad, su coordinación sin contradicciones y sus consecuencias pormenorizadas"[4] se manifiesten en todo supuesto de hecho imaginable.

Ejemplos de utilización formalista de principios teóricos ofrece, en especial, la Jurisprudencia vertida en materia de imprudencia, de delitos de omisión impropia y de distinción entre autoría y participación, ya que es en estos temas donde la diferenciación y la concreción de los conceptos generales ha alcanzado menor grado de desarrollo.

La dogmática jurídico-penal se caracteriza por una notable estabilidad, fortalecida por el influjo persistente de la Jurisprudencia.[5] Las modificaciones en el sistema de la teoría general del delito se producen con lentitud. No obstante, han tenido lugar precisamente en los últimos tiempos y han conseguido modificar la Jurisprudencia (cfr. *infra*, § 22 IV, 6 y V).

II. Método de la teoría general del delito

1. La teoría general del delito debe deducirse de la *ley*. En el Derecho anterior los elementos de la estructura del delito podían deducirse sólo de forma fragmentaria de la Parte General del StGB de 1871 (cfr. edic. anterior, pág. 150 y ss.). Por el contrario, la nueva Parte General revela con mucha mayor claridad la estructura del concepto de delito que le sirve de base.[6] Así, los elementos "hecho" (§§ 16 I y II, 17, 18, 19, 20), "hecho antijurídico" (§§ 11, números 5, 26, 27) y "hecho punible" (§§ 22, 44, 48), en relación con las descripciones típicas de la Parte Especial, muestran que el objeto de la regulación jurídico-penal es el hecho concreto, y no una conducta vital parasitaria o asocial (cfr. las redacciones actual y anterior del § 181a). De ello se sigue que la teoría del delito ha de fundarse, según la ley, en la **acción**, y no en la personalidad del autor (cfr. *supra*, § 7 III, 2) según muestra el § 13. El concepto de acción debe, evidentemente, abarcar también la **omisión**. La definición de "hecho

3 Cfr. el ejemplo de la "muñeca articulada" y la prevención ante el peligro de una "filosofía de las etiquetas", en *H. Mayer*, Lehrbuch, pág. 102. Pero el prescindir totalmente de los conceptos generales conduciría a la renuncia de la ciencia del Derecho Penal; cfr. *Schwinge-Zimmerl*, Wesenschau, págs. 28 y ss.

4 Así *Roxin*, Kriminalpolitik, pág. 10.

5 Cfr. *Hassemer*, Rechtstheorie, pág. 32.

6 Cfr. *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 141. Sobre las consecuencias que se derivan de la elección de los elementos fundamentales de la estructura del delito, cfr. *Zimmerl*, Aufbau des Strafrechtssystems, págs. 4 y ss.

antijurídico" en el § 11, núm. 5, pone de manifiesto, a su vez, que actúa antijurídicamente quien realiza el tipo de una ley penal. Por otra parte, los preceptos relativos a la legítima defensa (§ 32) y al estado de necesidad justificante (§ 34) indican que la antijuricidad de la acción típica puede también resultar excluida. **La antijuricidad** debe, pues, constituir un segundo elemento fundamental del concepto de delito. De los preceptos referentes al error de prohibición invencible (§ 17, párr. 1) y a la incapacidad de culpabilidad del menor (§ 19), o a la incapacidad de culpabilidad por perturbaciones psíquicas (§ 20), situados en el primer título del Código, cuya rúbrica reza "Fundamentos de la punibilidad", debe derivarse, además, la exigencia de **culpabilidad** como elemento legal del concepto de delito (cfr. también *supra*, § 4 I). Finalmente, de la definición de hecho antijurídico (§ 11, número 5), del precepto regulador del error del § 16 I, 1, así como de la definición de tentativa (§ 22), se deduce que los elementos de toda forma delictiva han de hallarse descritos en un **tipo.**

2. El concepto de delito debe, de otro lado, concordar con el *fin* y los *medios del Derecho Penal.*[7] Fin del Derecho Penal es la protección de la convivencia comunitaria frente a infracciones graves del Derecho (*supra*, § 1 I, 1). El principal medio de que se sirve es la pena, que consiste en la conminación e imposición de un mal merecido en atención a la gravedad de la lesión del Derecho y tiene como fin el mantenimiento del orden jurídico (cfr. *supra*, § 8 I, 2b). De ahí se deriva en primer lugar lo siguiente: quien actúa correctamente no puede ser castigado. La **antijuricidad** debe, pues, por exigencias del fin del Derecho Penal, constituir un elemento general del concepto de delito. En la antijuricidad reside el juicio de desvalor sobre el *hecho* que efectúa el ordenamiento jurídico. Del principio del merecimiento de la pena en relación con la gravedad de la lesión del Derecho se deduce, en segundo lugar, la exigencia de **culpabilidad.** En el reproche de culpabilidad se encierra el juicio de desvalor que el ordenamiento jurídico efectúa sobre el *autor*. Antijuricidad y culpabilidad son, según esto, las dos componentes fundamentales de carácter *material* del concepto de delito. Se añade, además, un elemento de naturaleza *formal:* en un Estado de Derecho, como protección de la libertad del individuo, el injusto merecedor de pena debe hallarse legalmente previsto (cfr. *supra*, § 15 II, 4). De la ubicación del Derecho Penal en el Estado de Derecho se deduce así, en tercer lugar, el requisito de la **tipicidad** del injusto merecedor de pena. Por último, el Derecho Penal no sólo debe limitar la libertad, sino también crear libertad (cfr. *supra*, § 1 I, 2). Por ello, ni los pensamientos ni los planes del sujeto, como tampoco su carácter ni su conducta vital, pueden constituir el

7 Sobre la sistemática teleológica de la teoría del delito, ya *Radbruch*, Frank-Festgabe, t. I, págs. 158 y ss. Sobre la unidad sistemática de Política Criminal y teoría del delito, en especial, *Roxin*, Kriminalpolitik, pág. 11. También *Honig*, Larenz-Festschrift, págs. 245 y ss.

objeto de la regulación jurídico-penal, que sólo debe ocuparse de sus hechos (cfr. *supra*, § 7 III, 2). De ello se sigue que injusto y culpabilidad sólo pueden referirse a **acciones.**

3. Finalmente, el concepto de delito debe adecuarse a los condicionamientos propios de una persecución penal que tiene lugar en un **proceso** formalizado. De ahí que el concepto de delito deba resultar lo suficientemente **claro** y **sencillo**[8] para que sea utilizable con seguridad e igualdad por la Policía, el Ministerio Fiscal y los Tribunales, de suerte que permita una actuación rutinaria, que puede desarrollarse en un tiempo limitado y con ayuda de escaso personal. Los elementos del concepto de delito deben, por otra parte, ser **constatables** en el proceso y **susceptibles de prueba** con ayuda de los medios probatorios admitidos. Sólo puede acudirse, por ello, a momentos subjetivos cuando se hallen tan estrechamente unidos a factores objetivos, que puedan inferirse de éstos con seguridad. Los elementos normativos deben poseer un núcleo de carácter descriptivo. El concepto de delito debe, en fin, poder utilizarse también en los **procesos sumarios** (§§ 407 y ss. StPO), que constituyen más del 70 % de la totalidad.

III. Formación del concepto de delito

1. Los elementos del concepto general de delito no se hallan desconectados entre sí **(orden tópico),** sino en una relación interna que responde a las leyes lógicas de supra- y subordinación, regla y excepción **(orden sistemático).** Este sistema ha de ser lo suficientemente completo, libre de contradicciones y diferenciado, para que todos sus elementos particulares puedan ser colocados en el lugar que les corresponde. Pero, como continuamente surgen nuevas cuestiones de hecho y con el tiempo viejos problemas mudan su faz, nunca concluye la formación del sistema.

Ejemplos: Las condiciones objetivas de punibilidad no pueden quedar fuera del concepto de delito, pues en ninguna otra parte encontrarían cobijo (falta de *completud*). La antijuricidad ya no puede considerarse como categoría puramente exterior una vez probada la existencia de elementos subjetivos de la antijuricidad (falta de *no contradicción*). La imprudencia tampoco puede ya ser contemplada como pura forma de la culpabilidad, tras haberse admitido que su núcleo objetivo reside en la inobservancia del "cuidado exigible en el tráfico" (falta de *diferenciación*).

2. La reunión de los elementos de la acción punible en un sistema se consigue en la definición clásica del concepto de delito como **ac-**

8 Sobre la actitud crítica de la doctrina francesa ante la "complicación y oscuridad" de la sistemática alemana, cfr. *Merle/Vitu*, Traité, pág. 369. La antigua división francesa del concepto de delito en "elemento material" y "elemento moral" se remonta a *Descartes* y, tal vez por ello, se ha mantenido hasta el presente. La moderna distinción de "infraction, culpabilité, aptitude à la sanction, sanction" no se aleja de la concepción alemana.

ción típica, antijurídica y culpable, definición en lo esencial indiscutida en Alemania[8a] y que también la Jurisprudencia admite (RG 61, 242 [247]; 66, 397 [398]; BGH 1, 131 [132].[9] De esta definición de delito como acción típica antijurídica y culpable se obtienen los **conceptos fundamentales** que habrán de ser objeto de diferenciación ulterior mediante formulaciones jurídicas cada vez más concretas.

Ejemplos: Así, la inclusión del dolo en el tipo conduce a la necesidad de discutir el error de tipo en el mismo lugar. Del mismo modo, como contrapartida de la antijuricidad, las causas de justificación se desarrollan en sus elementos objetivos y subjetivos. Así, también, el conocimiento de la antijuricidad aparece como componente de la culpabilidad, por lo que también el error de prohibición debe constituir un problema de culpabilidad. Por último, los movimientos reflejos no pueden integrar el concepto de acción, porque no son controlables por la voluntad ni merecedores, por tanto, de atención en orden a la imputación jurídico-penal.

En principio, en la estructura de la teoría del delito debe procurarse una **"unidad de perspectiva valorativa"**,[10] con objeto de evitar contradicciones que impregnen la totalidad. Pero la pureza sistemática no requiere llevar al extremo la coherencia en todas las afirmaciones particulares. Es preciso, al contrario, admitir *excepciones*, con tal de que puedan justificarse de forma convincente y no rompan la coherencia del sistema.

Ejemplos: Así, la grave y desproporcionada punición de los delitos cualificados por el resultado con anterioridad a la introducción del § 46 del Código anterior, resultaba tan incompatible con la exigencia de culpabilidad como lo es hoy el tratamiento a menudo puramente objetivo de la imprudencia en el Derecho Penal del tráfico. Por el contrario, no resulta contradictorio, sino una excepción justificada por el fin del Derecho Penal, el hecho de que no resulten exculpados por estado de necesidad quienes desempeñan determinadas profesiones (§ 35 I 2).

* * *

I. Sentido de la teoría general del delito

1. En España se halla unánimemente extendida la anteposición de una teoría general del delito, como núcleo a su vez de la Parte General, a la consideración particularizada de las distintas figuras de delito. Tal proceder

8a Una estructura del delito bipartita, concebida no obstante de modo distinto a la que sustentan las doctrinas francesa y (en parte) italiana, ha propuesto *Rödig*, Lange-Festschrift, págs. 56 y ss.

9 Se trata de notas "esenciales" en el sentido de una definición real, cfr. *Engisch*, Welzel-Festschrift, pág. 354. Acerca de la concepción bipartita defendida a menudo fuera de Alemania, que distingue sólo un elemento objetivo y otro subjetivo, cfr. *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal, págs. 276 y ss. (cfr. también *supra*, nota 8).

10 Sobre esto, con mayor detalle, *Beling*, Methodik, pág. 20; *Engisch*, Einheit der Rechtsordnung, págs. 26 y ss.

tuvo ya lugar de forma notable en el pasado siglo en la obra de Silvela,[1] *pero la moderna doctrina ha adoptado las bases de la teoría del delito desarrollada en Alemania desde* v. Liszt *y* Beling. *Así,* Jiménez de Asúa *inició tal recepción introduciendo el pensamiento de estos autores,*[2] Rodríguez Muñoz *familiarizó a la ciencia española con el planteamiento neoclásico de* Mezger,[3] *y* Cerezo *y* Córdoba, *en especial, lo hicieron con el finalismo.*[4]

2. En nuestro país acostumbra a sentirse con especial intensidad el temor frente a los peligros de alejamiento de la realidad que entraña la dogmática, necesariamente abstracta. Ello acaso se deba, en buena medida, a la insuficiente comunicación que todavía existe entre la ciencia y los Tribunales y que, a diferencia de lo que sucede en Alemania, ha dificultado el necesario influjo recíproco, con el resultado de una judicatura que recela de una dogmática de origen foráneo en la que apenas siente reflejar sus actitudes frente a la praxis jurídico-penal, y de una ciencia que hasta fechas relativamente recientes sólo destinaba una atención secundaria a la jurisprudencia. Tras este estado de cosas se encuentra el hecho de que la dogmática del delito proceda de la recepción *de un sistema científico altamente desarrollado como el alemán, lo que supuso la adopción de una terminología y un aparato conceptual de innegable valor pero carentes de arraigo en la práctica que, al determinar una divergencia de lenguajes, han dificultado sin duda el diálogo. Últimamente, sin embargo, se advierten poderosos indicios que hacen esperar la definitiva superación de la situación descrita.* Por una parte, *los autores atienden en medida creciente a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, como manifiesta, de forma particularmente clara, la concepción de los importantes Comentarios al CP de* Córdoba, Rodríguez Mourullo, Del Toro *y* Casabó[5] *y va siendo regla general en todo tipo de trabajos juri-*

1 Vid. *L. Silvela*, El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España, t. II, Madrid, 1879.

2 Vid. *L. Jiménez de Asúa*, La teoría jurídica del delito, Madrid, 1931, páginas 26 y ss. El camino había sido, no obstante, preparado por el trabajo de *F. Ballbé*, La teoría del delito según Beling, en "Anales de la Junta para ampliación de Estudios e Investigación científicos", 1913, pp. 147 y ss., y por la traducción del Tratado de Derecho Penal de *von Liszt* por *Saldaña y Jiménez de Asúa*, Madrid, 1914-1917.

3 Vid. la traducción y Notas de Derecho español de *Rodríguez Muñoz* al Tratado de Derecho Penal de *E. Mezger*, Madrid, 1935.

4 Vid. *J. Cerezo Mir*, el concepto de acción finalista como fundamento del sistema de Derecho Penal, en ADPC, 1959, pp. 561 y ss.; *el mismo*, Lo injusto en los delitos dolosos en el Derecho Penal español, en ADPCP, 1967, pp. 55 y ss.; *el mismo*, traducción y Notas a *H. Welzel*, El nuevo sistema del Derecho Penal, Barcelona, 1964; *J. Córdoba Roda*, Una nueva concepción del delito, La doctrina finalista, Barcelona, 1963; la traducción y Notas de Derecho español de este autor a *R. Maurach*, Tratado de Derecho Penal, Barcelona, 1962, ha contribuido de forma decisiva a la propagación del finalismo en España. Sin embargo, el primer estudio sistemático de la doctrina finalista se debe a *Rodríguez Muñoz*, La doctrina de la acción finalista, Lección inaugural del Curso 1953-54, en "Anales de la Universidad de Valencia", vol. XXVII, cuaderno I, Valencia, 1953, reimprimida en Valencia 1977.

5 Vid. *Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo, Del Toro Marzal y Casabó Ruiz*, Comentarios al Código Penal, Barcelona, 1972, en especial la expresa declaración metodológica con que *Córdoba* introduce la obra: p. VII.

dico-penales. Por otra parte, *de un tiempo a esta parte el TS va incorporando en forma progresiva, y hasta a veces muy explícita, la terminología y los conceptos de la dogmática actual. No parece, pues, que sea tanto la dogmática* en sí misma *lo que hoy se pone en tela de juicio,*[6] *como "una dogmática para sí misma" que "traicione la función social de nuestra ciencia".*[7]

II. Método de la teoría general del delito

En nuestro país se plantea con especial relieve la necesidad de basar el concepto dogmático de delito en el Derecho positivo, precisamente porque nuestra dogmática arranca, como se ha dicho, de una teoría elaborada para otro Derecho, el alemán. Como contrapartida, sin embargo, nuestro Código facilita la labor al iniciar su articulado con una definición general: "Son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley"; la que a su vez encuentra desarrollo explícito en el art. 6: "Son delitos las infracciones que la ley castiga con penas graves. Son faltas las infracciones a que la ley señala penas leves." El Proyecto 1980 mantiene el mismo criterio en su art. 17, desarrollado por el art. 19, que acoge la tripartición de "delitos graves", "delitos menos graves" y "faltas".

Tradicionalmente acostumbra a considerarse el citado art. 1 I CP como expresivo de una definición completa *del delito, en sentido dogmático.*[8] *Así, al referirse a las "acciones u omisiones" requeriría la categoría dogmática de* acción, *al hablar de "penadas por la ley" implicaría la* tipicidad, *la* antijuricidad *y la* punibilidad, *y con el adjetivo "voluntarias" aludiría a la* culpabilidad.[9] *Personalmente entiendo que los términos "delito" y "falta" no equivalen normalmente* en su uso por el Código Penal *al concepto* dogmático *de delito, sino al de* tipo de injusto *(como "acción típicamente antijurídica")*[10] *— como, por lo demás, reconoce* expresamente *el legislador alemán actual respecto de los términos* Verbrechen *(delito grave) y* Vergehen *(delito menos grave) (§ 12 StGB) —. De ahí se seguiría que el art. 1 I CP no pretende ofrecer ninguna noción completa de delito en sentido dogmático, sino, fundamentalmente, la fijación del límite de garantía representado por el* nullum crimen sine lege:[11] *significa que sólo pueden constituir "delitos"*

6 Una brillante defensa de la dogmática en nombre de la seguridad jurídica efectúa *E. Gimbernat Ordeig*, ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?, en Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal, Salamanca, 1971, p. 106.

7 Así, *S. Mir Puig*, Introducción a las bases del Derecho Penal, Barcelona, 1976, p. 332; *el mismo*, Dogmática creadora y Política criminal, en Rev. int. dr. pen. 1978, pp. 223 ss. Por una "Dogmática crítica" *Muñoz Conde*, Introducción al Derecho penal, Barcelona, 1975, pp. 185 ss.

8 Vid. *Córdoba Roda*, Notas al Tratado de *Maurach*, cit., I, p. 152.

9 Cfr. *Córdoba*, loc. cit., p. 152; *J. Antón*, Derecho Penal, I, Madrid, 1949, páginas 139 y ss.; *E. Cuello Calón*, Derecho Penal, I, 17.ª ed. (1975), pp. 293 ss.; con algunas restricciones, *A. Quintano Ripollés*, Curso de Derecho Penal, Madrid, 1963, I, pp. 208 y ss. Consideran, en cambio, que el art. 1, 1, encierra una definición *incompleta* de delito: *J. M.ª Rodríguez Devesa*, Derecho Penal español, Parte General, 7.ª ed., Madrid, 1979, p. 333; *J. del Rosal*, Tratado de Derecho Penal, I, Madrid, 1968, p. 493.

10 Vid. *Mir Puig*, Los términos "delito" y "falta" en el Código Penal, en ADPCP, 1973, pp. 320 y ss.

11 Cfr. *Mir Puig*, Los términos, cit., p. 345.

o "faltas" las acciones típicamente antijurídicas, a las que el legislador aprovecha para requerir la voluntariedad. Pero ni siquiera el contenido *preciso de tales elementos (acción, voluntariedad, antijuricidad típica) se "define" en el art. 1 I sino que requiere la observación del resto del articulado del Código Penal. Así, sólo la lectura de la Parte Especial pone de manifiesto en qué consiste concretamente la tipicidad y qué conductas pueden constituir acciones típicas, y es preciso acudir al art. 8 para constatar la posibilidad de causas de justificación del hecho y cuáles se prevén por la ley; del mismo modo, la puesta en relación de los distintos tipos legales con los arts. 565, 586, 3.°, y 600 CP es lo que permite dotar de contenido al concepto de voluntariedad, que como "malicia" deberá referirse* en principio *a todos los elementos objetivos de las diferentes figuras de delito, mientras que bastará que alcance a la conducta en la imprudencia.*

Esto último varía en el Proyecto 1980, que sustituye la palabra "voluntarias" de la definición de delito por las de "dolosas o culposas". De resaltar es que el uso legal de los términos "delito" y "falta" — y sus genéricos "infracción" y "hecho" — como tipos de injusto otorga firme base legal en nuestro país a la distinción fundamental de la teoría del delito: la de antijuricidad y culpabilidad. Así se manifiesta inequívocamente en los números 1.°, 2.° y 3.° del art. 8 CP (art. 26, 1.°, 2.°, 3.° II, arts. 131, 143 Proyecto 1980), que en sus segundos párrafos se refieren a supuestos en que un sujeto inculpable (enajenado, menor de 16 años o sordomudo) ejecuta un "delito" (números 1.° y 3.°) o un "hecho castigado por la ley" (núm. 2.°), expresiones éstas que no pueden sino aludir a la necesidad de comisión de un hecho antijurídico *por quien actúa sin* culpabilidad.[12] *Se impone, entonces, decidir la antijuricidad del hecho antes y con independencia de la culpabilidad de su autor. A la vez, ello podría incluso orientar en la búsqueda — todavía no del todo conseguida en la doctrina — del criterio básico de distinción de ambas categorías de antijuricidad y culpabilidad: puede pensarse que la terminología legal revela que el Código parte de que la antijuricidad agota la calificación del* hecho *(como "delito" o "falta"), mientras que la culpabilidad afecta a la posibilidad de atribuirlo a* autor responsable.

La aprobación de la Constitución española de 1978 ha permitido, por otra parte, intentar fundar en ella, y en particular en el modelo de "Estado social y democrático de Derecho" (art. 1 I), como soporte dogmático *fundamental, una teoría del delito funcionalmente asentada sobre la función de la pena en un tal sistema jurídico-político.*[13]

§ 22 *Fases de desarrollo de la moderna teoría del delito*

La pluralidad de direcciones que concurren en la actual dogmática jurídico-penal alemana hace que, a primera vista, ésta presente una imagen confusa. Su comprensión resulta, sin embargo, más fácil si se tienen en cuenta las líneas generales de la evolución que ha sufrido la teoría del delito durante los últimos cien años. La contem-

12 Cfr. *Mir Puig*, Los términos, cit., pp. 322 y s.

13 Cfr. *Mir Puig*, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, Barcelona, 1979.

plación de la historia dogmática muestra, en efecto, que cabe distinguir, en lo esencial, tres fases de desarrollo en la moderna teoría del delito: el concepto clásico de delito, el concepto neoclásico de delito y el concepto de delito del finalismo. Cada uno de estos sistemas se explica a partir de sus raíces culturales y de su conexión con la concepción propia de la época precedente, que en cada caso se intenta mejorar y superar mediante la reforma del edificio teórico. Pero, como ninguna de estas teorías ha conseguido desplazar por completo a las demás, hoy coexisten concepciones sistemáticas procedentes de los tres momentos señalados. Por ello, la única forma de esclarecer el sentido de las distintas corrientes doctrinales sustentadas en la actualidad, es su exposición con arreglo a su conexión histórico-dogmática.

I. Antecedentes de la moderna teoría del delito

Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974; *Baratta*, Über Iherings Bedeutung für die Strafrechtswissenschaft, en: *Wieacker/Wollschläger* (comp.), Ihering Erbe, 1970, página 17; *Berner*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1857; *Hall*, Die Lehre vom corpus delicti, 1933; *v. Ihering*, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1867; *Armin Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; *Luden*, Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, t. II: Über den Tatbestand des Verbrechens, 1840; *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; *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, 421.

La teoría del delito del Derecho común conoció sólo la distinción entre imputación objetiva y subjetiva (imputatio facti e imputatio iuris). La moderna concepción cuatripartita del delito, como acción típica, antijurídica y culpable, ha surgido, hace sólo unos cien años, de la **contribución**, en distintas etapas, **de diferentes sistemas dogmáticos.**[1]

Ya en la primera mitad del siglo XIX distinguía *Stübel*, catedrático en Wittenberg, entre injusto e imputación del hecho.[2] En *Luden*, catedrático en Heidelberg, se encuentra ya claramente expresada una noción tripartita de delito (acción, antijuricidad y culpabilidad),[3] que *v. Liszt* y *Beling* recogieron y completaron con posterioridad. Sin embargo, para la doctrina entonces dominante, los conceptos de antijuricidad y culpabilidad no se hallaban todavía diferenciados, sino que se confundían bajo el concepto superior de imputación, procedente de la teoría de la imputación de *Puffendorf*, cuya misión era sólo la aprehensión del hecho como obra humana y su distinción del acaso.[4]

1 Cfr. sobre esto *Welzel*, JuS 1966, 421; *Radbruch*, Rosenfeld-Festschrift, páginas 13 y ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 160 y ss.

2 *Stübel*, Über den Tatbestand der Verbrechen, §§ 1 y 2.

3 *Luden*, Abhandlungen, t. II, pág. 110. Cfr. sobre esto *Hall*, Corpus delicti, págs. 150 y ss.

Ihering fue el primero que, en 1867, desarrolló para el Derecho Civil el concepto de *antijuricidad objetiva*, al demostrar que la culpabilidad es irrelevante en ciertas infracciones que determinan consecuencias jurídicas.[5] El concepto de antijuricidad objetiva se hizo manejable para el Derecho Penal por *v. Liszt*[6] y *Beling*[7] y se introdujo en la estructura del delito con abandono de la antigua teoría de la imputación. Aunque, ciertamente, *Binding* no advirtió la importancia sistemática de este paso,[8] mediante la *teoría de las normas*[9] separó del Derecho Penal el concepto de antijuricidad, dándole, así, significado autónomo: la acción punible no vulnera propiamente la ley penal, pues ésta sólo prevé la sanción, sino los mandatos y prohibiciones del ordenamiento jurídico (las normas) que conceptualmente le preceden, de modo que toda la teoría del injusto puede aprehenderse por sí sola a partir del contenido de estas normas. Los inicios de un específico *concepto de culpabilidad* se remontan a *A. Merkel*, que, pese a seguir anclado en la teoría tradicional de la imputación,[10] fue el primero en reunir el dolo y la imprudencia bajo el concepto superior de determinación de la voluntad contraria al deber.[11] *Berner* fue quien situó en la base de la estructura del delito el concepto de acción, frente al cual "todo lo demás que se dice del delito" son únicamente "predicados".[12] La *tipicidad* de la acción punible fue el último elemento aprehendido teoréticamente. Según *Beling*, el tipo es el conjunto de los elementos que permiten decidir cuál es *típicamente* el delito de que se trata: "La tipicidad o adecuación al supuesto de hecho, como característica de la acción, se convierte así en elemento conceptual del delito".[13] De este modo, el tipo, como punto de referencia del juicio de antijuricidad y de culpabilidad y como soporte más importante de la función de garantía de la ley penal, adquiría

4 Constituye una muestra característica de ello la exposición de *A. Merkel*, Lehrbuch, págs. 65 y ss.

5 *v. Ihering*, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, págs. 4 y ss.; cfr. sobre esto *Baratta*, Iherings Bedeutung, págs. 18 y ss.

6 *v. Liszt*, Lehrbuch, 2.ª ed., pág. 94.

7 *Beling*, Grundzüge, 2.ª ed., pág. 29.

8 Cfr. *Binding*, Normen, t. I, pág. 244: "Lo que se denomina injusto objetivo es puro azar".

9 Cfr. *Binding*, Normen, t. I, págs. 4-7, 82, 96, 152 y ss.; cfr. sobre esto *Armin Kaufmann*, Normentheorie, págs. 3 y ss. y 36 y ss.

10 *A. Merkel*, Abhandlungen, t. I, pág. 44.

11 *A. Merkel*, Lehrbuch, págs. 66 y ss.; cfr. sobre esto *Achenbach*, Schuldlehre, págs. 44 y ss.

12 *Berner*, Lehrbuch, pág. 108.

13 *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, págs. 23 y ss.; cfr. sobre esto *Schweikert*, Wandlungen der Tatbestandslehre, págs. 14 y ss. Sobre la teoría del "*corpus delicti*" como precedente de la teoría del tipo; *Hall*, Corpus delicti, páginas 10 y ss.

una posición dominante en la estructura del delito. Así, a principios de este siglo, *Beling* pudo formular un *completo concepto de delito* en los términos siguientes: "Delito es la acción típica, antijurídica, culpable, sometida a una conminación penal adecuada y ajustada a las condiciones de dicha penalidad."[14]

II. El concepto clásico de delito

Achenbach, cfr. *supra*, § 22 I; *Burgstaller*, Zur Täterschaftsregelung im neuen StGB, ÖRiZ 1975, 13; *Claß*, Grenzen des Tatbestandes, Strafr. Abh. Heft 323, 1933; *Jescheck*, Die Entwicklung des Berbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre, ZStW 73 (1961), página 179; *Kienapfel*, Zur gegenwärtigen Situation der Strafrechtsdogmatik in Österreich, JZ 1972, 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, Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, t. II, 1974, pág. 5; *Nowakowski*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, 19; *Platzgummer*, Die "Allgemeinen Bestimmungen" des Strafgesetzentwurfes etc., JBl 1971, 236; *Radbruch*, Über den Schuldbegriff, ZStW 24 (1904), pág. 333; *Arturo Rocco*, Il problema e il metodo de la scienza del diritto penale, Rivista di diritto e procedura penale, 1 (1910), pág. 497; *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935.

1. El concepto clásico de delito, que dominó en Alemania desde fines del pasado siglo, se caracterizó por una **estructura sencilla, clara** y, también, **didácticamente ventajosa.** La base de este sistema fue el *concepto de acción*, concebido todavía por *Beling* y *v. Liszt* en términos totalmente naturalísticos, como movimiento corporal (acción en sentido estricto) y modificación del mundo exterior (resultado), unidos ambos extremos por el vínculo de la causalidad. Las insuficiencias de esta perspectiva anclada en lo externo se manifestaron en la omisión, que en Derecho Penal debe incluirse en el concepto de acción junto al hacer positivo, pero que, evidentemente, no constituye movimiento corporal alguno, sino todo lo contrario. *V. Liszt* fue el primero en descubrir que la esencia de la omisión no reside en una forma de comportamiento corporal, sino en el terreno del espíritu, en el sentido social del suceder y, en concreto, en el hecho de que el ordenamiento jurídico espera una determinada acción.[15] Pero con ello se habían abandonado ya las bases del concepto naturalístico de acción.

Afirmada la presencia de una acción, debía comprobarse a continuación si concurrían también los predicados de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Se distinguió entonces de forma tajante entre **componentes objetivas** y **subjetivas** del delito. La parte objetiva del hecho debía reflejarse en los elementos de *tipicidad* y *antijuricidad*, en tanto que la parte subjetiva correspondía al elemento de *culpabilidad*. El tipo se entendió como descripción puramente externa de la acción, desprovisto de todo predicado de valor (por ej., la muerte de una persona, que al someter a prueba la antijuricidad puede resultar justificada como acción de guerra de un soldado).[16] La valoración jurídica de este suceso no podía tener lugar hasta el momento de la antijuricidad, y ello, en todo caso, desde una perspectiva puramente objetiva. La relación entre tipicidad y antijuricidad se agotaba en ser la primera un indicio "de la presencia de una norma prohibitiva".[17]

El *concepto de culpabilidad* de la estructura clásica del delito reunía, frente a esto, la totalidad de procesos espirituales y psíquicos que en el hecho se desarrollan en el interior del autor. A partir de ahí, la imputabilidad se concibió como "presupuesto de la culpabilidad", el dolo y la imprudencia se entendieron como "formas" o "especies" de la culpabilidad, y el estado de necesidad se incluyó como "causa de exclusión de la culpabilidad".[18] La conciencia de la antijuricidad se reclamó como elemento de la culpabilidad por un sector de la doctrina con la misma decisión[19] con que otro sector la rechazó.[20] Faltaba todavía un concepto de culpabilidad materialmente determinado y, así, quedó sin resolver la cuestión de cómo sus elementos particulares podían reunirse en una unidad de sentido. La ciencia tuvo que conformarse, de momento, con su enumeración bajo el rótulo de lo "subjetivo" *(concepto psicológico de culpabilidad)*.[21]

2. El concepto clásico de delito fue un producto del pensamiento jurídico característico del **positivismo científico.**[22] Se entiende por tal una concepción estrictamente limitada al Derecho positivo y a su interpretación, que pretendió abordar todos los problemas del Derecho con la sola ayuda de los conceptos jurídicos, excluyendo en lo posible de la dogmática jurídica las valoraciones filosóficas, los conocimientos psicológicos y la realidad sociológica. Por esta vía se obtuvo una imagen extremadamente *formal* de las características del comportamiento humano que debían contemplarse en la estructura del concepto de delito. Se distinguió entre la acción entendida de forma naturalística, el tipo concebido objetivo-descriptivamente, la

14 *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, pág. 7.
15 *v. Liszt*, Lehrbuch, 4.ª ed., pág. 141.

16 *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, págs. 178 y ss.
17 Sobre el significado del tipo como "indicio de la antijuricidad", cfr. *Claß*, Grenzen des Tatbestandes, págs. 39 y ss.
18 Cfr. *v. Liszt*, Lehrbuch, 1.ª ed., págs. 105 y ss.; *Radbruch*, ZStW 24 (1904), págs. 344 y ss.; cfr. también *M. E. Mayer*, Die schuldhafte Handlung, página 139.
19 Así *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, págs. 180 y ss.
20 Así *v. Liszt*, Lehrbuch, 1.ª ed., pág. 109.
21 Cfr. sobre las teorías de *Löffler*, *Radbruch*, *Kohlrausch* y otros, *Achenbach*, Schuldlehre, págs. 62 y ss.
22 Para esto, con más detalle, *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie, páginas 22 y ss. En Italia fue representativo del inicio del Positivismo científico y base de la dogmática hasta los años 30 el artículo de *Arturo Rocco*, Riv dir proc pen 1 (1910), pág. 497, en especial, págs. 561 y ss., que también manifiesta influencias germánicas.

esfera de la antijuricidad delimitada objetivo-normativamente y la culpabilidad entendida subjetivo-descriptivamente. En estrecha conexión con el carácter objetivo-formal de este concepto de delito se halla, sin duda, la *idea de Estado de Derecho*, que se materializó en la búsqueda de seguridad y calculabilidad del Derecho, a realizar mediante la vinculación del Juez a conceptos sistemáticos sencillos y comprobables. Tal planteamiento servía de contrapeso a las exigencias de prevención especial postuladas por la Escuela moderna, patrocinadas por el mismo *v. Liszt* junto a la dogmática clásica. Así, el sistema jurídico-penal clásico presentaba una característica imagen bipolar: por una parte, debía garantizar mediante el objetivismo y el formalismo de los presupuestos de la pena un máximo de seguridad jurídica; por otra parte, pretendía alcanzar, por la vía de un sistema sancionatorio orientado hacia el delincuente, un máximo de eficacia.[23]

III. El concepto neoclásico de delito

Achenbach, cfr. *supra*, § 22 I; *Baratta*, Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs, ArchRSPh 1959, 505; *el mismo*, Positivismo giuridico e scienza del diritto penale, 1966; *el mismo*, Über Iherings Bedeutung für die Strafrechtswissenschaft, en: *Wieacker/Wollschläger* (comp.), Iherings Erbe, 1970, pág. 17; *Burgstaller*, Zur Täterschaftsregelung im neuen StGB, ÖRiZ 1975, 13, 29; *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; *Goldschmidt*, Der Notstand ein Schuldproblem, Österr. Zeitschrift f. Strafrecht 4 (1913), pág. 129; *el mismo*, Normativer Schuldbegriff, Festgabe für R. v. Frank, t. I, 1930, pág. 428; *Grünhut*, Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht, 1926; *el mismo*, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Festgabe für R. v. Frank, t. 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, t. I, 1930, pág. 251; *E. Hurwicz*, Rudolf v. Ihering und die deutsche Rechtswissenschaft, 1911; *Ihering*, Der Zweck im Recht, t. I, 3.ª ed., 1893; *G. Jellinek*, Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 2.ª ed., 1908; *Jiménez de Asúa*, La teoría jurídica del delito, 1931; *Kern*, Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64 (1952), pág. 255; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.ª ed., 1975; *Marxen*, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, 1975; *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, t. I, 1930, página 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; *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930; *Seuffert*, Die Reform des StGB, 1902; *Sieverts*, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, 1934; *Thierfelder*, Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft unserer Tage, 1934; *Tjong*, Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus bei Gustav Radbruch, 1967; *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935; *E. Wolf*, Strafrechtliche Schuldlehre, 1928; *el mismo*, Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie? ArchRSph 1959, 481; *Zimmerl*, Zur Lehre vom Tatbestand, Strafr. Abh. Heft 238, 1928.

1. La estructura del concepto de delito propia del sistema de *Liszt* y *Beling* fue sometida pronto a un profundo proceso de transformación. Puede designarse la etapa que seguiría como correspondiente al concepto "neoclásico" de delito, ya que no supuso tanto un abandono radical de los principios sistemáticos precedentes, cuanto una reforma inmanente al sistema, aunque profunda. En lugar de la coherencia formal de un pensamiento jurídico encerrado en sí mismo, se buscó ahora construir el concepto de delito a partir de los fines perseguidos por el Derecho Penal y de las perspectivas valorativas que le sirven de base *(teoría teleológica del delito)*.[24] El modo de pensar propio de esta fase vino determinado de forma esencial por la teoría del conocimiento del *neokantismo (Stammler, Rickert, Lask)*, que, junto al método científico-naturalístico del observar y describir, restauró una metodología propia de las ciencias del espíritu caracterizada por el comprender y el valorar.[25] Esto fue lo que movió a contemplar la esencia del Derecho Penal en la orientación a *valores* e *ideas*, aunque su contenido no pudo apenas concretarse a causa de la característica renuncia del neokantismo al conocimiento vinculante de criterios materiales de valor.[26] En la teoría neoclásica del delito, la ciencia alemana del Derecho Penal alcanzó un punto álgido de su

23 El concepto clásico de delito ha dominado sobre todo hasta hace poco en Austria gracias a *Rittler;* cfr. sobre esto *Jescheck*, ZStW 73 (1961), págs. 186 y ss., y sobre la historia dogmática *Moos*, Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert, 1968. En Suiza se mantuvo por *Hafter*, Allg. Teil, páginas 69 y ss., 96. En la actualidad se halla en marcha un cambio de rumbo de la doctrina austríaca; cfr. *Nowakowski*, JBl 1972, 22; ya siempre en esta línea *Moos*, Strafrechtliche Probleme, t. II, págs. 28 y ss.; *Platzgummer*, JBl 1971, 238; *Kienapfel*, JZ 1972, 569 y ss.; *Burgstaller*, ÖRiZ 1975, 15. En Suiza defienden, en la actualidad, una concepción subjetiva del injusto, *Stratenwerth*, *Germann*, *Noll* y *Rehberg*, mientras *Schultz*, Einführung I, págs. 121 y ss. sigue anclado en la concepción puramente objetiva (cfr. también págs. 213 y ss.).

24 Así, en especial, *Grünhut*, Frank-Festgabe, t. I, págs. 19 y ss.; *E. Wolf*, Schuldlehre, pág. 80; *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung, págs. 33 y ss.; *Schaffstein*, Zur Problematik, págs. 14 y ss.

25 Con mayor detalle, *E. Wolf*, Schuldlehre, págs. 73 y ss.; *Larenz*, Methodenlehre, págs. 99 y ss.; *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie, págs. 41 y ss.; *Baratta*, Positivismo, págs. 97 y ss.

26 Así *Mittasch*, Wertbeziehendes Denken, pág. 25, reconducía el Derecho Penal a la "idea del Estado" como supremo valor, mientras *Radbruch*, Rechtsphilosophie, págs. 9 y ss. defendía entonces todavía una teoría de los valores puramente relativista. Cfr. sobre esto *Tjong*, Relativismus, pág. 55. Resulta característica la consecuencia que extrae *Thierfelder*, Normativ und Wert, página 121, de que el valor material fundamental del Derecho lo constituye el pueblo como "comunidad dotada de una especial base biológica".

capacidad de rendimiento y vigencia internacional. Desde entonces empezó también a desplegar su influjo en Italia, España, Portugal y Grecia.

2. La nueva dogmática sometió uno tras otro a un proceso de transformación todos los elementos del concepto clásico de delito.[27]

a) La reforma empezó por el *concepto de acción*, que, entendido naturalísticamente, era el que en menor medida se avenía con un sistema del Derecho Penal referido a valores.

Ejemplos: La insuficiencia de este concepto de acción se mostró, en especial, en la injuria. En ella importan el sentido de una expresión en cuanto manifestación de desprecio y el menoscabo de la estima que se debe al ofendido, y no los fenómenos fisiológicos y físicos implicados. Se hallaba también fuera de toda duda que la omisión no supone movimiento corporal alguno, e incluso el intento de dejar a salvo una realidad aprehensible en la inactividad mediante la suposición de una voluntaria "contención de los nervios motores" *(Beling)*, había de fracasar, en todo caso, en la culpa inconsciente en delitos de omisión.

Las dificultades que presentaba la teoría de la acción se intentaron resolver por distintos caminos. Por una parte, se debilitó el concepto de acción mediante el recurso al concepto de *comportamiento*, que se entendió como actuación de la voluntad humana en el mundo exterior. La acción pasaba a ser, según esto, "comportamiento voluntario",[28] "realización de la voluntad",[29] "comportamiento espontáneo"[30] o, sencillamente, "comportamiento humano"[31] *(concepto causal de acción)*. Por otra parte, se creyó poder prescindir del propio concepto de acción e iniciar la estructura del delito por la tipicidad.[32] El *concepto social de acción* de *Eb. Schmidt*, desarrollado ocasionalmente, supone ya el paso a un momento de evolución posterior: la acción se concibió como "fenómeno social en su sentido de actuación en la realidad social".[33]

b) En el ámbito de la *tipicidad* tuvieron lugar cambios importantes. La concepción puramente descriptiva y libre de valor del tipo resultó hondamente afectada por el descubrimiento de los elementos *normativos*, que requieren la atribución de un contenido de valor para alcanzar un sentido susceptible de aplicación (por ej., "acto ultrajante" (§ 168), "documento" (§ 167), "móviles bajos" (§ 211 II),

27 Sobre la aportación de Radbruch cfr. *Schmidhäuser*, Radbruch-Gedächtnisschrift, págs. 271 y ss.

28 *v. Hippel*, t. II, pág. 130.

29 *M. E. Mayer*, Lehrbuch, pág. 109.

30 *Rittler*, t. I, pág. 5.

31 *Mezger*, Moderne Wege, pág. 12.

32 Así *Radbruch*, Frank-Festgabe, t. I, pág. 162. La imposibilidad de un concepto superior común a acción y omisión se sostuvo ya por *Radbruch*, Der Handlungsbegriff, pág. 143.

33 Así *v. Liszt/Schmidt*, pág. 153, nota.

"ejecución forzosa inminente" (§ 288)).[34] De otra parte, el descubrimiento de los elementos *subjetivos* del tipo hizo insostenible la concepción del tipo puramente objetiva y únicamente determinada por factores pertenecientes al mundo exterior.[35]

Ejemplo: En el supuesto de que un estudiante tome un libro de la Facultad de Derecho con el fin de devolverlo al día siguiente, faltará el ánimo de apropiación y, con él, el tipo de hurto (§ 242). Admitir un concepto de hurto puramente objetivo, independiente del ánimo de apropiación, carecería de sentido, pues sólo realiza el tipo de injusto del hurto el que persigue la lesión del patrimonio ajeno, y no quien sólo tiene en mente la privación temporal de la posesión. Por ello, el ánimo de apropiación no sólo pertenece a la culpabilidad, sino al propio tipo del hurto.

c) Junto al cambio de concepción del tipo, tuvo lugar, también, una profunda revisión de la teoría de la *antijuricidad*. Si hasta entonces ésta se había contemplado como oposición formal a una norma jurídica, se dedujo ahora de la finalidad de los preceptos penales que era preciso concebir el injusto de forma *material*, como *dañosidad social*.[36] El punto de vista material abrió la posibilidad de graduar el injusto según la gravedad de la lesión de intereses.[37] En caso de que, en realidad, falte toda lesión de intereses, el hecho no podrá ser antijurídico. Fue posible, así, con ayuda de la teoría de la antijuricidad material, el desarrollo de nuevas causas de justificación más allá de los supuestos legalmente previstos, por ejemplo, el estado de necesidad supralegal, que responde a la consideración de que, si no hay otro remedio, es útil socialmente la salvación de un bien jurídico de superior valor a costa de otro menos valioso (RG 61, 242 [254]). Particularmente importante fue, además, el giro que sufrió la *relación* de tipicidad y antijuricidad a raíz del reconocimiento de los elementos normativos del tipo y la concepción material del injusto. El tipo dejó de aparecer, entonces, como descripción no valorativa de un proceso externo y pasó a ser un instrumento pleno de sentido en manos del

34 Cfr. *M. E. Mayer*, Lehrbuch, págs. 182 y ss.; *Mezger*, Traeger-Festschrift, págs. 216 y ss.; *Grünhut*, Begriffsbildung, págs. 5 y ss.

35 *H. A. Fischer*, Die Rechtswidrigkeit, pág. 138; *Hegler*, ZStW 36 (1915), páginas 31 y ss.; *el mismo*, Frank-Festgabe, t. I, págs. 251 y ss.; *Sauer*, ZStW 36 (1915), pág. 467; *el mismo*, Grundlagen, pág. 344; *Mezger*, GS 89 (1924), pág. 207; *el mismo*, Traeger-Festschrift, págs. 195 y ss. El proceso lo cerró *Sieverts*, Beiträge, 1934.

36 *Graf zu Dohna*, Rechtswidrigkeit, pág. 27; *Hegler*, ZStW 36 (1915), páginas 27 y ss.; *Mezger*, Traeger-Festschrift, págs. 198 y ss.; *v. Liszt/Schmidt*, página 176; *Zimmerl*, Zur Lehre vom Tatbestand, págs. 70 y ss. Sobre los orígenes de la perspectiva ético-social en *Ihering*, Der Zweck im Recht (cfr., por ejemplo, t. I, 3.ª ed., págs. 490 y ss.) y *G. Jellinek*, Die sozialethische Bedeutung (páginas 106 y ss.), cfr. *Baratta*, Iherings Bedeutung, págs. 19 y ss. Sobre el influjo de Ihering en la moderna elaboración de los conceptos jurídico-penales, *E. Hurwicz*, Ihering, págs. 105 y ss.

37 *Kern*, ZStW 64 (1952), págs. 276., cuyo trabajo sobre "grados de la antijuricidad" sirvió de base a numerosas investigaciones ulteriores.

legislador que reúne los elementos del injusto característicos del tipo de delito. El tipo se convirtió, así, en tipo de injusto, en el sentido de conjunto de los momentos de antijuricidad típicos de la correspondiente clase de delito.[38] Como consecuencia de su nuevo cometido, de tipificación del injusto merecedor de pena, el tipo no se encuentra ya situado al mismo nivel de la antijuricidad, como en el sistema clásico, sino que se limita a su tarea formal de fijación de los elementos de la antijuricidad en la ley penal, subsistiendo como únicos elementos materiales del delito la antijuricidad y la culpabilidad.

d) También la *teoría de la culpabilidad* sufrió modificaciones en la concepción teleológica del delito. En este aspecto, a *Frank* se debe el descubrimiento decisivo. Vio la culpabilidad en aquella formación de la voluntad contraria al deber que puede reprocharse al autor: "Un comportamiento puede imputarse a alguien como culpable cuando puede reprochársele haberlo efectuado" *(concepto normativo de culpabilidad)*.[39] A partir de ahí, encontraron fácil respuesta las cuestiones que había dejado sin resolver el concepto psicológico de culpabilidad: pese a la presencia de un hecho doloso, el reproche de culpabilidad desaparece en caso de incapacidad de culpabilidad, pues no puede exigirse al enfermo mental una formación de su voluntad ajustada a Derecho. Pese a la presencia de capacidad de culpabilidad y dolo, debe negarse el reproche de culpabilidad en el estado de necesidad (por ejemplo, en el caso *Mignonette*, cfr. *supra*, § 21 I 2), puesto que el ordenamiento jurídico no requiere un comportamiento heroico cuando la vida se halla en peligro actual no conjurable de otro modo. En la imprudencia, el reproche de culpabilidad no se dirige contra el concepto negativo de falta de representación del resultado, sino contra la falta de atención demostrada por el autor en el cumplimiento de un deber de cuidado.[40]

3. El sistema referido a valores de la teoría neoclásica del delito, caracterizada por la disolución del concepto de acción, por la nueva orientación de la función del tipo y por la transformación material de antijuricidad y culpabilidad, hoy se defiende en Alemania en su forma originaria sólo por unos pocos,[41] pero en otros países

38 *Sauer*, Grundlagen, págs. 307 y 339 y ss.; *Mezger*, Lehrbuch, págs. 182 y ss.; *Zimmerl*, Zur Lehre vom Tatbestand, pág. 64.

39 *Frank*, Aufbau des Schuldbegriffs, pág. 11. La culminación de la teoría normativa de la culpabilidad la constituyó, en especial, la obra de *Goldschmidt*, Österr. Z. f. Strafr. 4 (1913), págs. 129 y ss., 224 y ss.; *el mismo*, Frank-Festgabe, t. I, págs. 431 y ss. Sobre la extremada individualización del juicio de culpabilidad en *Freudenthal* y *Goldschmidt* cfr. *Achenbach*, Schuldlehre, páginas 143 y ss.

40 *Seuffert*, Die Reform des StGB, pág. 45.

41 Cfr. por ejemplo, *Kohlrausch/Lange*, Systematische Vorbemerkungen II-IV; *Baumann*, Allg. Teil, págs. 171 y ss. *H. Mayer*, Lehrbuch, pág. 103 y Grundriß, pág. 60 mantiene una posición particular mediante su teoría de la unidad dialéctica de injusto y culpabilidad, que procede de *Hegel* y *Binding*, y ha influido en *Schmidhäuser*. Los que antes acogían el concepto neoclásico del delito se han pasado últimamente, en su mayoría, a la estructura finalista: cfr. *Blei*, Allg. Teil, págs. 88 y ss., en especial, págs. 103, 263; *Dreher*, § 1 Vorbem. 26; *Preisendanz*, Vorbem. V 3; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 54.

sigue dominando una gran parte de la ciencia jurídico-penal.[42] Las deficiencias de este sistema, tal como apareció en los años veinte, radican, en lo político, en su acentuada neutralidad frente a los valores fundamentales del Derecho Penal, que perjudicó de forma decisiva la posición de la ciencia en su confrontación con la ideología del Estado totalitario y con los problemas sociales de la época industrial, y favoreció el divorcio de Dogmática y Política Criminal.[43] Frente a esto, las objeciones *teóricas* pasan a segundo plano. Afectan a diversas contradicciones y lagunas que requerían un ulterior proceso de transformación y complemento. Así, el concepto de acción se había rebajado a una fórmula vacía de contenido y precisaba una nueva concepción para recuperar su posición de concepto fundamental del sistema. La concepción del dolo como forma de la culpabilidad se hizo insostenible tras el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto y el triunfo del concepto normativo de culpabilidad. Era preciso un tratamiento convincente del error sobre la antijuricidad una vez que Frank había deducido el contenido de culpabilidad propio del error de prohibición vencible del concepto normativo de culpabilidad.[44] Finalmente, junto a la parte del hecho imprudente correspondiente a la culpabilidad, debía determinarse también con independencia su específico contenido de injusto. Tales modificaciones necesarias de la estructura del delito han tenido lugar por obra de la sistemática desarrollada a partir del finalismo.

IV. El concepto de delito del finalismo

Bassenge, Ethik der Strafe, 1934; *Cerezo Mir*, Die Auseinandersetzung um die finale Handlungslehre in der spanischen Strafrechtswissenschaft, ZStW 84 (1972), pág. 1.033; *Córdoba Roda*, Zum Verbrechensbegriff im spanischen Straf-

42 Para Austria cfr. antes *Nowakowski*, Grundriß, págs. 39 y ss. (ahora, en sentido distinto, en JBl 1972, 22 y ss., en donde inicia el tránsito al finalismo); para Suiza *Schwander*, Das schweiz. StGB, págs. 66 y ss.; para Italia *Bettiol*, Diritto penale, págs. 196 y ss.; para España, *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal, páginas 282 y ss.; para Holanda, *Pompe*, Handboek, págs. 39 y ss. El fuerte influjo de la doctrina neoclásica alemana en la moderna dogmática española del Derecho Penal se manifiesta en el famoso discurso de *Jiménez de Asúa*, Teoría, páginas 26 y ss. En Italia, el proceso de recepción encontró su más poderosa expresión en el trabajo fundamental de *Delitala*, Il fatto nella teoria generale del reato, 1930. Por el contrario, la doctrina francesa siguió fiel a la distinción, procedente de *Rossi* y *Ortolan*, de "élement matériel" (imputación objetiva) y "élement moral" (imputación subjetiva); cfr. *Donnedieu de Vabres*, Traité, páginas 70 y ss.

43 Sobre la cuestión del relativismo de Radbruch cfr. *E. Wolf*, ArchRSph 1959, 397 y ss. y *Baratta*, *ibidem* págs. 507 y ss., así como *Tjong*, Relativismus, páginas 53 y ss. Sobre las corrientes políticas de la ciencia del Derecho Penal que prepararon el año 1933 *Marxen*, Kampf, págs. 76 y ss.

44 *Frank*, Aufbau des Schuldbegriffs, pág. 21. Cfr. también *Achenbach*, Schuldlehre, págs. 171 y ss.

recht, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 629; *Dannert*, Die finale Handlungslehre Welzels im Spiegel der italienischen Strafrechtsdogmatik, 1963; *Dreher*, Recensión de Roxin "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem", GA 1971, 217; *Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *Exner*, Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910; *Gössel*, Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht, 1974; *Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *Arthur Kaufmann* (comp.), Die ontologische Begründung des Rechts, 1965; *Felix Kaufmann*, Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld, 1929; *Moos*, Die finale Handlungslehre, Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, t. II, 1974, pág. 5; *Niese*, Vorsatz, Finalität und Fahrlässigkeit, 1951; *Nowakowski*, Die Entwicklung der Strafrechtslehre in Deutschland nach 1945, JBl 1954, 134 y 159; *el mismo*, Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, JZ 1958, 335 y 388; *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*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª ed., 1973; *el mismo*, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Festschrift für H. Henkel, 1974, págs. 171 y ss.; *el mismo*, Über den Notwehrexzeß, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág. 105; *Santamaria*, Prospettive del concetto finalistico di azione, 1955; *Stratenwerth*, Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das schweizerische Strafrecht, SchwZStr 81 (1965), pág. 179; *Suárez Montes*, Weiterentwicklung der finalen Handlungslehre, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 379; *v. Weber*, Grundiß 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, 409; *el mismo*, Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns, SJZ 1948, 368; *el mismo*, Vom irrenden Gewisen, 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, página 279; *el mismo*, Wie würde sich die finalistische Lehre auf den Allg. Teil eines neuen StGB auswirken? Materialien, t. I, 1954, pág. 45; *el mismo*, Gesetz und Gewissen, DJT-Festschrift, t. 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 in 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, 421; *el mismo*, Zur Dogmatik im Strafrecht, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 3; *E. Wolf*, Krisis und Neubau der Strafrechtsreform, 1933.

1. El concepto de delito del finalismo, elaborado principalmente por *Welzel* en varias etapas desde principios de los años treinta, respondió en lo metodológico al abandono del pensamiento logicista y abstracto propio de la época precedente. *Welzel* quiso erigir de nuevo el ser real de la **acción humana** en concepto central de la teoría del delito *(punto de vista ontológico)*.[45] Como consecuencia, llegó a conclusiones que permitieron una corrección global de las oscuridades y contradicciones surgidas en el sistema dominante y, poco a poco, a

45 Cfr. sobre esto *Arthur Kaufmann*, Die ontologische Begründung des Rechts, 1965; *Moos*, Strafrechtliche Probleme, págs. 11 y ss.

la superación de las lagunas aparecidas.[46] En la práctica, ello llevó a extraer consecuencias que se hallaban ya en germen en el concepto tradicional de delito, pero que no habían sido advertidas en su tiempo por la dogmática anterior. Por ello, es posible obtener resultados esencialmente coincidentes *sin tomar como base la teoría final de la acción*, partiendo de la teoría del injusto y, como hoy hace la doctrina dominante, concibiéndola en sentido "personal". No existe, pues, motivo para la "lucha de Escuelas" entre finalistas y partidarios de la sistemática anterior.[47] Cabe reconocer plenamente la significación de la teoría de *Welzel*, que ha iniciado una nueva época, sin tener que suscribir su discutido concepto de acción. Los progresos dogmáticos decisivos pueden fundarse también de forma convincente en la doctrina tradicional, con sólo llevar hasta el final con coherencia las ideas sistemáticas por ella desarrolladas.

El planteamiento del finalismo vino determinado por el paso de la tajante separación entre mundo real y Derecho, propia del neokantismo, a la **realidad del ser social.**[48] Por eso se esforzó en elaborar las "estructuras lógico-objetivas" previas a toda regulación jurídica y en edificar el Derecho sobre la base de la "naturaleza de las cosas".[49] De este modo, la teoría de la estructura final de la acción humana se apoyó de forma inmediata en observaciones de la moderna psicología sobre el comportamiento de los actos psíquicos.[50] Incluso para el conocimiento de los valores acudió la nueva teoría a lo que precede a la existencia humana: "el deber ser incondicionado, el sujeto responsable, el carácter ordenado del actuar ético-social y la concordancia de los órdenes ético-sociales".[51] Unido a la superación del neutralismo valorativo se hallaba el intento de una verdadera **fundamentación ético-social del Derecho Penal,** que encontró plasmación en la concepción personal de la antijuricidad,[52] en el postulado de la responsabilidad del hombre por la objetiva corrección de sus decisiones voluntarias[53] y en el redescubrimiento del pensamiento retribucionista como sentido de la pena.[54]

2. Desde un principio, la nueva doctrina colocó el **concepto final de acción** en la base de la estructura del delito.[55] El actuar humano

46 Cfr. *Welzel*, JuS 1966, 423.
47 *Nowakowski*, JZ 1958, 336; *el mismo*, JBl 1954, 159 y ss.
48 *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie, pág. 49; *el mismo*, Kölner Universitätszeitung 1930, págs. 5 y ss.
49 *Welzel*, Niedermeyer-Festschrift, pág. 290.
50 *Welzel*, Das neue Bild, pág. IX. Sobre la supuesta relación del finalismo con la cibernética cfr. ahora *Welzel*, Maurach-Festschrift, pág. 7.
51 *Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, pág. 240. Cfr. también ya *Welzel*, ZStW 51 (1931), pág. 715.
52 *Welzel*, Lehrbuch, págs. 58 y ss.
53 *Welzel*, SJZ 1947, 409 y ss.; cfr. también *el mismo autor*, DJT-Festschrift, t. I, pág. 387.
54 Cfr. *Bassenge*, Ethik der Strafe, págs. 22 y ss.; *Welzel*, Lehrbuch, página 231.
55 Cfr. *Welzel*, ZStW 51 (1931), págs. 711 y ss.; *el mismo*, ZStW 58 (1939),

pertenece, según ello, a una categoría del ser por completo distinta a cualquier otro proceso causal. Es "ejercicio de actividad final". Con ayuda de su conocimiento causal, el hombre es capaz de dominar dentro de ciertos límites el suceder y de conducir su actuar a la consecución de una meta con arreglo a un plan. La conducción final de la acción tiene lugar a través de la anticipación mental de la meta, la elección de los medios necesarios de la acción y la realización de la acción en el mundo real.

La teoría de la acción final tuvo como precursores a *v. Weber*,[56] *E. Wolf*[57] y *Graf zu Dohna*,[58] que, no obstante, sólo llegaron a observaciones que no supusieron todavía la totalidad de consecuencias dogmáticas para la revisión del sistema del Derecho Penal.

3. La finalidad de la acción típica se equiparó al dolo en el nuevo sistema del delito.[59] De esta tesis fundamental se derivó la consecuencia de que el dolo debe pertenecer al tipo de la misma forma que los demás elementos subjetivos del injusto, pues la misión del tipo es, precisamente, la caracterización de la acción en *todos* sus elementos de injusto esenciales para la punibilidad.

De ahí se siguieron **modificaciones fundamentales de la estructura del delito** en tres extremos capitales:[60]

a) En primer lugar, la *conciencia de la antijuricidad* tuvo que separarse del dolo, una vez entendido éste como pura realización de la voluntad, y convertirse en factor central del concepto de culpabilidad, ya que el reproche por la formación defectuosa de la voluntad alcanza al autor por haberse decidido por el hecho con conocimiento de su antijuricidad.

b) En segundo lugar, como consecuencia de la separación de dolo y conciencia de la antijuricidad, hubo, también, que distinguir los supuestos de error de distinta forma a como se hacía en el esquema anterior (error de hecho y de Derecho).[61] Para la nueva doctrina existe, por una parte, el *error de tipo*, que excluye el dolo y, con él, la punibilidad, porque sin dolo no se realiza el tipo y, por otra parte, el *error de prohibición*, que elimina la conciencia de la antijuricidad. Ello suscitó el problema del tratamiento del error de prohibición, para lo que *Welzel* introdujo los criterios de *evitabilidad* e *inevitabilidad*.[62] Sólo en el supuesto de un error invencible de prohibición debía desaparecer por completo el reproche de culpabilidad; de no ser así, éste subsistía en principio, si bien debilitado según el grado.

c) Por último, se siguió que sólo cabe *participación* (inducción y complicidad) en un hecho principal doloso, puesto que sin el dolo falta ya el tipo del hecho principal.[63]

páginas 501 y ss.; *el mismo*, Um die finale Handlungslehre, págs. 7 y ss.; *el mismo*, Das neue Bild, págs. 1 y ss.

56 *v. Weber*, Tschechoslowakisches Schafrecht, pág. 16; *el mismo*, Aufbau, páginas 8 y ss.

57 *E. Wolf*, Krisis und Neubau, pág. 39.

58 *Graf zu Dohna*, Verbrechenslehre, pág. 28.

59 En esta equiparación ve *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 173, el defecto fundamental del planteamiento, que él intenta superar mediante la escisión del dolo (págs. 203 y ss.). Pero tampoco esta solución es necesaria ni recomendable.

60 Cfr. con más detalle *Welzel*, Materialien, t. I, págs. 45 y ss.

61 *Welzel*, Aktuelle Strafrechtsprobleme, págs. 10 y ss.

62 *Welzel*, SJZ 1948, 368; *el mismo*, Vom irrenden Gewissen, págs. 6 y ss.

La subjetivización de la antijuricidad que resultó del cambio de situación del dolo, condujo, además, a la modificación del concepto material de injusto. Los elementos subjetivos del tipo se reunieron bajo el concepto superior de "elementos personales del injusto" y se contrapusieron al "desvalor del resultado" como "desvalor de la acción" (cfr. también *supra*, § 7 I 1a y b).[64] La doble consideración de la antijuricidad bajo los dos aspectos de voluntad de la acción antijurídica y de lesión del objeto, puso de manifiesto que el injusto no se agota en la dañosidad social del hecho, sino que constituye una "ejecución defectuosa socialmente relevante" del hombre, un concepto en el que se mezclan la voluntad criminal de la acción y el resultado del hecho.

4. También pudo esclarecerse ahora la esencia de la **imprudencia**, cuyas dispares componentes habían permanecido con anterioridad cobijadas bajo la designación global de "forma de culpabilidad".[65] En cuanto inobservancia del cuidado exigible en el tráfico, la imprudencia forma parte del tipo de injusto, mientras que constituye un elemento de la culpabilidad en cuanto reprochabilidad personal de la falta de cuidado (cfr. *infra*, § 54 I 3). Con ello se llevó a cabo, al mismo tiempo, la separación, desde un principio, de hechos dolosos e imprudentes, distintos no sólo en cuanto formas de culpabilidad, sino ya en el tipo de injusto.

Tampoco esta teoría era nueva. La idea de que la inobservancia del deber objetivo de cuidado determina junto al resultado la antijuricidad de la acción imprudente, se encuentra ya en las monografías clásicas sobre la imprudencia,[66] pero hasta ahora no se había desarrollado en forma de una nueva dogmática de la imprudencia.

5. El concepto de delito del finalismo se completó por la nueva teoría de los **delitos de omisión**, debida a *Armin Kaufmann*,[67] que los concibió como tercera forma general de aparición del hecho punible junto al delito doloso e imprudente de comisión, dotada de una estructura independiente de sus elementos. El delito de omisión (cfr. *infra*, §§ 58-60) constituye para los finalistas una forma especial de hecho punible que no resulta abarcado por el concepto final de acción

63 *Welzel*, ZStW 58 (1939), págs. 537 y ss.

64 *Welzel*, ZStW 58 (1939), págs. 523 y ss.

65 *Welzel*, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, págs. 11 y ss.; cfr. también *Niese*, Finalität, págs. 53 y ss.

66 *Exner*, Fahrlässigkeit, pág. 193; *Engisch*, Untersuchungen, pág. 278.

67 *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte, págs. 92 y ss. y 239 y ss.

y cuya comprensión exige en todos sus aspectos la inversión de los principios sistemáticos desarrollados para el delito de comisión.

6. En Alemania, el concepto final de acción se ha impuesto sólo en un sector de la ciencia jurídico-penal.[68] Sin embargo, **las consecuencias del finalismo** en la evolución del concepto de delito, se reconocen acertadas y en sí mismas defendibles incluso en sectores ajenos al concepto final de acción.[69] Fuera de Alemania, el concepto final de acción ha sido rechazado de forma mayoritaria,[70] aunque no faltan dogmáticos que consideran justificada la transformación de la teoría del delito operada por el finalismo.[71] No cabe menospreciar, por último, la influencia que la teoría del delito del finalismo ha ejercido en la Jurisprudencia.

Las etapas más importantes fueron la decisión del Gran Senado del BGH para lo penal sobre la teoría de la culpabilidad y sobre el tratamiento del error de prohibición (BGH 2, 194 [196 y ss.]), la sentencia del 5.° Senado sobre la posición del dolo en el tipo de injusto (BGH 4, 76 [78]) y acerca de la esencia de la autoría (BGH 8, 393 [396]), la sentencia del 2.° Senado sobre la exigencia de dolo en el hecho principal (BGH 9, 370 [375]) y la decisión del Gran Senado para lo civil en torno al injusto de la acción determinado por la lesión del deber de cuidado en los delitos imprudentes (BGHZ 24, 21).

V. Perspectivas

¿Qué caminos ha de recorrer la *teoría general del delito del futuro*?[72] Ha de contarse con que los principios sistemáticos que sirven de base al concepto de delito del finalismo, seguirán imponiéndose, pues resultan convincentes aun con independencia de la teoría final de la acción. En esta dirección apuntan casi todos los nuevos Tratados

68 La defienden *Boldt, Busch, Armin Kaufmann, Maurach, Niese, Schaffstein, Stratenwerth, v. Weber.*

69 Cfr. en este sentido *Gallas*, Beiträge, págs. 32 y ss.; también *Blei*, Allg. Teil, págs. 56, 103; *Bockelmann*, Allg. Teil, págs. 49, 54; *Dreher*, § 1 Vorbem. 3, 26; *Lackner*, § 13 Vorbem. III 1a, § 15 Anm. II 5c; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 221 y ss.; *Preisendanz*, Vorbem. III 1, V 3a; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 39, 54; *Wessels*, Allg. Teil, págs. 16 y ss., 42; *SK (Rudolphi)*, § 1 Vorbem. 18, 36.

70 Para Austria cfr. la profunda crítica de *Nowakowski*, JZ 1958, 335 y ss. y 388 y ss.; sobre la resonancia predominantemente negativa en Italia cfr. *Dannert*, Die finale Handlungslehre, págs. 2 y ss.; en Suiza *Piotet*, SchwZStr 71 (1956), págs. 409 y ss., sigue en parte a la teoría final de la acción, *Stratenwerth*, SchwZStr 81 (1965), págs. 179 y ss. la defiende y *Schultz*, Einführung, I, páginas 213 y ss. la rechaza; en Holanda la discute críticamente *Remmelink* en: *D. Hazewinkel-Suringa*, Inleidung, págs. 110 y ss, cfr. también la minuciosa crítica de *Jiménez de Asúa*, t. III, págs. 359 y ss.

71 Cfr. *Germann*, Das Verbrechen, pág. 119; en España la toma de posición favorable de *Córdoba Roda*, Maurach-Festschrift, págs. 629 y ss.; *Cerezo Mir*, ZStW 84 (1972), págs. 1.033 y ss. y *Suárez Montes*, Welzel-Festschrift, páginas 379 y ss.; en Italia *Santamaria*, Prospettive, 1955.

72 Cfr. *Welzel*, Grünhut-Erinnerungsgabe, págs. 173 y ss.

y Comentarios. La nueva construcción de la teoría del delito conseguirá la supremacía incluso en los demás países vinculados a la dogmática alemana. Aparte del punto de partida representado por el finalismo, cabe mencionar dos nuevos aspectos en la estructura de la teoría del delito:

1. *Schmidhäuser* desarrolla en la actualidad un sistema propio que intenta superar, en una síntesis, la "contraposición de teoría tradicional y teoría final de la acción".[73] Se trata de una sistemática teleológica de los elementos del hecho punible, que parte de la conexión material existente entre el hecho y la pena (pág. 140). El fin de la pena se ve únicamente en la prevención general (págs. 52 y ss.). Para la interpretación del Derecho Penal, *Schmidhäuser* asegura un amplio ámbito de libertad mediante la distinción de tipo literal y tipo de interpretación (págs. 23 y ss.), lo que supone el abandono del sentido literal posible como frontera de la interpretación permitida (pág. 112). Característica del sistema es la escisión del concepto de dolo, cuya componente intelectual se incluye con la conciencia del injusto en la culpabilidad, en tanto que la voluntad, entendida en el sentido estricto de "intención", pasa al injusto (págs. 178 y ss.). La cuestión de la libertad de voluntad se deja sin respuesta, pese a que de hecho la precisaría, pues apenas puede bastar para la fundamentación de la culpabilidad "constatar la vulneración espiritual de los valores" (pág. 369).

2. También el programa de *Roxin*[74] parte de la idea sistemática fundamental de que los elementos del concepto de delito han de hacerse corresponder a las finalidades político-criminales (pág. 10).[75] Según ello, el tipo responde al *leitmotiv* de la certeza de la ley (pág. 15); en las causas de justificación se persigue la solución de conflictos según "un número ilimitado de principios ordenadores materiales" (pág. 26); la culpabilidad "viene acuñada desde el punto de vista político-criminal por la teoría de los fines de la pena" (pág. 33).[76]

Lo que se echa a faltar, sobre todo, en la dogmática actual es la elaboración diferenciadora de los elementos del moderno concepto de delito en aquellos puntos en que todavía hoy se trabaja con discutibles cláusulas generales, como sucede en los delitos de peligro concreto, en la delimitación de dolo eventual y culpa consciente, en los criterios que deciden la evitabilidad del error de prohibición, en los baremos de la lesión del deber de cuidado y de la responsabilidad personal en materia de imprudencia, en los deberes de garante y en la cláusula de equiparación en el ámbito de los delitos de omisión impro-

73 *Schmidhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.ª ed., 1975. Sobre esto cfr. la recensión crítica de la 1.ª ed. de *Roxin*, ZStW 83 (1971), págs. 369 y ss.

74 *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª ed., 1973.

75 A la crítica de *Dreher*, GA 1971, 217 sobre la rígida fijación de las referencias político-criminales, *Roxin* ha opuesto la indicación de que se trata únicamente de "leitmotive" (pág. 50).

76 La misma idea básica se encuentra ya en *Felix Kaufmann*, Grundprobleme, págs. 61 y ss. Cfr. también *Roxin*, Henkel-Festschrift, págs. 181 y ss. y *el mismo*, Schaffstein-Festschrift, págs. 116 y ss. La idea es acogida por *Gössel*, Irrtum, págs. 159 y ss. y *Jakobs*, Schuld und Prävention, págs. 8 y ss.

pia, y en la distinción de autoría y participación. La exposición que seguirá se verá en parte refutada en el futuro. Ninguna teoría del delito puede constituir algo más que un proyecto perecedero. Pero puede decirse que la moderna sistemática encierra un elevado poder de convicción. Existe menos el peligro de que sea arrancada de sus goznes por nuevos planteamientos sistemáticos, que el de que pierda ella misma virtualidad por falta de contacto con la práctica.

* * *

I. El **concepto clásico** *de delito fue introducido en España gracias a un trabajo de* Ballbé *(1913) sobre la concepción de* Beling,[1] *y a la traducción y anotación del Tratado de* von Liszt, *por obra de* Saldaña *y* Jiménez de Asúa *(1914-1917), y se extendió, en especial, a partir del Discurso inaugural del Curso académico 1931-1932 que* Jiménez de Asúa *pronunció en la Universidad de Madrid. En él, siguiendo el ejemplo del famoso Discurso que* Rocco *efectuara en la Universidad de Sassari,*[2] Jiménez de Asúa *denuncia las causas del atraso de la ciencia del Derecho penal en comparación con otras disciplinas jurídicas: la polémica entre las Escuelas (clásica, positiva y correccionalista) dejó sin elaborar el Derecho positivo. Para recuperar el tiempo perdido aconseja aprovechar el nivel alcanzado en Alemania, donde la lucha de Escuelas no llevó nunca al abandono del terreno del Derecho vigente. El propio autor español da ejemplo exponiendo la teoría de la tipicidad de* Beling.[3] *Desde entonces, la dogmática penetró en España a partir del modelo alemán.*[4]

II. La recepción del **concepto neoclásico** *de delito tuvo lugar en España a través de la versión de* Mezger, *cuyo Tratado fue traducido por* Rodríguez Muñoz.[5] *Las Notas de Derecho español que este autor añadió al texto alemán sirvieron de brillante punto de partida de una elaboración del neoclasicismo referida a los específicos problemas que representa el Derecho español, pero, a la vez, dotada del máximo nivel dogmático. En el esquema causalista neoclásico se basan todavía todos los Manuales y Tratados españoles existentes*[6] *y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.*

III. Aunque el **concepto de delito del finalismo** *fue rechazado por el primer estudio sistemático que se le dedicó en España,*[7] *ha encontrado acogida más adelante en importantes sectores de la joven ciencia del Derecho penal*

1 *F. Ballbé*, La teoría del delito según Beling, cit.

2 Vid. *A. Rocco*, Il problema e il metodo della scienza del Diritto penal, en Opere giuridiche, III, Roma, 1933, p. 266.

3 Vid. *Jiménez de Asúa*, La teoría jurídica del delito, cit., pp. 26 y ss.

4 Vid. *Mir Puig*, Introducción, cit., p. 274.

5 Vid. *Mezger*, Tratado de Derecho Penal, trad. de la 2.ª ed. alemana y notas de Derecho español por *J.-A. Rodríguez Muñoz*, Madrid, 1935.

6 Las obras de *Cuello Calón, Antón Oneca, Rodríguez Devesa, Jiménez de Asúa, Quintano Ripollés, Puig Peña* y, en buena parte, *Rodríguez Mourullo*. No obstante, ha iniciado recientemente su aparición un Tratado de *Cerezo Mir* que a buen seguro estructurará su teoría del delito con arreglo al sistema finalista.

7 Vid. *J. A. Rodríguez Muñoz*, La doctrina de la acción finalista, cit.

española, en trabajos especialmente dedicados al tema,[8] *en las anotaciones de* Córdoba *al Tratado de* Maurach *y como base sistemática de monografías de Parte General y Parte Especial.*[9]

4. En la actualidad, también en España se advierte una tendencia a admitir las consecuencias sistemáticas del finalismo por razones distintas a la metodología de Welzel *y a las exigencias que a partir de ella derivarían del concepto "ontológico" de acción final.*[10]

§ 23 *Concepto jurídico-penal de acción y cuestiones implicadas*

Androulakis, Menschliches Verhalten als zentraler Bezugspunkt rechtlicher und Insbesondere strafrechtlicher Normierung, Festschrift für J. Zepos, t. I, 1973 (Sonderdruck); *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, página 141; *el mismo*, Recensión de A. Kaufmann "Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte", JZ 1962, 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, 2.000; *Gössel*, Wertungsprobleme des Begriffs der finalen Handlung, 1966; *Hall*, Fahrlässigkeit im Vorsatz, 1959; *Heiß*, Allgemeine Tiefenpsychologie, 1956; *Henkel*, Der Mensch im Recht, Studium Generale 1960, 229; *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *Husserl*, Recht und Welt, 1964; *Jakobs*, Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 307; *Jescheck*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 139; *Katsantonis*, Der Handlungsbegriff in existential-ontologischer Sicht, ZStW 72 (1960), pág. 351; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *el mismo*, Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 393; *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,

8 Así: *Cerezo Mir*, El concepto de acción finalista, cit., y Lo injusto en los delitos dolosos, cit.; *J. Córdoba Roda*, Una nueva concepción, cit.; *Beristain*, Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico, separata de RGLJ (1962), Madrid, 1963, pp. 15 y ss.; *Conde-Pumpido*, Exposición crítica de la doctrina finalista de la acción, en ADPCP, 1962, pp. 265 y ss.

9 Por ejemplo: *Cerezo Mir*, Los delitos de atentado propio, desobediencia y resistencia, en REP, 1966, n.º 173; *R. F. Suárez Montes*, El cheque en descubierto, Barcelona, 1965, y El delito de allanamiento de morada, en RGLJ, 1968, pp. 862 y ss.; *Muñoz Conde*, El delito de alzamiento de bienes, Barcelona, 1970; *Quintero Olivares*, El alzamiento de bienes, Barcelona, 1973; *Mir Puig*, Matrimonios ilegales en el Código Penal, en ADPCP, 1974, pp. 433 y ss.; *el mismo*, El delito de coacciones en el Código Penal, en ADPCP, 1977 y RJCat. 1977, pp. 777 y ss.; *D. Luzón Peña*, Aspectos esenciales de la legítima defensa, Barcelona, 1978, páginas 181, 251 y ss.

10 Cfr. *Gimbernat Ordeig*, Estudios de Derecho penal, Madrid, 1976, p. 96; *Mir Puig*, Función de la pena y teoría del delito, pp. 50 ss.; *Gimbernat Ordeig*, Introducción a la Parte General del Derecho penal, Madrid, 1979.

JuS 1967, 145; *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; *Lampe*, Das Problem der Gleichstellung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht, ZStW 79 (1967), pág. 476; *Maihofer*, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, 1953; *el mismo*, Der soziale Handlungsbegriff, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, página 156; *Maiwald*, Abschied vom strafrechtlichen Handlungsbegriff? ZStW 86 (1974), pág. 626; *Marinucci*, Il reato come "azione", 1971; *H. Mayer*, Vorbemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff, Festschrift für H. v. Weber, 1963, pág. 137; *K. Michaelowa*, Der Begriff der strafrechtswidrigen Handlung, 1968; *Moos*, Die finale Handlungslehre, Strafrechtl. Probleme II, pág. 5; *Noll*, Strafrecht im Übergang, GA 1970, 176; *el mismo*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, Kriminologische Schriftenreihe, t. 54, 1971, pág. 21; *Nowakowski*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, 19; *Otter*, Funktionen des Handlungsbegriffts 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*, Literaturbericht, ZStW 82 (1970), pág. 675; *el mismo*, Rechtsidee und Rechtsstoff etc., 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; *Eb. Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, 1939; *el mismo*, Soziale Handlungslehre, Festschrift für K. Engisch, 1969, página 338; *R. Schmitt*, Ordnungswidrigkeitenrecht, 1970; *Spiegel*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Kraftfahrers für Fehlreaktionen, DAR 1968, 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; *v. Weber*, Bemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 328; *Welzel*, Ein unausrottbares Mißverständnis? Zur Interpretation der finalen Handlungslehre, NJW 1968, 425; *el mismo*, Zur Dogmatik im Strafrecht, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 3; *Ernst Wolf*, Die Lehre von der Handlung, AcP 170 (1970), pág. 181; *E. A. Wolff*, Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen, 1964; *el mismo*, Das Problem der Handlung im Strafrecht, Gedächtnisschrift für G. Radbruch, 1968, pág. 291.

I. Necesidad, cometido y exigencias del concepto de acción

1. Existen dos posibilidades al iniciar la estructura del delito. Por una parte, la dogmática puede prescindir de la construcción de un especial concepto de acción y empezar directamente por la tipicidad, por entender que no es posible una definición general de acción previa a las categorías jurídicas o, por lo menos, que, aun siendo posible, carecería de todo valor sistemático por su excesiva generalidad.[1]

1 Esta opinión, ya sostenida con anterioridad (cfr. *supra*, § 22 III 2a), ha vuelto a pasar en la actualidad, a la vista de la esterilidad del concepto de acción, a un primer plano de la atención de la doctrina; cfr. *Gallas*, Beiträge, página 30; *v. Bubnoff*, Handlungsbegriff, págs. 149 y ss.; *Bockelmann*, Allg. Teil, páginas 50 y ss.; *Klug*, Emge-Festschrift, págs. 33 y ss.; *Roxin*, ZStW 74 (1962), págs. 548 y ss.; *el mismo*, ZStW 82 (1970), pág. 681; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 177 y ss.; *Noll*, GA 1970, 179 y ss.; *el mismo*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, págs. 22; *Otto*, Grundkurs, pág. 184; *Lackner*, § 13 Vorbem. III 1a; *Nowakowski*, JBl 1972, 21; *Marinucci*, Il reato, págs. 203 y ss.; *Otter*, Handlungsbegriff, pág. 199; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 39. En los Tratados extranjeros raramente se contempla el concepto de acción, por ej., el más reciente Tratado francés de *Merle/Vitu*, Traité, págs. 460 y ss. sólo se ocupa de lo que *no* constituye acción. Son excepción las amplias exposiciones del concepto de acción de *Jiménez de Asúa*, t. III, págs. 328 y ss.; *Glanville Williams*, Criminal Law, págs. 1 y ss.; *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal, páginas 305 y ss.; *Bettiol*, Diritto penale, págs. 229 y ss.; *D. Hazewinkel-Suringa*, Inleiding, págs. 108 y ss.

Pero, por otra parte, la ciencia puede también intentar dilucidar con carácter general, y antes de discutir los propios elementos del delito, qué deba entenderse por acción en Derecho Penal. El camino correcto sigue siendo el segundo, pues, aun cuando deba admitirse que sólo en el tipo, en la antijuricidad y en la culpabilidad se decide la "suerte de la dogmática jurídico-penal",[2] es necesario un concepto de acción al que puedan referirse estos elementos como características suyas, y ello no sólo por razones gramático-constructivas. Así, el StGB utiliza en el Derecho Penal Internacional (§§ 3-7) un concepto de "hecho" independiente del de tipo, de modo que ya en este momento anterior al tipo es preciso comprobar si concurre un "hecho" relevante para el poder punitivo alemán (cfr. *supra*, § 18 I 1). Aparte de esta consideración *sistemática*, concurre también un interés *teorético* en la caracterización positiva del comportamiento humano, jurídico-penalmente relevante, ya que de ella deriva el límite máximo de la imputabilidad de un hecho como "obra del hombre".[3] Finalmente, el concepto de acción posee también significación *práctica*, pues, entendido de forma adecuada, asegura que se prescinde, desde un principio, de todo aquello que carece de trascendencia jurídico-penal.[4]

2. El concepto de acción debe satisfacer distintas *exigencias* para ajustarse a la función que le corresponde en el conjunto de la teoría del delito.[5] Ésta es la razón de que la respuesta a la cuestión, tan sencilla en apariencia, de lo que es una "acción" encierre tantas dificultades. Todas las formas del actuar humano que puedan ser relevantes para el Derecho Penal — comportamiento doloso e imprudente, hacer activo y omisión — han de tener cabida en el concepto de acción *(función de clasificación)*. El concepto de acción debe, además, poseer el suficiente contenido material para que puedan referírsele las ulteriores especificaciones representadas por las categorías sistemáticas jurídico-penales de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad *(función de definición)*. Pero tampoco puede adelantar los elementos generales del delito, pues ello conduciría de nuevo a la confusión de los mismos en el concepto de imputación del derecho común *(función de enlace)*. Finalmente, el concepto de acción debe excluir de antemano aquellas formas de comportamiento que en ningún caso puedan poseer relevancia jurídico-penal *(función de delimitación)*.

2 Así *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 40.

3 En este sentido, también *Roxin*, Radbruch-Gedächtnisschrift, pág. 262; *Noll*, Handlungsbegriff, págs. 28 y ss.; *SK (Rudolphi)*, § 1 Vorbem. 18.

4 Subrayan en especial la significación fundamental del concepto de acción *Androulakis*, Zepos-Festschrift, pág. 13; *Dreher*, § 1 Vorbem. 4; *Maiwald*, ZStW 86 (1974), pág. 642; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 196; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 132; *Wessels*, Allg. Teil, págs. 13 y ss.; *Welzel*, Lehrbuch, págs. 31 y ss.

5 Cfr. con más detalle *Maihofer*, Handlungsbegriff, págs. 6 y ss.

II. Estructura y crítica del concepto causal de acción

1. Según la concepción tradicional en la ciencia penal alemana y extranjera, *la acción es un comportamiento humano dependiente de la voluntad (voluntario)*, que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior. Dicha consecuencia puede consistir tanto en el puro movimiento corporal (delitos de mera actividad), como en este movimiento corporal seguido del resultado ocasionado por él en el mundo exterior (delitos de resultado) **(concepto causal de acción)** (cfr. *supra*, § 22 III 2a).[6] Se llama "causal" a este concepto de acción porque concibe sólo a la voluntad humana en su función causal y no en su virtualidad de conducción del proceso causal.

Ejemplo: Bajo el punto de vista de la acción importa únicamente constatar si el disparo mortal constituyó un comportamiento "movido por la voluntad" y causó el resultado de muerte. La cuestión de si la voluntad se dirigía al resultado de muerte se reserva, por el contrario, para la culpabilidad.

2. La **observación crítica** del concepto causal de acción pone de manifiesto que el entendimiento de todos los comportamientos movidos por una voluntad como procesos causales deja sin aprehender la esencia de las acciones voluntarias en sentido propio, las cuales constituyen la mayor parte de los hechos punibles. Ciertamente, entendida como "causa", la voluntad sirve para distinguir la acción humana de los procesos puramente naturales, pero lo específicamente humano de la acción no consiste en la causalidad de la voluntad, pues también las fuerzas de la naturaleza actúan de forma causal, sino en la finalidad que configura objetivamente el curso causal, para la que sólo el hombre se encuentra capacitado.[7] Además, el concepto causal de acción no puede dar cobijo a la omisión.[8] Lo característico de la omisión es, precisamente, que falta en ella un impulso de voluntad esperado y que, por esta razón, *no* se pone en marcha un determinado proceso causal. Finalmente, el concepto causal de acción conduce a una regresión "ad infinitum", pues permitiría incluso, al menos teóricamente, incluir en la acción acontecimientos pasados muy alejados en el tiempo y carentes de una mínima relación con el hecho (por ejemplo, la concepción del asesino en el claustro materno como presupuesto necesario del asesinato).[9] Para salir al paso de estas dificultades, algunos defensores del concepto causal de acción han derivado a la noción básica de "comportamiento humano",[10] que, sin embargo, carece de valor sistemático y práctico si no es objeto de ulterior definición.

6 Así *LK (Heimann-Trosien)*, Einl. Anm. 31; *Baumann*, Allg. Teil, página 220; *Dreher*, § 1 Vorbem. 3; *Naucke*, Einführung, pág. 260; *Mezger*, Lehrbuch, págs. 91 y ss.; *Kohlrausch/Lange*, Syst. Vorbem. II B; *Bettiol*, Diritto penale, pág. 240; *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal, pág. 302; *Pompe*, Handboek, página 88 (sobre autores holandeses antiguos). De forma parecida, BGH 3, 287 (289).

7 Así, con razón, *Schmidhäuser*, ZStW 66 (1954), págs. 28 y ss.

8 Así, con razón, *E. A. Wolff*, Handlungsbegriff, págs. 10 y ss.; *Pompe*, Handboek, pág. 88; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 208.

III. Estructura y crítica del concepto final de acción

1. Según la teoría final de la acción, la acción humana no es sólo un proceso causalmente dependiente de la voluntad, sino, por su propia esencia, ejercicio de **actividad final** (cfr. *supra*, § 22 IV 2). La finalidad obedece a la capacidad del hombre de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su comportamiento causal y de conducir el proceso según un plan a la meta perseguida mediante la utilización de sus recursos. La voluntad que rige el proceso causal es, por lo tanto, la "espina dorsal de la acción final", el "factor de conducción que supradetermina el suceso causal externo". La conducción final de la acción tiene lugar en tres momentos: empieza con la anticipación mental de la meta, sigue con la elección de los medios necesarios para la consecución de la misma y concluye con la realización de la voluntad de la acción en el mundo del suceder real.[11]

Ejemplo: Para efectuar un disparo mortal el autor ha de buscarse primero la víctima, elegir después el arma, apuntar con ella y, finalmente, realizar su designio homicida apretando el gatillo.

2. También el concepto final de acción merece **críticas**, del todo independientes, sin embargo, de que puedan admitirse las importantes consecuencias que de él derivan para la teoría del delito.[12]

a) El concepto final de acción ofrece una descripción acertada de las acciones voluntarias anticipadas mentalmente, de carácter consciente. Conocemos también, sin embargo, otros procesos que a primera vista no responden a la imagen de la acción completamente final. No obstante, cabe incluirlas en el concepto de finalidad porque, aunque pueda no concurrir de forma consciente, puede intervenir en cualquier momento la conducción final. Ello es válido, en primer lugar, para las *acciones automatizadas* (por ejemplo, andar, escribir, conducir),[13] pues en ellas el proceso aparentemente mecánico obedece a una conducción (originariamente aprendida) del

9 Así, acertadamente, *H. Mayer*, v. Weber-Festschrift, págs. 146 y ss.

10 En esta línea, *Graf zu Dohna*, Verbrechenslehre, pág. 14; *Mezger*, Moderne Wege, pág. 12; *Nowakowski*, JBl 1972, 21.

11 Cfr. con más detalle, *Welzel*, Das neue Bild, págs. 1 y ss.; *el mismo*, Lehrbuch, págs. 33 y ss.; *Maurach*, Allg. Teil, págs. 180 y ss.; *Stratenwerth*, SchwZStr 81 (1965), págs. 183 y ss.; *el mismo*, Allg. Teil I, núm. 147; *Busch*, Moderne Wandlungen, págs. 7 y ss.

12 Para la crítica, cfr. *Roxin*, ZStW 74 (1962), págs. 515 y ss.

13 Cfr. con más detalle, *Heiß*, Tiefenpsychologie, pág. 116; *Stratenwerth*, Welzel-Festschrift, págs. 289 y ss.

insconciente, la cual puede volverse de nuevo consciente en todo tiempo mediante un acto de voluntad. Lo mismo sucede en las acciones *lúdico-creativas*,[14] pues en ellas sustituyen a la anticipación mental de la representación de la meta asociaciones sensitivas que pueden traerse también en todo momento a la plena consciencia. Por último, idéntico carácter poseen las *acciones pasionales*, en las cuales, pese a que los impulsos afloran directamente de la capa profunda sin una dirección conforme a sentido, se halla conducida finalmente la propia ejecución de la acción (cfr. el caso en BGH 11, 20).[15] Hasta aquí la crítica resulta, pues, infundada.

b) Pero el concepto final de acción tampoco puede cumplir la tarea de un concepto general capaz de cobijar a *todas* las formas de comportamiento jurídico-penalmente relevantes.[16] La conducción del proceso causal mediante impulsos de la voluntad, característica de la acción final, falta en la *omisión*, por muy fuerte que sea la participación emocional del "autor" en el proceso que se desarrolla ante él.[17] Además, la *acción imprudente* no puede incluirse sin dificultades en el concepto final de acción.[18] Cierto que la imprudencia consiste normalmente, como destacan constantemente los finalistas, en la ejecución descuidada de una acción final, pero el carácter descuidado de la ejecución no es, precisamente momento alguno de su finalidad.[19] La infracción de la norma de cuidado no puede equipararse a la acción final, pues el juicio de incorrección puede formularse sólo a la vista del resultado que había que evitar, el cual se halla en el hecho imprudente precisamente *fuera de la relación final*. En nada empece a este hecho el que el contenido de la voluntad pueda contribuir a determinar la gravedad del descuido, como, en especial, sucede en los delitos cualificados por el resultado (cfr., por ej., §§ 18 y 226). En ellos, como en muchos otros hechos imprudentes, la falta de cuidado no

14 Cfr. la crítica al concepto final de acción de *Hall*, Fahrlässigkeit, pág. 15.

15 Cfr. la crítica de *Henkel*, Studium Generale 1960, 237 y ss. Destacan con razón la cualidad de acción del hecho pasional *Krümpelmann*, Welzel-Festschrift, páginas 334 y ss.; *Schewe*, Reflex-bewegung, pág. 131.

16 Esto se admite también por *Welzel*, Lehrbuch, págs. 31 y ss. y 129 y ss., así como por *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 153. Ahora cfr. también *Armin Kaufmann*, Welzel-Festschrift, págs. 393 y ss. La necesidad de un concepto general de acción, que incluyese también el comportamiento espontáneo y reflejo, es destacada, en cambio por *v. Weber*, Engisch-Festschrift, pág. 337.

17 Sobre la falta de la "finalidad actual" en la omisión *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte, págs. 66 y ss. *Welzel*, Lehrbuch, pág. 200. Por el contrario, en *Maurach*, Allg. Teil, pág. 578 se erige la estructura de los delitos de omisión de forma paralela a la propia de los delitos de comisión. Debe rechazarse la unión de acción y omisión en el concepto de "*capacidad* de acción" que tiene lugar en *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte, pág. 83, ya que la capacidad de acción es presupuesto de la acción, mas no la acción misma.

18 Sobre esto cfr., en especial, *Arthur Kaufmann*, Schuld und Strafe, página 42; *el mismo*, JuS 1967, 145 y ss.; *H. Mayer*, Grundri6, pág. 49; *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 48. En contra, de nuevo, *Welzel*, NJW 1968, 425 y ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 148.

19 Tampoco la sustitución del concepto de "finalidad" por el de "conducción" (cibernética) que propone *Welzel*, Maurach-Festschrift, pág. 7 modifica el hecho de que en la imprudencia se trata solamente de la conducción *posible*.

procede de haber sido "conducidos descuidadamente", sino del mismo hecho de no haber sido omitidos (cfr. *infra*, § 55 I 3a). En estos casos resulta difícil mantener que el "modo" de la ejecución de la acción haya sido descuidado.

Ejemplos: La enfermera que suministra al paciente, por error, una inyección inapropiada, actúa de forma descuidada en relación a la inyección. Sin embargo, una acción imprudente de homicidio se daría sólo en el caso de que el resultado de muerte hubiese sido previsible y hubiera tenido lugar. Pero si el estado del paciente fuese tal que no pudiese suministrársele inyección alguna, no cabría decir que la enfermera que, pese a ello, se la pusiera, actúa de forma descuidada en el modo de ejecución de la acción. El defecto consistiría ya en el hecho de haber actuado.

IV. El concepto social de acción

1. La categoría ontológica fundamental del comportamiento humano *activo* es la *finalidad*, pues la capacidad de conducir procesos causales fundamenta la posición específica del hombre en la naturaleza. A ella se añade una segunda categoría, no sólo relevante para el Derecho Civil (cfr. el "silencio en el tráfico jurídico"), sino también para el Derecho Penal: la *omisión*. Concurre una omisión cuando no tiene lugar un hacer activo que era de *esperar* según las normas del Derecho o de la Moral, según las reglas de la costumbre o de la experiencia, pese a que su realización hubiese sido posible empleando la finalidad. Si por razón de la dirigibilidad del proceso la omisión es también una categoría ontológica, el momento de la expectativa viene a añadirle un juicio de valor. Se discute si la omisión puede incluirse junto al hacer activo dentro de un concepto de acción cerrado en sí mismo. Un sector de la doctrina entiende que la diferencia estructural existente entre el hacer positivo y la omisión impide la creación de una unidad superior a ambas formas de comportamiento,[20] mientras que otros autores entienden que la omisión representa un modo de actividad humana equivalente al hacer positivo.[21] Ambos planteamientos son rechazables.[22] Las dos formas en que tiene lugar la con-

20 Así *Radbruch*, Handlungsbegriff, págs. 131 y ss.; *Gallas*, Beiträge, páginas 25 y ss.; *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte, págs. 66 y ss.; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 200; *v. Bubnoff*, Handlungsbegriff, págs. 149 y ss.; *Roxin*, ZStW 74 (1962), págs. 547 y ss.; *SK (Rudolphi)*, § 1 Vorbem. 30. Sobre la posibilidad lógica de un concepto superior a hacer y omitir, cfr. no obstante *Engisch*, Welzel-Festschrift, págs. 364 y ss. Otras referencias en *Engisch*, Gallas-Festschrift, página 163, nota 1.

21 Así *Baumann*, Allg. Teil, págs. 201 y ss.; *Gössel*, Wertungsprobleme, página 112; *Maihofer*, Handlungsbegriff, pág. 14; *Mezger*, Lehrbuch, pág. 132; *E. A. Wolff*, Handlungsbegriff, pág. 32.

22 Mas también es rechazable el intento de construcción de un "concepto negativo de acción" de *Herzberg*, Unterlassung, págs. 156 y ss. y 174 y ss. En contra, de forma convincente, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 38; *Engisch*, Gallas-Festschrift, págs. 193 y ss.

frontación del hombre con el mundo que le circunda (la finalidad en el hacer positivo y la dirigibilidad en la omisión) no pueden aunarse en el plano de la consideración ontológica, pues la omisión no es en sí misma finalidad, sino que se caracteriza en función del empleo de energía esperada. Será posible, sin embargo, reunir ambas modalidades en un concepto unitario de acción si se consigue encontrar un punto de vista superior de naturaleza *valorativa* que aúne en el ámbito normativo los elementos incompatibles en el ámbito del ser. Una tal síntesis ha de buscarse en la *relación del comportamiento humano con el mundo circundante*. Éste es el sentido del concepto *social* de acción: **acción es, según esto, comportamiento humano socialmente relevante** (cfr. *supra*, §§ 22 III 2a).[23] Se entiende aquí por "*comportamiento*" toda respuesta del hombre a una exigencia situacional reconocida o, por lo menos, reconocible, mediante la realización de una posibilidad de reacción de que aquél dispone por razón de su libertad.[24 y 25] El comportamiento puede consistir en el ejercicio de actividad final (finalidad), pero puede también limitarse a la causación de consecuencias, con tal de que el proceso resultase conducible empleando la finalidad (imprudencia). Por último, puede también manifestarse en la inactividad frente a una determinada expectativa de acción (que no necesariamente ha de fundarse en el Derecho), a condición, también, de que concurra la posibilidad de conducción

23 En la actualidad se defiende el concepto social de acción con distintos matices; cfr. *Eb. Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, pág. 75, en especial, Anm. 29; *el mismo*, Engisch-Festschrift, págs. 339 y ss.; *Engisch*, Kohlrausch-Festschrift, página 161; *el mismo*, Weltbild, pág. 38; *Maihofer*, Eb. Schmidt-Festschrift, páginas 170 y ss.; *Preisendanz*, Vorbem. III 1; *Wessels*, Allg. Teil, págs. 16 y ss.; *E. A. Wolff*, Handlungsbegriff, págs. 29 y ss.; *el mismo*, Radbruch-Gedächtnisschrift, pág. 299. Además cfr., en general, *Jescheck*, Eb. Schmidt-Festschrift, páginas 150 y ss. También se hallan próximos a la concepción aquí defendida *H. Mayer*, Grundriß, pág. 75; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 223; *Würtenberger*, Situation, pág. 54; *Husserl*, Recht und Welt, págs. 127 y ss.; *D. Hazewinkel-Suringa*, Inleiding, págs. 112 y ss. Por el contrario, la deducción del concepto de acción del "mundo del inconsciente" que efectúa *Arthur Kaufmann*, Schuld und Strafe, pág. 57 conduce a terrenos que el jurista ha de confiar al psicólogo. Sin embargo, *Arthur Kaufmann* se aproxima al texto en H. Mayer-Festschrift, páginas 96 y ss. Cfr. también el "concepto funcional de acción" de *Eser*, Strafrecht I, núm. 3 A, 13 y ss. El concepto social de acción corresponde a lo que *Welzel*, Lehrbuch, pág. 31 designa como el "ámbito de la normación juridico-penal". Por ello se admite también por *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 153 y ss., pues no contradice a la teoría final de la acción en su legítima esfera. La teoría de la acción de *Ernst Wolf*, AcP 170 (1970), págs. 205 y ss. permanece anclada en una descripción de las distintas formas de comportamiento imaginables, sin decir en qué se funda entonces el juicio de imputación. En contra de la teoría social de la acción, la mayor parte de la crítica; cfr. *Bockelmann*, Allg. Teil, páginas 49 y ss.; *Noll*, GA 1970, 179; *el mismo*, Handlungsbegriff, págs. 27 y ss.; *Roxin*, ZStW 82 (1970), págs. 679 y ss.; *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal, página 296; *Nowakowski*, JBl 1972, 21.

24 Sobre la libertad, como elemento del concepto de acción, *Lampe*, ZStW 79 (1967), págs. 496 y ss.; *Ernst Wolf*, AcP 170 (1970), pág. 212.

25 También *E. A. Wolff*, Handlungsbegriff, pág. 17; *Wessels*, Allg. Teil, página 17 y asimismo *Katsantonis*, ZStW (1960), pág. 355.

(omisión).[26] La nota de comportamiento "*humano*" indica que sólo constituyen formas de actuar en sentido jurídico-penal las manifestaciones de la actividad del hombre *individual*, y no los actos de personas jurídicas. "*Socialmente relevante*" será sólo un comportamiento cuando afecte a la relación del individuo con su mundo circundante y alcancen a este último sus consecuencias.[27] Es necesario, para ello, que el comportamiento llegue a trascender al exterior, para lo que es suficiente en la omisión la ausencia de los efectos que hubiese entrañado el hacer esperado y conducible (por ej., la ausencia de prestación de un auxilio posible en caso de accidente[28]).

El concepto social de acción abarca, así a *todas* las formas de comportamiento humano que resultan de algún modo relevantes en orden al juicio de imputación. Contiene, además, los perfiles de una *definición* no sólo abstracta, sino que describe de forma concreta el modo de ser de la acción, permitiendo, sin embargo, su ulterior determinación a través de los elementos generales del delito de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, sin, por ello, anticiparlos. Finalmente, como en seguida ha de verse, *excluye aquellas formas de comportamiento* que carecen de toda significación para el Derecho Penal.

2. Del concepto social de acción se deduce, por vía **negativa**, el círculo de comportamientos de antemano irrelevantes para la imputación jurídico-penal. Esta función negativa se reconoce incluso por quienes combaten la posibilidad de un concepto general de acción.[29]

a) Puesto que la acción representa la realización de una posibilidad de reacción de que dispone el hombre, la cooperación, al menos potencial, de sus fuerzas psíquico-espirituales ha de constituir el requisito mínimo del concepto de acción. Según esto, no son acciones los **actos reflejos** puramente somáticos, en los cuales el movimiento o la falta del mismo son desencadenados de forma inmediata por un estímulo directamente dirigido al sistema nervioso, los movimientos corporales en estado de **inconsciencia** ni, finalmente, los efectos producidos por una **fuerza irresistible** (vis absoluta).

26 Sobre la justificación de la existencia de un tal concepto prejurídico de omisión, *Engisch*, JZ 1962, 190.

27 Cfr. *v. Weber*, Engisch-Festschrift, pág. 331; *Pompe*, Handboek, pág. 86, habla aquí aún de forma completamente naturalística de un "uiterlijk waarneembar gebeuren", *D. Hazewinkel-Suringa*, Inleiding, pág. 113, nota 1 de "lichamelijke manifestatie".

28 Cfr. *Jakobs*, Welzel-Festschrift, págs. 318 y ss.

29 Cfr. *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 40. Por el contrario, *K. Michaelowa*, Begriff, pág. 82 entiende por acción "toda forma de existencia humana" y rechaza, así, las limitaciones efectuadas en el texto, mientras que *Marinucci*, Il reato, pág. 203 remite para la delimitación únicamente a los distintos tipos de delito. Igualmente *Otter*, Handlungsbegriff, págs. 179 y ss. y *Armin Kaufmann*, Welzel-Festschrift, pág. 394. Una versión estricta del concepto de "no-acción" sostiene acertadamente *Schewe*, Reflexbewegung, pág. 75; sobre el concepto de reflejo, *el mismo autor*, ibídem, págs. 55 y ss.; *Stratenwerth*, Welzel-Festschrift, págs. 297 y ss.

Ejemplos: Un sujeto efectúa un movimiento brusco al tocar una conducción eléctrica y hiere a otra persona.[30] El sonámbulo destruye un valioso jarrón. Quien estaba de pie junto a la piscina es empujado al agua y cae sobre un bañista.

b) La cualidad de acción debe negarse también cuando se produce la inactividad frente a una expectativa de acción porque falta al sujeto, y faltaría a cualquiera en su situación, la *capacidad de acción.*

Ejemplos: Ha de negarse la presencia de una omisión y, por tanto, la aplicación del § 120 II, en el caso de que el único funcionario de prisiones encargado de la vigilancia sea asaltado por varios reclusos y encerrado en una celda, en condiciones tales que le hagan imposible impedir la fuga. De la misma forma, no concurre allanamiento de morada por permanencia indebida según el § 123 I, segunda alternativa, por el hecho de que un viajero requerido al abandono de un tranvía no salte de él durante la marcha (RG 75, 355 [358]).

La omisión sólo puede concebirse como realización de una posibilidad de reacción existente para el hombre si puede afirmarse de forma general la capacidad de realización de la acción esperada con empleo de la finalidad. La **capacidad general de acción** pertenece, por ello, al propio concepto de omisión en el sentido de "comportamiento" socialmente relevante. En el examen de la capacidad de acción no pueden, sin embargo, tomarse en consideración las características personales del individuo que permanece inactivo en el caso concreto, pues, si el concepto de acción ha de servir a la delimitación del ámbito de comportamientos humanos que importan *de algún modo* a la imputación jurídico-penal, la definición de omisión debe fundarse en la capacidad general de acción. Siendo así, podrá hablarse ya de la presencia de una omisión en el sentido del concepto de acción cuando *otra persona* en la posición del "autor", imaginado en posesión de todos los conocimientos y capacidades que resultarían necesarias en la situación concreta, hubiese podido realizar la conducta esperada.[31]

Ejemplos: Los habitantes de Berlín no omiten salvar al que se ahoga en el lago de Constanza durante el transcurso de una competición de esquí acuático, por mucho que sean testigos del accidente gracias a la televisión. Por el contrario, omite la salvación el bañista que está en la orilla, aunque

30 No constituye, por el contrario, ningún reflejo corporal la reacción incorrecta del conductor ante una situación de peligro aparecida de súbito, porque esta consecuencia es dominable con suficiente ejercicio; cfr. sobre esto OLG Frankfurt VRS 28, 364 y *Franzheim,* NJW 1965, 2.000. Igualmente, OLG Hamm JZ 1974, 716. La posibilidad de una "total incapacidad de acción" se reconoce, sin embargo, por *Spiegel,* DAR 1968, 290.

31 Cfr. *Maihofer,* Eb. Schmidt-Festschrift, pág. 177. Por el contrario, con frecuencia se atribuye la capacidad *individual* de acción al propio *concepto* de omisión; cfr. *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 13 Vorbem. 142; *SK (Rudolphi),* § 13 Vorbem. 2, con otras referencias; *Stratenwerth,* Allg. Teil I, núm. 1.029; *Nowakowski,* JBl 1972, 21 y ss.

el socorro exceda a sus fuerzas. En cambio, ha de negarse la omisión en el amigo del que se ahoga que pierde el conocimiento ante el suceso.

c) Tampoco son acciones en sentido jurídico-penal las múltiples actividades sociales que proceden de **personas jurídicas** (cfr. *infra,* § 23 V).

d) El requisito de un comportamiento trascendente al exterior excluye, por último, del concepto jurídico-penal de acción todos los **procesos de la vida psíquica** (pensamientos, planes, sentimientos, actitudes), incluso en el caso de que pudiesen constatarse mediante narco-análisis ("cogitationis poena nemo patitur").[32]

3. Del concepto de acción no cabe deducir las razones por las que un comportamiento imputable como producto humano aparece o no como merecedor de pena. Ello únicamente puede deducirse del tipo del delito. El cometido del concepto de acción se agota en la caracterización y delimitación del *contenido* propio del ámbito que resulta de algún modo relevante para el juicio de imputación.[33] Ahí reside también su **valor sistemático.** Por el contrario, no es posible derivar del concepto social de acción consecuencias dogmáticas para la estructura de los conceptos de antijuricidad y culpabilidad. Ciertamente, el concepto de acción traza, en sentido amplio, el marco propio de ambos elementos materiales de la estructura del delito, pero el desarrollo de su contenido ha de tener lugar según criterios de imputación específicos.

V. Sanciones contra personas jurídicas y asociaciones sin personalidad

Bode, Geldbuße gegen juristische Personen im Strafrecht, NJW 1969, 1.286; *Burrows,* The responsibility of corporations under criminal law, The Journal of Criminal Science 1948, 1; *Busch,* Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände, 1933; *Engisch,* Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen? Verhandlungen des 40. DJT, t. II, 1953, pág. E 7; *Göhler,* Das neue Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, JZ 1968, 583, 613; *el mismo,* Anmerkung zu OLG Hamm v. 28-10-1970, JR 1971, 384; *Hartung,* Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen? Verhandlungen des 40. DJT, t. II, 1953, pág. E 43; *Heinitz,* Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen? Verhandlungen des 40. DJT, t. I, 1953, pág. 67; *el mismo,* Der Ausbau des Strafensystems, ZStW 65 (1953), pág. 26; *Huss* y otros, Sanctions pénales et personnes morales, Rev dr pén crim 56 (1975-76), pág. 673; *Jescheck,* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Personenverbände, ZStW 65 (1953), página 210; *el mismo,* Die Behandlung der Personenverbände im Strafrecht,

32 En esto basa especialmente la necesidad de adoptar un concepto jurídico-penal de acción *Maiwald,* ZStW 86 (1974), pág. 642.

33 Se trata, pues, de algo más que una pura "regulación del uso del lenguaje", como entiende *Klug,* Emge-Festschrift, pág. 40. Por el contrario, las categorías de finalidad, posibilidad de conducción, expectativa e incidencia en el mundo exterior muestran lo que quiere expresarse materialmente con el concepto de acción.

SchwZStr 70 (1955), pág. 243; *Lange*, Zur Strafbarkeit von Personenverbänden, JZ 1952, 261; *Lang-Hinrichsen*, "Verbandsunrecht". Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 49; *Rotraut Pohl-Sichtermann*, Geldbuße gegen Verbände, 1974; *Riebenfeld*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden, Jahrbuch der Basler Juristenfakultät 1934, pág. 232; *Rotberg*, Für Strafe gegen Verbände, DJT-Festschrift, t. II, 1960, pág. 193; *Schaffmeister*, Das niederländische Wirtschaftsstrafgesetz, ZStW 85 (1973), pág. 782; *R. Schmitt*, Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände, 1958; *Schwander*, Der Einfluß der Fiktions- und Realitätstheorie auf die Lehre von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Juristischen Personen, Festgabe für M. Gutzwiller, 1959, pág. 603; *Seiler*, Strafrechtliche Maßnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personen verbände, 1967; *v. Weber*, Über die Strafbarkeit juristischer Personen, GA 1954, 237.

1. El Derecho alemán vigente **no** permite la **punibilidad de las personas jurídicas ni de las asociaciones sin personalidad.**

La *Historia del Derecho* ofrece, en cambio, en este punto una imagen cambiante.[34] Mientras que en el Derecho romano, siquiera acaso con limitaciones, rigió el principio "societas delinquere non potest", la punibilidad de las asociaciones fue admitida ampliamente por los Derechos germánico, medieval italiano y común. Hasta fines del s. XVIII y principios del XIX no tuvo lugar el giro hacia la concepción puramente individual de la pena que en Alemania ha permanecido vigente hasta nuestros días.[35] Pero los argumentos decisivos en su favor no han procedido de las dos grandes teorías del s. XIX sobre la persona jurídica (teoría de la ficción y teoría de la realidad),[36] sino de consideraciones dogmáticas y político-criminales.

Las personas jurídicas y las asociaciones sin personalidad sólo pueden actuar a través de sus órganos, por lo que ellas mismas no pueden ser castigadas. Frente a las mismas carece, además, de sentido la desaprobación ético-social inherente a la pena, ya que el reproche de culpabilidad sólo puede formularse respecto de personas individuales responsables, y no frente a miembros de una sociedad que no han participado en el hecho ni frente a una masa patrimonial. El legítimo objetivo político-criminal de privar a las colectividades dotadas jurídicamente de patrimonio separado de las ganancias obtenidas mediante delitos cometidos por sus órganos, debe y puede alcanzarse por caminos distintos al de la pena (comiso, confiscación de las ventajas patrimoniales obtenidas mediante el delito — *Verfall* — o pago del sobreprecio obtenido). No obstante, toda esta problemática suele tratarse en el Derecho extranjero con criterio mucho más pragmático que en el alemán, lo que lleva con frecuencia a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por considerarla de utilidad.[37]

34 Sobre esto cfr. *R. Schmitt*, Maßnahmen gegen Verbände, págs. 16 y ss.; *Heinitz*, Verhandlungen, t. I, págs. 67 y ss.

35 Cfr. *Engisch*, Verhandlungen, t. II, págs. E 7 y ss.; *Hartung*, ibídem, páginas E 43 y ss.; *Heinitz*, ZStW 65 (1953), pág. 51; *Jescheck*, SchwZStr 70 (1955), pág. 243; *Lange*, JZ 1952, 261; *R. Schmitt*, Maßnahmen gegen Verbände, páginas 178 y ss., en especial, pág. 199; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 193 y ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 195 y ss. Asimismo desde RG 16, 121 (123), un sector de la BGH 3, 130 (132). Se refería sólo al Derecho de ocupación, BGH 5, 28 (32) con notas críticas de *Bruns*, JZ 1954, 251 y *Heinitz*, JR 1954, 67. *En favor* de la pena para sociedades, en cambio, cfr. también Jurisprudencia; *M. E. Mayer*, Lehrbuch, págs. 96 y ss.; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 156; *Busch*, Grundfragen, págs. 89 y ss.; *v. Weber*, GA 1954, 237; *Baumann*, Allg. Teil, págs. 198 y ss.; *Rotberg*, DJT-Festschrift, t. II, págs. 194 y ss.

36 Cfr. sobre esto *Schwander*, Gutzwiller-Festgabe, págs. 608 y ss.

2. Aunque el Derecho alemán rechaza la responsabilidad penal de las personas jurídicas, prevé desde hace tiempo **sanciones administrativas contra colectividades.**[38] A la vista del poder que revisten las colectividades y de la especial criminalidad económica que puede desarrollarse dentro de su actividad,[39] es comprensible que el legislador considere precisa alguna posibilidad de sanción. Como solución se eligió en la OWiG de 1968 la multa, por aparecer como neutral valorativamente y carecer de todo significado social de reproche. Según el § 30 de la OWiG, puede imponerse una multa contra una colectividad como sanción accesoria en el supuesto de que el autor haya cometido, en concepto de órgano representante de una persona jurídica o miembro de dicho órgano (por ej., como encargado de negocios de una sociedad de responsabilidad limitada), de presidente de una asociación carente de personalidad jurídica o de miembro de tal presidencia, o, en fin, de socio representante de una sociedad mercantil personalista (por ej., de una sociedad colectiva), un hecho punible o una infracción administrativa que determinen lesión de obligaciones de la colectividad o su enriquecimiento efectivo o potencial.[40] En particular, puede motivar la imposición de una multa a la sociedad la vulneración del deber de vigilancia. El importe de la multa puede alcanzar en los delitos dolosos hasta 100.000 marcos, y hasta 50.000 en los de carácter imprudente. En caso de contravenciones adminis-

37 En el extranjero se admite la propia responsabilidad penal para sociedades, sobre todo en Inglaterra y USA, y en otros países limitada a las infracciones administrativas; cfr. con más detalle *Burrows*, The Journal of Criminal Science 1948, 9; *Huss* y otros, Rev dr pén crim 56 (1975-76), págs. 673 y ss. (para Luxemburgo, Francia, Bélgica); *Jescheck*, ZStW 65 (1953), pág. 210. Sobre la evolución del problema en Holanda, detalladamente, *van Bemmelen*, Ons Strafrecht, págs. 262 y ss.; *D. Hazewinkel-Suringa*, Inleiding, págs. 95 y ss.; *Schaffmeister*, ZStW 85 (1973), págs. 801 y ss. En Suiza recomienda la responsabilidad penal de las comunidades (a diferencia de las sociedades) *Riebenfeld*, Basler Jahrbuch 1934, pág. 234.

38 La Jurisprudencia impuso penas gubernativas contra personas jurídicas y asociaciones con arreglo al § 17 del Reglamento contra abusos de posiciones económicas de poder de 1923 (RGBl I, pág. 1.067). En el Derecho regulador de los precios y del consumo que rigió durante la segunda guerra mundial se previeron expresamente penas gubernativas para personas jurídicas. Sobre la historia, *Göhler*, § 30 OWiG Vorbem. 2; sobre el nuevo OWiG, *el mismo*, JZ 1968, 590 y siguientes.

39 Cfr. sobre esto *Tiedemann*, Wirtschaftskriminalität, págs. 18 y ss.

40 Con relación a las sociedades de responsabilidad limitada y en las comanditarias no resulta del todo correcto considerar al gerente como el órgano que actúa en nombre de la sociedad (OLG Hamm NJW 1973, 2.218).

trativas deberá aplicarse el grado máximo de la multa señalada a la infracción. Puede también imponerse una multa a una asociación en el supuesto de que, por la razón que sea, no pueda ser condenada por el hecho ninguna persona determinada, o en el caso de que el principio de oportunidad (§ 47 OWiG) aconseje prescindir de la persecución del órgano. La finalidad que se atribuye a la multa es la de, mediante una sanción que alcance a la propia sociedad, salir al paso, de modo eficaz, de los hechos punibles y contravenciones cometidos por los órganos "en interés" de la sociedad, y privar a la misma de las ganancias ilícitamente obtenidas (cfr. §§ 30 III, 17 IV de la OWiG). Otras consecuencias accesorias que pueden imponerse son el comiso (§ 29 OWiG) y el pago del sobreprecio (§ 10 II WiStG 1954). La regulación procesal correspondiente se encuentra en el § 444 StPO.[41]

La multa impuesta a la sociedad como "consecuencia accesoria" del hecho punible cometido por el órgano se halla, sin embargo, tan poco justificada como la pena, pues también la multa presupone culpabilidad y expresa un juicio de desvalor, al menos cuando no se trata sólo de un puro ilícito administrativo (cfr. *supra*, § 7 V 3b).[42] Por ello, la multa es sólo admisible frente a personas físicas y no puede añadirse sin más a la pena personal si se quiere evitar caer en la "estafa de etiquetas". La privación de las ganancias se halla asegurada ya por la previsión de la cláusula de representantes del § 73 III y el precepto especial para órganos del § 35 StGB y del § 29 OWiG en caso de confiscación de las ventajas patrimoniales obtenidas con la infracción *(Verfall)* y de comiso (cfr. *infra*, § 76 I 4). Por otra parte, al argumento de que la sola imposición de multas a los órganos de la Corporación según sus personales posibilidades económicas carece de la necesaria fuerza intimidatoria, ha de responderse que, para combatir de forma justa la criminalidad de las sociedades, deberían imponerse penas privativas de libertad eficaces.[43] La propia cuestión de los criterios que deben servir a la fijación de la cuantía a imponer a la sociedad, encuentra ya difícilmente respuesta satisfactoria.[44] Especialmente discutible es la multa impuesta a la sociedad por el § 30 IV OWiG, ya que supone el abandono de la relación con el hecho y con la condena de una persona física (cfr. sobre esto el caso OLG Hamm, JR 1971, 383, comentado por *Göhler*).

41 Cfr. con más detalle *Bode*, NJW 1969, 1.286 y ss.

42 En este sentido, *R. Schmitt*, Ordnungswidrigkeitenrecht, pág. 28. Críticamente, también, *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, págs. 146 y ss. y 204 y ss., así como ampliamente *Rotraut Pohl-Sichtermann*, Geldbuße, págs. 45 y ss.; *Göhler*, § 30 OWiG Vorbem. 4, que quiere aplicar el § 31 BGB.

43 Igual *Lang-Hinrichsen*, H. Mayer-Festschrift, págs. 64 y ss.; *Seiler*, Personenverbände, págs. 211 y ss. y 241 y ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 196, nota 2. Pese a rechazar la pena para sociedades, *en favor* de la regulación relativa a la multa, *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 20.

44 Cfr. sobre esto, *Göhler*, § 30 OWiG Anm. 5.

VI. El actuar por 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, 12; *el mismo*, Faktische Betrachtungsweise und Organhaftung, JZ 1958, 461; *Gallas*, Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs, ZStW 80 (1968), pág. 1; *Rimmelspacher*, Strafrechtliche Organ-, Vertreter- und Verwalterhaftung etc., JZ 1967, 472; *el mismo*, JZ 1967, 700; *R. Schmitt*, Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung, JZ 1967, 698; *el mismo*, JZ 1968, 123; *Tiedemann*, Literaturbericht Nebenstrafrecht, ZStW 83 (1971, pág. 792; *Wiesener*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Vertretern und Organen, 1971.

1. Existe un buen número de preceptos cuya redacción requiere en el autor la concurrencia de determinados **elementos personales.** Se encuentran, sobre todo, en el Derecho Penal especial, pues el legislador ha de prever a menudo, al regular materias especiales, normas penales que por su naturaleza alcanzan sólo a sujetos pertenecientes a un determinado círculo de personas (por ej., patronos, industriales, empresarios). Pero también el Derecho Penal general conoce supuestos de esta naturaleza (por ej., §§ 266, 284, 286, 288, 330).

Ejemplos: El gerente de una sociedad de responsabilidad limitada que impide una ejecución forzosa que amenaza a la sociedad apartando bienes de su patrimonio, no podía hasta ahora ser castigado en base al § 288, al no ser él el deudor, sino la sociedad (RG 16, 21 [24]; 60, 234). Por el contrario, a veces la Jurisprudencia, por su cuenta, ha interpretado ya de forma más amplia ciertos tipos del Derecho Penal especial dotados de especiales elementos personales. Así, el presidente de una empresa minera fue castigado por infracción de la legislación protectora de la juventud, según el (entre tanto derogado) § 151 I 2 GevO, como "industrial" (RG 33, 261 [265]), y el gerente de una sociedad de responsabilidad limitada fue considerado "comisionario" en el sentido del § 95 I núm. 2 BörsG (BGH 11, 102 [105]). En el Derecho Penal especial ha regido hasta el presente una regulación positiva de la responsabilidad de órganos y representantes en el § 244 de la anterior redacción de la KO y en el § 151 I 1 de la ant. red. de la GewO (BGH 8, 139; 9, 67).[45]

2. El nuevo § 14 (así como el § 9 OWiG), destinado ante todo a servir a la lucha contra la criminalidad económica, ha dejado regulado con carácter general el **actuar por otro.**[46] El precepto distingue

45 Cfr. sobre el estado del Derecho con anterioridad y su reforma, *Bruns*, Organe juristischer Personen, págs. 84 y ss.; *el mismo*, JZ 1954, 12 y ss.; además Niederschriften, t. IV, págs. 312 y ss.

46 De acuerdo *Gallas*, ZStW 80 (1968), págs. 20 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 14 Anm. 1. Mas el precepto se discute por razones de técnica jurídica y de política criminal; cfr. las referencias contenidas en ibídem Anm. 3. Sobre la cuestión de una solución del problema en la Parte Especial, cfr. la dis-

dos grupos de autores: los representantes y los encargados. El párrafo primero extiende la aplicación de todas las disposiciones penales que fundamentan la punibilidad en base a especiales elementos personales a los órganos encargados de la representación de una persona jurídica (por ej., el presidente de una sociedad registrada), a los miembros de tales órganos (miembros de la presidencia de una sociedad anónima), a socios representantes de una sociedad mercantil personalista (por ej., el socio que responde personalmente una sociedad comanditaria) y a los representantes legales de otra persona (por ejemplo, los padres o los administradores de la quiebra), cuando actúen en condición de tales y los especiales elementos personales no concurran en ellos, pero sí en sus representados (cfr. el ya citado caso del alzamiento de bienes por obra del gerente de una sociedad de responsabilidad limitada, según el § 288). "Especiales elementos personales" son, en contra de lo que sugiere la literalidad de la ley, únicamente aquellos elementos referentes al autor que circunscriben el círculo de posibles sujetos activos según su *función social* (por ej., deudores, empresarios, personas obligadas a guardar fidelidad, organizadores de juegos de azar). Por el contrario, el § 14 no se refiere a los "elementos altamente personales" en el sentido del § 28 (cfr. *infra*, § 61 VII 4a), ya que, precisamente, tales elementos no pueden gravar al representante si no concurren en él (en sentido distinto BT-Drucksache V/1319, pág. 63).[47] El autor debe haber actuado en su condición de órgano o representante.

El § 14 amplía también la aplicación de los tipos penales a los encargados de establecimientos, empresas y oficinas públicas a quienes se confía la totalidad o parte de la dirección (por ej., apoderados, directores de filiales), o bien estén llamados a desempeñar bajo su propia responsabilidad funciones públicas en sí propias del director (por ej., el jefe del parque móvil municipal en lugar del alcalde). La razón de una tal ampliación de los tipos a través de una cláusula general, que no deja de ser discutible en base a la exigencia de determinación de la ley penal (cfr. *supra*, § 15 II 3), ha de verse en el hecho de que la economía y la administración modernas, basadas en la división del trabajo, obligan a menudo al propietario de un establecimiento o al director de una oficina administrativa a delegar la responsabilidad del cumplimiento de obligaciones penalmente sancionadas, y es preciso entonces que también los representantes queden sujetos a la responsabilidad penal. Por el contrario, la ampliación del § 14 a *todos* los casos del actuar por otro no sería recomendable, ya que la ilimitada extensión de los tipos que ello supondría, conduciría a consecuencias imprevisibles.[48] Con todo, el § 14 III se contenta con la existencia de relaciones fácticas de representación o mandato.

cusión entre *Rimmelspacher*, JZ 1967, 472 y ss., JZ 1967, 700 y ss. y *R. Schmitt*, JZ 1967, 698 y ss., JZ 1968, 123 y ss. Como problema de interpretación de los tipos contempla la responsabilidad de órganos y representantes *Wiesener*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, págs. 185 y ss.; de ahí que repute el § 14 superfluo, por una parte, y excesivamente restrictivo, por otra.

47 En este sentido, sobre todo *Blauth*, Handeln für einen anderen, págs. 52 y ss., 92 y ss. y 109 y ss. y *Gallas*, ZStW 80 (1968), págs. 21 y ss. La doctrina dominante se ha adherido; cfr. *Dreher*, § 14 Anm. 2; *Lackner*, § 14 Anm. 4; *R. Schmitt*, JZ 1968, 124 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 14 Anm. 8; *SK (Samson)*, § 14 Anm. 9 y ss.; *Tiedemann*, ZStW 83 (1971), pág. 807. Al parecer, en el Derecho Penal administrativo no debe plantearse el problema; cfr. *Göhler*, § 9 OWiG Anm. 3.

* * *

I. Sobre la problemática general de la acción

1. Sin duda abonada por el art. 1, 1, CP, que empieza definiendo los delitos o faltas como "acciones y omisiones...", la doctrina española acostumbra a reconocer la necesidad de anteponer el estudio de la acción (como concepto prejurídico) al de las demás categorías de la teoría del delito.[1] *Aunque formalmente siga esta línea,* Rodríguez Devesa *viene a contradecirla al definir la acción como "acaecimiento* previsto en la ley penal *y dependiente de la voluntad humana":*[2] ***según esto se equiparan materialmente los conceptos de "acción" y "hecho típico", pues sólo será acción el comportamiento previsto en un tipo legal y, a la vez, toda conducta típica constituirá siempre una acción (no cabría imaginar que la ley conminase bajo pena hechos que no fuesen acciones). En otras palabras, al requerir para la presencia de una acción que se halle prevista por la ley, se renuncia a la autonomía de la categoría de "acción" respecto de la de "tipicidad"*** [*desconociéndose lo que* Jescheck *denomina "función de enlace" del concepto de acción (supra § 23 I 2)*].

2. Como argumento legal paralelo al esgrimido en el texto en favor de la necesidad del concepto de acción (supra § 23 I 1), cabría citar en nuestro Código penal el art. 448, que también obliga a distinguir las nociones de "hecho" y "delito" al declarar que "serán aplicables totalmente las sanciones establecidas en este título para los delitos *en él previstos, aun cuando alguno de los* hechos *que los constituyan se ejecuten en país extranjero". En esta línea, tanta o mayor fuerza encierra el argumento que en nuestro Derecho ofrece el art. 71 CP (literalmente coincidente con el art. 88 I, Proyecto 1980) que se refiere al supuesto "de que* un solo hecho *constituya* dos o más delitos". *Si no fuese preciso un concepto de acción (en este caso igual a "hecho") previo y distinto al de "hecho típico", ¿cómo podría explicarse que un solo "hecho" pueda realizar dos o más tipos legales ("delitos"), esto es, que pueda dar lugar a dos o más "hechos típicos"? No sólo el concepto de*

48 Por el contrario, aconsejan una extensión *general* a los representantes convencionales *Bruns*, JZ 1958, 464; *R. Schmitt*, JZ 1968, 124; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, pág. 203. *Wiesener*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, páginas 185 y ss., censura también la restricción del § 14 II a los representantes convencionales que actúan en el marco de una empresa, etc., y propone fijarse en la "asunción de una posición de deber" (págs. 189 y ss.).

1 Así los Tratados de *Cuello Calón, Jiménez de Asúa, Antón Oneca, Del Rosal, Puig Peña*, y el Curso de *Quintano*.

2 Vid. *Rodríguez Devesa*, PG cit., p. 348.

acción ha de preceder, pues, al tipo legal, sino que tampoco puede obtenerse la "unidad de acción" en base, exclusivamente, a un concepto de ésta como hecho previsto por la ley.[3] *Distinto es que la determinación de la unidad o pluralidad de acciones deba efectuarse con arreglo al "sentido de los tipos" (infra § 66 I 3), pues esto sólo implica que la ley decide cuándo debe valorarse como "una" la acción* prejurídica *realizada, y no que la unidad de acción se corresponda con la unidad de tipo (en el sentido de hecho típico).*

3. Pero, si es dominante en la doctrina, y seguramente correcto, iniciar la teoría del delito por un concepto prejurídico de acción, algún autor empieza a reflejar en nuestro país el cansancio y progresivo escepticismo que ha dejado como resultado en Alemania la dilatada polémica entre el concepto causal y el concepto final de acción. Así, tras resumir agudamente el sentido y consecuencias de dicha discusión, Gimbernat *llega a la conclusión de que "se hace preciso buscar otros criterios para delimitar el tipo",*[4] *ya que en el plano ontológico de lo prejurídico, en que está situada la acción, ni la* causalidad *puede restringirse más allá de la teoría de la* condicio sine qua non, *ni la* finalidad *puede utilizarse para limitar la causalidad, porque llevaría a tener que negar el carácter de acción a los hechos imprudentes, en los que el resultado producido se halla fuera de la finalidad propia de la acción que lo causa.*[5] *El contenido del tipo debería delimitarse prescindiendo del concepto de acción y acudiendo a la función de la norma penal, que concebida como* motivadora *conduce a la inclusión del dolo en el tipo.*[6]

Éste me parece el camino acertado. Que la acción sea el sustantivo sobre el que descansan todos los caracteres del delito no ha de llevar a esperar de dicho concepto que permita deducir *de él el contenido propio del injusto, ni el de la culpabilidad. Las funciones del concepto de acción en la teoría del delito son mucho más modestas. La principal es, a efectos prácticos, la función* negativa *de exclusión de los hechos que no pueden hallarse prohibidos por la ley porque ni siquiera reúnen las condiciones mínimas de una acción humana* [función de delimitación *(supra § 23 I 2)*]. *Pues bien, aquí* coinciden *las dos posiciones antitéticas de causalismo y finalismo, pues, pese a todo, sus defensores enumeran las mismas causas de exclusión de la acción: la fuerza irresistible, la inconsciencia y los actos reflejos. Esto vendría a probar que todos coinciden en requerir a la acción más que la causalidad y menos que la finalidad referida al resultado, a saber: la* dependencia de la voluntad. *Ello hace explicable que* Rodríguez Muñoz *primero y* Gimbernat *ahora acusen al finalismo de defender el mismo concepto de acción que el causalismo, pero acaso no justifica que califiquen a ese concepto de "natural" o "causal", respectivamente,*[7] *pues del mismo modo — y tal vez con más razón — podría decirse que, pese a haber sido defendido primero por el causalismo, se trata de un concepto "final" de acción, en la medida en que reconoce como elemento diferencial del mismo la concurrencia de una finalidad, dirigida o no al resultado. En cualquier caso, la coincidencia de causalistas y finalistas en cuanto a los requisitos mínimos del concepto de acción mini-*

3 Como parece, en cambio, entender *Rodríguez Devesa,* PG cit., p. 787.
4 Vid. *Gimbernat Ordeig,* El sistema, cit., p. 275.
5 Cfr. *Gimbernat Ordeig,* op. cit., pp. 273 y ss.
6 Vid. *Gimbernat Ordeig,* op. cit., p. 277; *Rodríguez Muñoz,* La doctrina de la acción finalista (1953), 2.ª ed., Valencia, 1978, p. 132.
7 Cfr. *Gimbernat Ordeig,* op. cit., p. 274.

miza el alcance práctico de la discusión, que vendría a reducirse a la cuestión de si el acento *— esto es, de qué es lo más importante, lo esencial — debe cargarse en la causalidad o en la finalidad. Según esto, la influencia que el finalismo atribuye al concepto de acción en la estructuración sistemática de los demás elementos del delito, y en particular en la posición del dolo, no podría proceder de un distinto concepto de acción, sino de un* planteamiento metodológico *— lo más importante del finalismo — que entiende que el legislador y la ciencia se hallan vinculados al concepto ontológico de acción (a la* "naturaleza de la cosa"*).*[8] *Pero este tema de la fuerza vinculante que pueda tener el concepto de acción* para el injusto, *distinto al de qué es la acción, pertenece a la clase de problemas que plantea la antijuricidad, de cuyo significado material y función sistemática derivará la respuesta de si ha de tener como objeto* toda *la acción (incluida la finalidad que la guía), o sólo su* parte *objetiva — cuestión que en nada afecta al concepto de acción.*[9]

En cambio, sí parece necesario tomar posición en sede de la acción sobre el carácter social *de la misma. Si se negase este carácter, el concepto de acción seguiría sujeto a los reparos que merece su entendimiento causal-naturalístico: resultaría insuficiente para servir de sustento a los* juicios de valor *de antijuricidad y culpabilidad, de una parte* (función de definición: *supra § 23 I 2), y a los delitos de* omisión *y de* imprudencia, *conceptos ambos esencialmente normativos, de otra parte* (función de clasificación; *supra § 23 I 2).*

4. Sobre la posición de la doctrina y de la jurisprudencia españolas frente a los conceptos causal y final de acción, véanse las notas de Derecho español al § 22. Respecto del concepto social, en los Manuales y Tratados es contemplado por Rodríguez Devesa, *quien lo rechaza,*[10] *y por* Rodríguez Mourullo, *que lo admite.*[11] *Pero téngase presente que al identificar aquel primer autor acción y hecho típico, y prescindir por tanto de la autonomía del concepto de acción, no puede, lógicamente, admitir ningún concepto de acción — ni siquiera el social — que la anteponga al tipo legal. Por eso objeta a la concepción social que "en el Derecho penal la función de discriminar cuáles conductas tienen esa relevancia* está atribuida a la ley".[12]

II. Sobre la actuación de personas jurídicas

1. A nivel de ***principios político-criminales****, la doctrina dominante en España se manifiesta contraria a la responsabilidad* penal *de las personas jurídicas, entendida en el sentido estricto de sujeción a* penas *criminales.*[13]

8 Vid. *Mir Puig, Introducción,* cit., pp. 255 y s.
9 Cfr. *Mir Puig,* Función de la pena y teoría del delito, pp. 33 y ss.
10 Vid. *Rodríguez Devesa,* PG cit., p. 352.
11 Cfr. *Rodríguez Mourullo,* PG p.
12 *Ibídem.*
13 Así, *Cuello Calón,* PG cit., pp. 320 y ss.; *Rodríguez Devesa,* PG cit., página 376; *Quintano Ripollés,* Curso, cit., p. 240; *Antón Oneca,* PG cit., pp. 154 y ss.; *Córdoba Roda,* Notas, cit., I, pp. 184 y s.; *Bajo Fernández,* Derecho penal económico, Madrid 1978, pp. 110 y ss. (por citar obras generales). Existe, no obstante, una dirección distinta que parte del correccionalismo de *Silvela* y *Dorado Montero,* pasa por el pragmatismo de *Saldaña* y *Masaveu* y llega a nuestros días: *M. Barbero Santos,* ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?, en "Rev. de Derecho Mercantil", n.º 64, pp. 285 y ss.; *Muñoz Conde,* Rev. int. dr. pen., 1978, pp. 227 ss.; *Zugaldía Espinar,* CPC 1980, pp. 84 y ss.

Suele fundarse esta opinión en los principios de culpabilidad *y de* personalidad *de las penas, que impiden que el castigo recaiga sobre todos los miembros de la persona jurídica (como sucedería inevitablemente si se impusiese una pena a la misma) y obliga a que únicamente respondan de los hechos las personas físicas que efectivamente los hubieren realizado.*[14] *Puesto que tal planteamiento sólo se refiere a la imposición de un* castigo, *no obsta a que junto a la punición de los responsables la misma doctrina admita, e incluso reclame, la aplicación a la persona jurídica de* medidas de seguridad *desprovistas de carácter represivo, que se reputan muy convenientes para salir al paso del peligro que entraña la comisión de delitos tras la fachada ofrecida por la persona jurídica.*[15]

2. A) Por lo que se refiere a la posición del **Derecho positivo** *español, falta en la actualidad todo precepto que decida de forma* general *el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Con anterioridad, el Proyecto Silvela de CP (1884) acogía expresamente la opinión de la doctrina antes expuesta, al afirmar, por una parte, que la responsabilidad criminal es individual y disponer, por otra, la posibilidad de imponer las medidas de suspensión y disolución de las Sociedades. Tal criterio se manifestó en el CP de Marruecos y se precisó en el CP 1928, que previó expresamente como "medidas de seguridad" la disolución, supresión o suspensión de las entidades o personas jurídicas. Derogada esta normativa, en el Código Penal no se contempla con carácter general ninguna solución al problema, a diferencia, como luego se verá, del Proyecto 1980. No obstante, como señala la doctrina, todos y cada uno de los artículos del mismo parecen redactados sobre la base de la responsabilidad individual*[16] *— así, normalmente las penas que señalan (generalmente de prisión) no podrían ir dirigidas a personas jurídicas —. Por otra parte, ni siquiera cuando el CP alude a las personas jurídicas prevé para ellas la imposición de penas.*

En efecto. Pese a que los arts. 172 y ss. describen y sancionan los supuestos de asociaciones ilícitas — entre las que cuentan "las que tengan por objeto cometer algún delito" (art. 172, 2.°) —, únicamente establecen penas para las personas físicas que las componen o favorecen. Aunque el art. 238, en su último párrafo, llega a contemplar el caso de que los hechos previstos en él "fueron cometidos *por Sociedades, Empresas o Entidades análogas", no sanciona penalmente a éstas, sino que determina que las penas se impongan "a los Directores, Gerentes de las mismas o Encargados del servicio de que se trate, así como a los componentes de los Consejos de Administración, siempre que éstos tuvieren conociminto de la orden incumplida". Parecido criterio se acoge en el nuevo art. 499 bis, último párrafo. Ello no obsta a*

[14] Vid. nota anterior, salvo por lo que se refiere a *Córdoba Roda*, que funda la irresponsabilidad penal de la persona jurídica en su incapacidad de acción (loc. cit.). En este último sentido también *Rodríguez Mourullo*, PG 1977, p. 228; *Muñoz Conde*, La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas... en CPC 1977, p. 153. *Bajo Fernández* argumenta tanto con los principios de personalidad y culpabilidad como en base a la incapacidad de acción: loc. cit.

[15] Ver *Cuello Calón*, PG cit., pp. 323 y s.; *Antón Oneca*, PG cit., p. 154; *Rodríguez Devesa*, PG cit., p. 376, se refiere a medidas civiles y administrativas, y a otras medidas fuera del Derecho penal.

[16] Cfr. *Silvela*, op. cit., p. 193; *Antón Oneca*, PG cit., p. 156; *Cuello Calón*, PG cit., p. 328.

que a continuación imponga este precepto la responsabilidad civil *subsidiaria de la empresa, como en general se prescribe por el art. 22 CP para los delitos o faltas en que incurran los empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicio. Finalmente, tampoco el art. 265 CP ni el nuevo artículo 319 CP relativo al delito fiscal castigan a las personas jurídicas, sino que mantienen soluciones próximas a las anteriores. La disolución "para todos sus fines" que el segundo párrafo de aquel primer precepto (al igual que el nuevo art. 349 CP) prevé para la persona jurídica no constituye una "pena", pues no cuenta entre las "penas que se pueden imponer con arreglo a este Código" según el art. 27 CP.*[17]

En suma: Por una parte, en general, los artículos del CP no parecen dirigidos a las personas jurídicas; por otra parte, si ni siquiera cuando excepcionalmente se refiere la ley a ellas las hace penalmente *responsables del delito, menos deberán responder criminalmente en todos los demás casos. La* irresponsabilidad penal *de la persona jurídica que ello implica no se opone, en cambio, a la posibilidad de que la misma quede sujeta a* medidas de seguridad *y a la* responsabilidad civil. *La generalización y perfeccionamiento de las primeras me parece, siguiendo la opinión española dominante, el camino adecuado para neutralizar la especial peligrosidad de la delincuencia enmascarada tras una persona jurídica. Abundaré en ello añadiendo un argumento derivado de la propia esencia de penas y medidas: la pena no puede dirigirse, en sentido estricto, a las personas jurídicas en lugar de a las físicas que tras ellas se encuentran, porque conceptualmente implica una* amenaza psicológica *de imposición de un mal para el caso de que se delinca y no cabe imaginar que la persona jurídica pueda sentir el efecto de conminación psicológica alguna. Muy distintamente, la medida de seguridad requiere únicamente una peligrosidad que sí puede proceder de la utilización de una persona jurídica (pero vid.* infra *3C).*

B) La **Jurisprudencia del TS** *coincide en interpretar que en nuestro Derecho la responsabilidad es sólo individual. En lugar de las personas jurídicas deben responder los individuos responsables de la decisión de las mismas (SS. 18 enero 1909, 13 y 27 dic. 1913, 20 febr. 1914, 8 mayo 1928, 1 dic. 1969). Para ello se requiere que aquéllos hubieran recibido comunicación legal de la orden (S. 25 abr. 1944).*

Este presupuesto de conocimiento — exigido normalmente por el Código: artículos 238, 265 y 499 bis — podría entenderse dogmáticamente como fundamento de la concurrencia de posición de garante *en los representantes de la Sociedad que no han causado positivamente la voluntad delictiva de la persona jurídica, pero han* omitido *impedir su adopción y realización. Cuando el CP alude expresamente a estos extremos estaría, pues, configurando tipos de* comisión por omisión *legalmente previstos. Y cuando, como normalmente sucede, no se refiere la ley a la intervención de personas jurídicas, la misma estructura podría generalizarse para fundar y a la vez limitar la incriminación a título de comisión por omisión* supralegal, *siquiera haya de ser generalmente como forma de participación (así, cooperación necesaria del art. 14, 3.°, o complicidad del art. 16, por omisión) respecto de los individuos que han causado (positivamente) la voluntad criminal de la persona jurídica.*

[17] En el mismo sentido *Córdoba Roda*, Comentarios, I, p. 17. Cfr. también sobre toda esta materia *Muñoz Conde*, CPC 1977, pp. 152 y ss.

3. Lo anterior constituye el régimen vigente en nuestro Derecho positivo, a partir de la irresponsabilidad penal de la persona jurídica. Tres **cuestiones** *se plantean en este punto: A) ¿Cuál es la* razón dogmática *de la referida irresponsabilidad de la persona jurídica?; B) El problema del "actuar por otro"; C) Las medidas de seguridad y las personas jurídicas.*

A) Como ya se insinuó (supra 1), la doctrina mayoritaria en España suele basar la negación de responsabilidad criminal para las personas jurídicas en su incapacidad de culpabilidad. *Ciertamente, no puede discutirse tal incapacidad, pero para que la misma constituyese la razón dogmática de la irresponsabilidad penal de la persona jurídica sería preciso que no faltase* antes *la presencia de un hecho antijurídico. Pues bien, esto último es lo que, sin embargo, sucede también en nuestro Derecho. Si lo único que faltase fuese la culpabilidad, debería poder probarse que el hecho de la persona jurídica está objetivamente castigado por la ley, o sea, que es típico. Pero ya se ha visto que, ni siquiera cuando, excepcionalmente, el CP se refiere a las personas jurídicas, les dirige expresamente la conminación penal: la comisión de delitos por persona jurídica no es típica. Ello significa que el legislador se ha limitado a castigar "acciones* humanas"; *esto es, que las* "acciones *u* omisiones *voluntarias penadas por la ley" (art. 1, 1 CP) han de proceder de un hombre. Se sigue de ahí que la actuación de una persona jurídica no queda sujeta a responsabilidad penal porque no constituye una* "acción" *en el sentido del CP.*

Esto no significa que la persona jurídica no sea capaz de "acción" en otros ámbitos jurídicos. Significa únicamente que el CP se refiere a "acciones humanas". Por ello, negar a la persona jurídica la capacidad de acción en el Derecho penal y no en otros sectores del Derecho, como el civil, no supone operar con un concepto jurídico *de acción en lo penal, sino sólo remitirse al concepto* prejurídico *(ontológico) de acción humana:*[18] *la "acción civil" de la persona jurídica sí que es un concepto creado por el Derecho.*

B) Si bien resulta acertado político-criminalmente negar la responsabilidad criminal de la persona jurídica, se echa a faltar en nuestro Derecho una regulación destinada a evitar que aquel principio sirva para que las personas físicas puedan delinquir impunemente. Como se vio más arriba, la Jurisprudencia intenta cubrir lagunas generalizando el régimen previsto por los preceptos del CP que se refieren a las personas jurídicas y declarando la responsabilidad penal de sus administradores en ciertas condiciones. En principio, y aunque sería preferible una expresa regulación general por parte de la ley, tal solución es válida en cuanto se avenga con los principios generales de la imputación jurídico-penal. Pero existe un supuesto en que no es fácil evitar una injustificada impunidad de los verdaderos responsables sin una expresa regulación legal: los delitos especiales *(propios) cometidos formalmente por una persona jurídica, cuando sólo en ésta concurren las condiciones personales de utopía requeridas por la ley (p. ej.: el alzamiento de bienes de una S.A., única en que concurre la cualidad formal de "deudor" necesaria para el autor [art. 519 CP]). En este caso, según una importante doctrina, la irresponsabilidad penal de la persona jurídica implica la impunidad de los auténticos responsables de su actuación, ya que no pueden ser autores del delito por carecer de las condiciones exigidas*

18 En contra, *Córdoba Roda*, Notas, cit., pp. 184 y s.

para ello, ni partícipes del hecho de la persona jurídica por no constituir éste —como se vio— una acción *penada por la ley.*[19]

El Derecho penal alemán ha dado solución al problema previendo un precepto (actualmente el § 14 StGB) destinado al **"actuar por otro"**, *según el cual quien actúa en representación de una persona jurídica será responsable en lugar de ésta por los delitos especiales que le haga cometer (vid. supra § 23 VI). Éste es el único camino de solución plenamente satisfactorio y el que debería seguirse en nuestro país. Pese a la ausencia de tal regulación, el TS mantiene el mismo criterio (así SS. 1 abr. 27, 4 jul. 31, 4 abr. 31, 18 oct. 69, 1 dic. 69, 2 junio 73, 19 en. 74). Si se interpretan en sentido* estricto *los requisitos personales requeridos por la ley al autor en los delitos especiales (p. ej.: ser "deudor"), no cabe duda de que la solución jurisprucial traspasa las fronteras del "sentido literal posible" y entra en el terreno de la* analogía, *que por redundar en perjuicio del reo aquí se hallaría prohibida por la ley.*[20] *Pero yendo más al fondo del problema, no deja de resultar absurdo que quienes de verdad "cometen" el delito no puedan considerarse formalmente sus autores: así, que los socios que* realmente *"deben" al acreedor el dinero que formalmente sólo adeuda la Sociedad, no puedan considerarse más que analógicamente autores del delito de alzamiento de bienes que ellos provocan. Y, en particular, no deja de ser contradictorio que, por una parte, se niegue la capacidad de acción de la persona jurídica a efectos jurídico-penales y que, por otra, se respeten puntual y formalmente las consecuencias de la capacidad de acción jurídico-civil de la misma. Si lo que importa al Derecho penal son las acciones "reales" de las personas físicas, debería, acaso, atender más a la relación "material" existente entre esas personas que a las meramente "jurídico-civiles" que caracterizan la posición de la persona jurídica. Así, podría preferirse al sentido técnico estricto del término "deudor" el significado "real" que comprende a los socios sobre quienes en definitiva recae el peso auténtico de la obligación.*[21]

Mas la única solución definitiva del problema es la introducción de un precepto paralelo al § 14 StGB relativo al "actuar por otro". Ésta es la vía que propone el Proyecto 1980 (art. 35).

C) Si la persona jurídica no puede ser sometida a penas, según la opinión dominante en nuestro país, sí puede ser objeto de **medidas de seguridad.** *En este sentido, el Proyecto 1980, en su art. 132, establece: "No obstante, podrán ser sometidas a las medidas de seguridad especialmente previstas para ellas las asociaciones, empresas o sociedades a causa de los delitos que sus directivos, mandatarios o miembros cometieren en el ejercicio de las actividades sociales o aprovechando la organización de tales entes". Y el art. 153 del mismo Proyecto prevé que, en los delitos contra el orden socio-económico o contra el patrimonio cometidos en el ejercicio de la actividad de sociedades o empresas o utilizando su organización para favorecerlos o encubrirlos, los Tribunales podrán imponer todas o algunas*

19 Así, *Muñoz Conde*, El delito de alzamiento de bienes, Barcelona, 1971, página 111; *mismo autor*, CPC 1977, pp. 155 y s.; *Córdoba Roda*, Consideraciones sobre los delitos de quiebra en Derecho español, en el libro III Jornadas de Profesores de Derecho Penal, Santiago de Compostela, 1976, p. 123.

20 Cfr. en este sentido *Muñoz Conde*, CPC 1977, pp. 153 y s.

21 Se opone a esta posibilidad *Muñoz Conde*, CPC 1977, pp. 166 y s.

de las medidas siguientes: a) Clausura *de la empresa, sus locales o establecimientos; b)* disolución *de la sociedad; c)* suspensión *de las actividades; d)* prohibición *a la sociedad o empresa de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se ha cometido, favorecido o encubierto el delito.*

Esta formulación del Proyecto adolece de un defecto: supone que el sujeto pasivo de la imposición de medidas es la persona jurídica — o la "empresa", lo que es más grave — pese a la imposibilidad de que la misma *encierre "peligrosidad criminal" en sentido estricto, puesto que no puede cometer delitos. Lo correcto sería adoptar una redacción que permitiera entender que el destinatario de las medidas que* recaen *sobre una persona jurídica — y por supuesto en una empresa sin personalidad — son los autores físicos que se hallan tras ellos, tomándose a la persona jurídica como* instrumento *(no como sujeto pasivo) del que se puede privar al sujeto pasivo — como sucede,* servatae distantiae, *con la privación del derecho a conducir un vehículo o a portar armas —. En lugar de determinar, como hace el art. 132 del Proyecto, que las colectividades podrán ser "sometidas" a medidas de seguridad, debería decirse que las medidas de seguridad podrán "recaer" sobre aquéllas.*

Capítulo 2

EL DELITO DOLOSO DE COMISIÓN

El Derecho Penal conoce *tres formas fundamentales de acciones punibles:* el delito doloso de comisión, el delito imprudente de comisión y el delito (doloso o imprudente) de omisión. Mientras que el concepto de acción abarca todas las formas de comportamiento penalmente relevantes (cfr. *supra,* § 23 IV 1), los tres grupos mencionados se distinguen considerablemente en el tipo de injusto y en la estructura de los elementos de la culpabilidad. A efectos sistemáticos, conviene, pues, la distinción de tres partes. El Capítulo 2.º que sigue a continuación, trata el tipo, la antijuricidad y la culpabilidad en el **delito doloso de comisión, como modelo de acción punible.** Las particularidades del delito imprudente de comisión y del delito doloso o imprudente de omisión, se expondrán en el Capítulo 3.º sobre la base del delito doloso de comisión.

Sección 1.ª

La antijuricidad

La solución de un caso de Derecho Penal empieza con la subsunción del supuesto de hecho bajo los elementos del tipo del precepto penal que resulte aplicable. A continuación, se examina si la antijuricidad de la acción típica se halla excluida por alguna causa de justificación. En la *práctica* no tiene lugar, pues, la comprobación *positiva* de la antijuricidad del hecho. En la resolución de un caso no se plantea de forma positiva la pregunta de si concurre antijuricidad por la razón de que no importa la antijuricidad en sí, sino la antijuricidad *característica del delito (deliktstypische)*, esto es, la antijuricidad típica. Y esta antijuricidad característica del delito ha de afirmarse ya en cuanto se constata la presencia de la tipicidad. La *teoría del Derecho Penal*, por el contrario, ha de dar respuesta a la cuestión de qué significa la **antijuricidad en cuanto tal** y cómo ha de concebirse su relación con el tipo (Subsección a). Sólo entonces puede abordarse el concepto de *tipo* como conjunto de los elementos del injusto que caracterizan al tipo del delito (Subsección b). Para el final se dejan 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; *Darbellay*, Théorie générale de l'illicéité, 1955; *Graf zu Dohna*, Die Rechtswidrigkeit als allgemeines Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, 1905; *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; *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, t. I, 1930, pág. 339; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955; *Otto*, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 (1975), pág. 539; *Platzgummer*, Die "Allgemeinen Bestimmungen" des StGE im Licht der neueren Strafrechtsdogmatik, JBl 1971, 236; *Nowakowski*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, 19; *Roxin*, Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1964, 373; *Würtenberger*, Vom Rechtsstaatsgedanken in der Lehre der strafrechtlichen Rechtswidrigkeit, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 125.

1. Antijuricidad significa **"contradicción con el Derecho"**.[1] Tal contradicción ha de entenderse del modo siguiente: Para la protección de la vida colectiva del hombre en la sociedad el legislador prevé normas de comportamiento vinculantes que reciben el nombre de normas jurídicas. Éstas no son puros mandatos coactivos, sino exigencias ajustadas al orden colectivo, que apelan a la comprensión por sus destinatarios de su significado racional y reclaman, según esto, obediencia cívica. O prescriben la realización de un hacer activo valioso (por ej., la prestación de socorro en caso de accidente, § 330 c), o prohíben comportamientos disvaliosos (por ej., el homicidio doloso del § 212), por lo que consisten en mandatos o prohibiciones.[2] La esencia de la antijuricidad ha de verse, pues, según ello, en la violación por parte de un comportamiento del deber de actuar o de omitir que establece una norma jurídica. Se designa este aspecto con la expresión **antijuricidad formal**, porque en él se toma sólo en consideración la contradicción de la acción con el mandato de la norma. Pero la antijuricidad formal tiene también un núcleo material, pues mediante la vulneración de la norma se deteriora la base de confianza sobre la que se apoya el orden social.[3]

Junto al concepto de *antijuricidad* se utiliza, a menudo en sentido equivalente, el de *injusto*. No obstante, ambos conceptos deben distinguirse. Antijuricidad es la contradicción de la acción con una norma jurídica. Injusto es la propia acción valorada antijurídicamente.[4]

2. La antijuricidad no se agota, sin embargo, en la relación existente entre acción y norma, sino que posee también significado *material* **(antijuricidad material)**.[5] Una acción es antijurídica en sentido

1 Así *Nagler*, Frank-Festgabe, t. I, pág. 343. Cfr. también *Dreher*, § 1 Vorbem. 24; *Lackner*, § 13 Vorbem. 3; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 50; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 6; *Pompe*, Handboek, pág. 100; *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal, pág. 339.

2 Sobre esto, fundamentalmente, *Binding*, Normen, t. I, págs. 108 y ss. En su Handbuch, pág. 155, *Binding* concibió a las normas como "puros imperativos" y al Derecho Penal, pues, como Derecho puramente sancionador. Mas lo correcto es contemplar a norma *y* sanción como una unidad típica de toda rama del Derecho (también del Derecho Civil y del público), pues existe una correlación recíproca entre ambas partes del precepto.

3 Cfr. sobre esto *Otto*, ZStW 87 (1975), pág. 562.

4 Con más detalle, *Welzel*, Lehrbuch, pág. 52. El concepto de injusto se entiende también en el sentido de antijuricidad *material;* así en *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 53.

5 La distinción se entiende, a menudo en la actualidad, en sentido distin-

material en atención al menoscabo que supone en el bien jurídico protegido por la norma correspondiente.[6] La consideración material de la antijuricidad muestra, pues, las razones por las cuales el legislador ha sometido a pena un determinado comportamiento, como lesión intolerable del orden comunitario, y que tales razones concurren en el hecho concreto. En este contexto, la expresión "lesión" no ha de entenderse en sentido naturalístico, como causación de un daño a un determinado objeto de la acción (por ej., como muerte de una persona o daños a una cosa), sino como contradicción del valor ideal que debe protegerse por la norma jurídica (lesión del bien jurídico). La lesión del bien jurídico supone un daño para la comunidad que justifica la caracterización del delito como "comportamiento socialmente dañoso".[7][8]

3. La concepción material de la antijuricidad encierra importante significación práctica (cfr. *supra*, § 22 III 2 c).

a) Por de pronto, la antijuricidad material sirve de guía al legislador en la labor de creación de los tipos penales[9] y a los órganos encargados de la Administración de Justicia en la búsqueda del precepto penal aplicable al caso concreto. Además, permite la graduación del injusto según su gravedad y su expresión en la medición de la pena.[10] Por último, el punto de vista material hace posible la interpretación de los tipos en base a los fines y perspectivas valorativas que los inspiran.

Ejemplos: Una consideración puramente formalista llevó, en otro tiempo, a afirmar la presencia de malversación de caudales (§ 350 de la anterior redacción) en el supuesto de cambio por un funcionario público de dinero confiado al mismo por razón de su cargo para fines privados, en tanto no

to del expresado en el texto. La antijuricidad formal se identifica con la realización del tipo, mientras que se denomina materialmente antijurídica la acción típica que no se halla amparada por una causa de justificación; así *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 359; *Baumann*, Allg. Teil, págs. 266 y ss. La distinción es considerada por un sector como superflua; cfr. *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 12; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 52; *Bockelmann*, Allg. Teil, págs. 90 y ss. Como aquí, en cambio, los autores citados en las notas 7 y 8.

6 El iniciador de la distinción de antijuricidad formal y material fue *v. Liszt*, Lehrbuch 12./13. Aufl., págs. 140 y ss. Sobre la historia doctrinal, ampliamente, *Heinitz*, Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, págs. 4 y ss. Sobre criterios para una distinción material de Derecho e injusto, *F. v. Hippel*, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, págs. 271 y ss.

7 Así *v. Liszt/Schmidt*, pág. 176.

8 De acuerdo *Kohlrausch*, Irrtum und Schuldbegriff, pág. 35; *Graf zu Dohna*, Rechtswidrigkeit, págs. 38 y ss.; *Mezger*, Lehrbuch, págs. 197 y ss.; *Heinitz*, Eb. Schmidt-Festschrift, págs. 266 y ss.; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, págs. 17 y ss.; *Sauer*, Allg. Strafrechtslehre, págs. 53 y ss.; *Bettiol*, Diritto penale, págs. 292 y ss. (que rechaza la antijuricidad formal como superflua); *Antón Oneca*, Derecho Penal, pág. 180; *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal, pág. 357. Por el contrario, el "élément matériel" de la doctrina francesa no es más que la acción típica; cfr. *Stefanil Levasseur*, Droit pénal général, pág. 180.

9 Cfr. *Roxin*, JuS 1964, 375 sobre el § 240.

10 Cfr. *Kern*, ZStW 64 (1952), págs. 262 y ss.

le "permitiese una norma relativa a su función tal forma de proceder respecto del dinero confiado" (RG 5, 304 [306]; 21, 364 [366]). Igualmente formal es, todavía hoy, el tratamiento que se da a la intervención médica curativa. Según la Jurisprudencia, constituye una lesión de la integridad física, susceptible sólo de justificación mediante el consentimiento. La consideración material de los preceptos relativos a las lesiones, muestra, sin embargo, que la intervención médica curativa efectuada con éxito ni siquiera puede incluirse en los §§ 223 y ss., puesto que la integridad corporal, aunque transitoriamente perturbada, no resulta en definitiva menoscabada, sino restablecida. Mas, aun cuando el tratamiento médico fracase y se agrave con ello la afección, si la intervención se efectúa con arreglo a las leyes del arte médico, no existirá, para la doctrina dominante, lesión corporal alguna, ya que la intención curativa del médico excluye lo injusto de la acción. En realidad, la intervención efectuada sin consentimiento del paciente no constituye lesión de la integridad física, sino tratamiento curativo unilateral (cfr. § 162 E 1962).[11]

b) Otra consecuencia importante de la consideración material de la antijuricidad es, por otra parte, la posibilidad de admitir la presencia de una causa de justificación en supuestos en que no se halla prevista por la ley, pero en los cuales la ponderación de bienes que requiere la ley muestra que los fines y representaciones valorativas que subyacen a la norma jurídico-penal han de retroceder ante otros intereses legítimos a que sirvió la acción.

Ejemplos: En un principio, la posibilidad de estimación de causas de justificación se hizo depender de su reconocimiento formal por parte de la ley (RG 6, 61 [63]). Así, la justificación del quebrantamiento del secreto médico profesional con el fin de revelar la existencia de una enfermedad contagiosa se apoyó en otro tiempo en una disposición de la Ordenanza de Tribunales de Honor para médicos, que les obliga al desempeño consciente de la profesión (RG 38, 62 [64]). En cambio, la consideración material de la antijuricidad condujo en seguida al reconocimiento del *principio de adecuación social* en el ámbito del tipo (cfr. *infra*, § 25 IV), en el supuesto, por ejemplo, de interrupción de un acto religioso por el ruido normal que produce una industria permitida (RG 37, 150 [151]). El punto final de esta evolución fue el establecimiento del principio de ponderación de bienes y deberes como *causa de justificación supralegal* (RG 61, 242 [254]), acogido en la actualidad incluso por la ley como estado de necesidad justificante (§ 34).

Debe admitirse, sin duda, que la creación y delimitación de las causas de justificación según criterios materiales puede poner en peligro la seguridad jurídica.[12] Meras cláusulas generales como: una acción es ajustada a Derecho si constituye "un medio justo para un

11 Sobre esta discutida cuestión, cfr. además *Bockelmann*, Strafrecht des Arztes, págs. 62 y ss e *infra*, § 34 III 3a.

12 Así la crítica de *Darbellay*, Illicéité, págs. 113 y ss. Cfr. también *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 12.

fin justo",[13] o es antijurídico aquel comportamiento "que por su tendencia más daña que aprovecha al Estado y a sus miembros",[14] no pueden aplicarse nunca de forma inmediata para la solución de un caso concreto, sino que requieren su concreción mediante la concreta indicación de las razones que excepcionalmente permiten considerar justificada la acción típica (cfr. *infra*, § 31 III 3).[15]

II. La norma jurídica, norma de valoración o de determinación

Bierling, Juristische Prinzipienlehre, t. I, 1894; *v. Caemmerer*, Wandlungen des Deliktsrechts, DJT-Festschrift, t. II, 1960, pág. 49; *Graf zu Dohna*, Die Rechtswidrigkeit als allgemeines Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, 1905; *Engisch*, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971; *Enschedé/Heijder*, Beginselen van het strafrecht, 2.ª ed., 1974; *Germann*, Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs, 1914; *Goldschmidt*, Der Notstand, ein Schuldproblem, Österr. Zeitschrift für Strafrecht, 1913, 129, 224; *el mismo*, Normativer Schuldbegriff, Festgabe für R. v. Frank, t. 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, tesis doctoral, Göttingen 1963; *el mismo*, Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht, ZStW 76 (1964), pág. 19; *Krüger*, Der Adressat des Rechtsgesetzes, 1969; *Larenz*, Der Rechtssatz als Bestimmungssatz, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 150; *Mezger*, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924), pág. 207; *Münzberg*, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966; *Nagler*, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, Festschrift für K. Binding, t. II, 1911, pág. 273; *Nowakowski*, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStW 63 (1951), pág. 287; *el mismo*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, 19; *Seiler*, Die Bedeutung des Handlungsunwertes im Verkehrsstrafrecht, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 75; *Stratenwerth*, Handlungs- und Erfolgsunrecht im Strafrecht, SchwZStr 79 (1963), pág. 233; *Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878; *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935; *Zippelius*, Der Aufbau der modernen Unrechtslehre, 1953.

1. La concepción de la esencia de la antijuricidad depende decisivamente de la posición que se adopte en torno a la cuestión de si las proposiciones jurídicas son **normas de valoración o de determinación**, o ambas cosas a la vez. Según una dirección doctrinal, la norma jurídica con arreglo a la cual se mide la antijuricidad de una acción es sólo una norma de valoración.[16] Para la misma, el legislador ordena la convivencia humana mediante la constatación por las normas jurídicas de los estados y acontecimientos que se corresponden con el orden por él imaginado para la colectividad y de aquellos otros que se oponen a él. En esta concepción, el Derecho no es sino la suma de los *juicios de valor* con cuya ayuda se distingue el comportamiento jurídico del antijurídico. Toda norma jurídica es norma objetiva de valoración que permite enjuiciar el actuar del hombre desde la perspectiva del orden comunitario. El Derecho no contiene imperativos dirigidos a los particulares. Por el contrario, según esta teoría, establece sólo un "deber ser impersonal" *(Mezger)*, al limitarse a caracterizar como "deseables" o "indeseables" ciertos estados y acontecimientos. El "deber ser" no es, pues, "mas que la aplicabilidad de la proposición jurídica al hecho propuesto".[17] Es fácil explicar, así, que también el hecho del enfermo mental pueda aparecer como antijurídico, pues cabe valorarlo como lesión del Derecho sobre la base de una norma jurídica pertinente, por mucho que el autor no sea responsable. Como norma de determinación, en cambio, el Derecho no ha de hacer aparición hasta el momento de la *culpabilidad*.[18] Sólo allí habrá que preguntar si, y en qué medida, pudo el hombre dejarse guiar por los juicios de valor contenidos en las proposiciones jurídicas. Sólo en un sentido mediato constituirían, pues, las proposiciones jurídicas normas de determinación, importando para la antijuricidad únicamente su función de valoración.

2. Resulta, no obstante, preferible la opinión contraria. El orden jurídico-penal se integra, según ésta de manifestaciones de voluntad del legislador que imponen un determinado comportamiento de parte de sus destinatarios. Es preciso, por tanto, concebir sus normas como *proposiciones de deber ser* dirigidas a todos. En las proposiciones jurídicas, o al menos en los *preceptos penales*, se fijan deberes públicos no susceptibles de cumplimiento por sujetos distintos a aquéllos a los que se dirige. Las normas jurídicas han de entenderse, pues, como **"imperativos"**,[19] sentido en el que de hecho se conciben por

13 Así *Graf zu Dohna*, Rechtswidrigkeit, pág. 48.

14 Así *Sauer*, Grundlagen, pág. 391.

15 Sobre esto, *Würtenberger*, Rittler-Festschrift, págs. 132 y ss.

16 Para una visión de conjunto sobre la historia dogmática, cfr. *Mezger*, GS 89 (1924), págs. 208 y ss. En este sentido, *Nagler*, Binding-Festschrift, página 273 y ss.; *Mezger*, Lehrbuch, pág. 164; *Baumann*, Allg. Teil, pág. 268; *Bockelmann*, Einführung, págs. 24 y ss.; *Nowakowski*, ZStW 63 (1951), pág. 288; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 174. Ha pasado a la teoría sintética *Blei*, Allg. Teil, páginas 88 y ss.

17 Así, siguiendo a *Kelsen*, Hauptprobleme, págs. 348 y ss.; *Nowakowski*, ZStW 63 (1951), pág. 391.

18 Así, especialmente, *Goldschmidt*, Österr. Zeitschrift für Strafrecht, 1913, 145, 224 y ss. así como Frank-Festgabe, t. I, págs. 433 y ss., que admite una "norma de deber" junto a la norma de derecho. Cfr. también *Mezger*, Lehrbuch, página 166; *Baumann*, Allg. Teil, pág. 268, nota 9; *Bockelmann*, Einführung, página 25; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 357.

19 Los fundadores de la teoría de los imperativos fueron *Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht, pág. 8 y *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, t. I, pág. 26 y ss. En esta línea, hoy, *Engisch*, Einführung, págs. 22 y ss.; *el mismo*, Gerechtigkeit, págs. 29 y ss. con referencias; *van Bemmelen*, Ons strafrecht, págs. 64 y ss.; *Münzberg*, Verhalten und Erfolg, págs. 53 y ss.; *H. Mayer*, Lehrbuch, página 103; *Gallas*, Verbrechenslehre, págs. 35 y ss.; *Armin Kaufmann*, Normentheorie, págs. 123 y ss.; *Stratenwerth*, SchwZStr 79 (1963), págs. 247 y ss; *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie, pág. 85; *Krauß*, ZStW 76 (1964), pág. 34; *Krüger*, Der Adressat, págs. 54, 77 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 51; *Seiler*, Maurach-Festschrift, pág. 81; *Zippelius*, Aufbau, pág. 7. Para el Derecho Civil cfr. *v. Caemmerer*, DJT-Festschrift, t. II, págs. 127 y ss.; *Husserl*, Recht und Welt, pág. 118; *Larenz*, Engisch-Festschrift, pág. 157. Como

parte de la colectividad. La misión del Derecho es determinar en el hombre "un querer objetivamente correcto"[20] antes de la comisión de una acción que pueda valorarse como antijurídica. Dado que el Derecho ha de *actuar* en la comunidad, su función decisiva es la de norma de determinación. Ciertamente, el legislador ha de haber meditado previamente el sentido de la norma jurídica y haber valorado como deseable su finalidad antes de promulgarla, pero el "prius lógico" de la norma de valoración no constituye más que una consideración previa en el marco del proceso legislativo, en tanto que para la eficacia de la norma jurídica importa sólo que el legislador le confiera virtualidad de imperativo.

Los imperativos de las normas se dirigen a *todos* aquellos sujetos a los que afecta su contenido. No se hace distinción según la edad, la salud mental ni la cultura de los destinatarios de la norma. También los niños, los jóvenes y los enfermos mentales se hallan sometidos a las normas jurídicas que a ellos se refieren, y la experiencia muestra que de hecho se motivan normalmente por la norma jurídica. Sólo así se explica que puedan, siquiera dentro de ciertos límites, participar en la vida colectiva. Ello posee la importante consecuencia práctica de que las medidas aseguratívas o educativas que el Juez impone a enfermos mentales, jóvenes y niños no son disposiciones de policía que deban combatir una perturbación del orden público procedente de un estado peligroso, sino propias sanciones que se asocian a un hecho antijurídico. La consecuencia *teórica* de la concepción imperativa es la de que *la voluntad de la acción debe constituir el elemento central de la antijuricidad* de un hecho, pues es la *voluntad* opuesta al imperativo del Derecho lo que vulnera el mandato o prohibición contenido en la norma.[21] Esta concepción resulta confirmada también por el **fin de protección de la norma.** Si el fin de la norma es la protección de bienes jurídicos que se reflejan en los concretos objetos de la acción, habrá de ser decisiva para la violación de la norma, la forma y medida de la puesta en peligro del objeto de la acción previsto en el tipo. Pues bien, la puesta en peligro depende esencialmente en su carácter y entidad de la voluntad del autor.[22]

No cabe duda de que para la antijuricidad de una acción *no sólo* es decisiva la voluntad de la acción, sino también lo que ha producido, pues ha de influir en la gravedad del injusto el modo en que hace aparición la voluntad contraria a Derecho y, en especial, si ha resultado lesionado o no el objeto de la acción protegido por el precepto penal (cfr. sobre esto *infra*, § 24 III 1, 2). La norma jurídica, por tanto, no ha de concebirse sólo como **norma de determinación,** sino **al mismo tiempo** también como **norma de valoración:** "la norma vincula el mundo del pensar al mundo del actuar".[23]

conjunto de normas de determinación referidas a la actuación de las autoridades aparece el Derecho Penal para *Enschedé/Heijder*, Beginselen, págs. 3, 22.

20 *Graf zu Dohna*, Rechtswidrigkeit, pág. 150. En sentido parecido, *Germann*, Versuch, pág. 129; *G. Jellinek*, Die sozialethische Bedeutung, pág. 60; *Bettiol*, Diritto penale, pág. 92: "Il diritto penale fa appello alla volontà individuale". Para *van Bemmelen*, Ons strafrecht, pág. 64, la norma penal se dirige "in haar geheel (dus zowel de norm als de sanctie) tot alle burgers".

21 Cfr. *Krauß*, Die Zurechnung des Erfolges im Unrechtstatbestand, páginas 32 y ss.; *Hardwig*, Zurechnung, pág. 142; sobre todo *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 181.

22 En ello apoya *Nowakowski*, JBl 1972, 22, quien rechaza la teoría imperativa (cfr. *supra*, nota 17), su teoría coincidente con el texto.

III. Desvalor del resultado y desvalor de la acción en el injusto

Engisch, Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, Festschrift für Th. Rittler, 1957, página 165; *el mismo*, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-Festschrift, 1960, t. I, pág. 401; *Fukuda*, Vorsatz und Fahrlässigkeit als Unrechtselemente, ZStW 71 (1959), pág. 38; *Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973; *Jescheck*, Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff, Festschrift für E. Wolf, 1962, pág. 473; *Kadečka*, 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, 569; *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, tesis doctoral, Göttingen 1954; *Lüderssen*, Die strafrechtsgestaltende Kraft des Beweisrechts, ZStW 85 (1973), pág. 288; *Maihofer*, Der Unrechtsvorwurf, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 141; *Mezger*, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924), pág. 207; *Moos*, Die finale Handlungslehre, Strafrechtliche Probleme der Gegenwart II, 1975, pág. 5; *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; *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 etc., MDR 1951, 196; *Schüler-Springorum*, Der natürliche Vorsatz, MSchrKrim 1973, 363; *Schultz*, Literaturanzeigen, SchwZStr 87 (1971), pág. 81; *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 y siguientes; *Suárez Montes*, Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 379; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973.

1. La dogmática clásica ancló su concepto de delito en la distinción entre un injusto entendido de forma puramente objetiva y una culpabilidad concebida con carácter puramente subjetivo, por lo que

23 Así *Armin Kaufmann*, Normentheorie, págs. 76; cfr. también *Stratenwerth*, SchwZStr 79 (1963), pág. 248. En contra de *Münzberg*, Verhalten und Erfolg, págs. 67 y ss., debe señalarse que, por lo menos en Derecho Penal, el resultado no constituye un elemento independiente de la antijuricidad.

limitó el concepto de antijuricidad a la valoración del *estado* causado por el hecho (cfr. *supra*, § 22 II 1).[24] La moderna teoría del delito, por el contrario, parte de la observación de que la antijuricidad del hecho no se agota en la desaprobación del resultado del delito, sino que también la *forma de producción* del estado jurídicamente desaprobado debe incluirse en el juicio de desvalor (cfr. *supra*, § 7 I 1b). De ahí se sigue para la dogmática actual la fructífera distinción de **desvalor del resultado y desvalor de la acción** en el injusto.[25]

2. Últimamente, sobre la base de una teoría del injusto entendida de modo puramente final, se defiende la tesis extrema de que el **desvalor del resultado carece por completo de significación** para el injusto y que la razón de su admisión por el legislador en el precepto penal es, sólo, la de que la necesidad de pena ha de vincularse a una manifestación externa del desprecio de la prohibición. En el concepto de delito el desvalor del resultado sería únicamente, por tanto, una condición objetiva de punibilidad (cfr. también *infra*, § 55 II 1a).[26] Pero esta concepción debe ser rechazada.[27] El injusto no consiste sólo en la relación existente entre voluntad de la acción y mandato de la norma, sino también el daño social que por causa del hecho sufren el lesionado y la comunidad y que el mandato de la norma está llamado a impedir. La eliminación del desvalor del resultado conduciría, asimismo, a resultados opuestos a las necesidades político-criminales. Así, en el hecho doloso habría que equiparar la tentativa acabada a la consumación y en el hecho imprudente debería someterse a pena todo comportamiento descuidado.

3. La sola contemplación de los *tipos penales más corrientes* muestra ya que el contenido del injusto de numerosos tipos de delito no viene determinado sólo por la lesión o puesta en peligro del objeto de la acción protegido, sino también por la **forma de comisión** del hecho, y que precisamente ahí radica el propio merecimiento de pena de la correspondiente clase de delito.

24 Así, de forma especialmente clara, *Mezger*, GS 89 (1924), págs. 245 y ss.: "El injusto es modificación de un estado jurídicamente aprobado o producción de un estado jurídicamente desaprobado, *no* alteración jurídicamente desaprobada de un estado."

25 Ofrecen una exposición crítica de la historia doctrinal *Krauβ*, ZStW 76 (1964), págs. 20 y ss. y *E. J. Lampe*, Das personale Unrecht, págs. 13 y ss. Sobre el estado actual de la doctrina, *Stratenwerth*, SchwZStr 79 (1963), páginas 237 y ss.; *Krauβ*, ZStW 76 (1964), págs. 38 y ss.; *Krümpelmann*, Bagatelldelikte, págs. 62 y ss.; *Rudolphi*, Maurach-Festschrift, págs. 51 y ss.

26 Así sobre todo *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert, págs. 128 y ss. y 205 y ss. Igualmente, en especial también para el hecho doloso, *Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte, págs. 78 y ss.; *Lüderssen*, ZStW 85 (1973), pág. 292; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 219 y ss.; *Suárez Montes*, Welzel-Festschrift, página 389; pero en distinto sentido *Otto*, ZStW 87 (1975), págs. 566 y ss.; *el mismo*, Grundkurs, pág. 144. Para el hecho imprudente, *Welzel*, Lehrbuch, páginas 135 y ss.; *Armin Kaufmann*, Welzel-Festschrift, págs. 40 y ss.; *Schaffstein*, Welzel-Festschrift, págs. 559 y ss. (cfr. *infra*, § 54 I 4, nota 18).

27 Cfr. *Krauβ*, ZStW 76 (1964), págs. 61 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 59; *Stratenwerth*, Schaffstein-Festschrift, págs. 182 y ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 227.

Ejemplos: El patrimonio no se defiende en Derecho Penal contra todo menoscabo imaginable, sino únicamente frente a *determinadas modalidades de ataque* que aparecen como especialmente peligrosas. La lesión del patrimonio mediante engaño constituye estafa (§ 263), mediante coacción, extorsión (§ 253), mediante abuso de confianza, infidelidad (§ 266), mediante explotación, usura (§ 302a). No existe, en cambio, ningún delito *genérico* de lesión del patrimonio. La puesta en peligro del tráfico viario (§ 315c I núm. 2) requiere, junto a la puesta en peligro de la vida, de la integridad física o de valores patrimoniales importantes, la transgresión, de modo craso, de *determinadas reglas del tráfico especialmente importantes*. Estos elementos del hecho punible que caracterizan la forma de comisión, serían incomprensibles si la norma punitiva sólo contemplase el desvalor del resultado.

En la lesión o puesta en peligro del objeto de la acción protegido reside el *desvalor del resultado* del hecho, en la forma de su comisión el *desvalor de la acción*. El desvalor de la acción consiste tanto en las *modalidades externas* del comportamiento del autor, como en las circunstancias que radican en su *persona*. Según esto, es preciso distinguir entre desvalor de la acción (personal) *referido al hecho* y *referido al autor*.[28] El *desvalor* del resultado o de la acción se convierten en *injusto* del resultado o de la acción, respectivamente, al ser recogidos en los tipos penales.

4. El reconocimiento de que dentro del injusto de la acción es necesario, también, tener en cuenta **componentes personales**, se ha impuesto ampliamente en la moderna dogmática.[29] Hoy la pregunta es sólo: ¿*qué* elementos personales deben contemplarse como integrantes de lo injusto de la acción y cómo ha de determinarse la *relación jerárquica* existente entre lo injusto de la acción y del resultado dentro de los tipos penales?

a) A lo injusto personal de la acción pertenecen, en primer lugar, los **elementos subjetivos de autoría.** Generalmente, los tipos de delito

28 Cfr. *E. J. Lampe*, Das personale Unrecht, págs. 206 y ss.

29 Un estudio histórico de la teoría del injusto personal ofrece *H. Lampe*, págs. 25 y ss. Sobre la actual doctrina alemana, con más detalle, *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 225 y ss.; *Rudolphi*, Maurach-Festschrift, págs. 51 y ss.; *Otto*, ZStW 87 (1975), págs. 539 y ss. La posición contraria se mantiene sobre todo por *Oehler*, Das objektive Zweckmoment, págs. 62 y ss. En Suiza defienden una teoría de injusto personal *Germann*, Das Verbrechen, págs. 119 y ss y *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, págs. 29 y ss., en Italia *Bettiol*, Diritto penale, págs. 278 y ss. Dentro de límites estrictos admiten elementos subjetivos de la antijuricidad, *Pompe*, Handboek, pág. 100; *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal, págs. 343 y ss. La doctrina austríaca limitaba hasta ahora estrictamente la antijuricidad a la lesión de un bien jurídico; cfr. *Kadecka*, Gesammelte Aufsätze, pág. 19 y *Nowakowski*, Grundzüge, pág. 52. Entre estas dos posiciones se encuentra *Maihofer*, Rittler-Festschrift, págs. 156 y ss., que, pese a admitir la cara personal del injusto, la limita al sentido objetivo del hecho. Entretanto, *Nowakowski*, JBl 1972, 22 y ss. ha completado el tránsito al cambio de ubicación del dolo. Coinciden *Platzgummer*, JBl 1971, 238; *Moos*, Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, págs. 28 y ss. Discrepa en este punto *Kienapfel*, JZ 1972, 575 y ss.

se hallan redactados de forma que cualquiera puede realizarlos. Pero existen preceptos penales en los que la autoría se halla restringida a un círculo de personas más reducido, mediante elementos subjetivos que caracterizan una determinada posición de deber (por ej., la prevaricación del § 336), o en que determinadas personas tienen señaladas penas más graves que otras por razón de la lesión del deber que el hecho implica (por ej., el abuso de confianza del § 246, segunda parte) (cfr. sobre esto, con mayor detalle, *infra*, § 26 II 6).

b) Como integrantes de lo injusto personal de la acción se admiten, también, los **elementos subjetivos del injusto.** Su tarea es caracterizar de forma más precisa la voluntad de la acción que el autor dirige a la lesión del bien jurídico y, así, prestar el acento de desvalor interno a la descripción externa del injusto contenida en el tipo de delito (cfr. *supra*, § 22 III 2b, e *infra*, § 30).[30]

c) La cuestión que divide a los autores es la de **si el dolo forma parte de lo injusto de la acción** o si ha de contemplarse sólo como elemento de la culpabilidad.[31] Para la teoría final de la acción la inclusión del dolo en lo injusto de la acción del tipo resulta evidente, pues si la acción debe entenderse por naturaleza como unidad final de sentido, el tipo, puesto que describe acciones prohibidas, debe abarcar todos los momentos finales y, por tanto, también el dolo (cfr. *supra*, § 22 IV 3). También la teoría social de la acción debe reconocer este argumento ontológico, pues por lo que respecta al hacer positivo, aquélla parte también de la finalidad como categoría fundamental. Pero el desenvolvimiento de los elementos del injusto debe efectuarse asimismo *a partir de la esencia de la antijuricidad.* El punto de arranque ha de ser que la voluntad de la comunidad que expresa la norma jurídica se dirige a un determinado comportamiento de su destinatario: misión del Derecho Penal es guiar al hombre a un querer materialmente correcto, con vistas a la protección de los valores imprescindibles de la colectividad (cfr. *supra*, § 24 II 2). Querer incorrecto es, según esto, toda actuación de la voluntad que pone conscientemente en peligro los valores colectivos protegidos por el Derecho Penal. De ahí se deduce lo siguiente: *se prohíbe aquella actuación de la voluntad que persigue la producción del resultado del delito, pero también la manifestación de voluntad que tiene lugar a conciencia de que el resultado del delito se halla unido a ella de forma necesaria o posible.*[32] Del contenido de la norma se deriva, pues, que, además

30 Contra la crítica de *Rittler*, t. I, págs. 121 y ss., a los elementos subjetivos del injusto, cfr. *Engisch*, Rittler-Festschrift, págs. 170 y ss. En la doctrina alemana rechaza sobre todo los elementos subjetivos del injusto *Oehler*, Das objektive Zweckmoment, págs. 131 y ss. Sobre la fundamentación de la doctrina dominante, ampliamente *Baumann*, Allg. Teil, págs. 293 y ss.

31 Sobre esto cfr. con más detalle *Jescheck*, E. Wolf-Festschrift, págs. 475 y ss.; *Fukuda*, ZStW 71 (1959), págs. 42 y ss.; *Rudolphi*, Maurach-Festschrift, página 65.

32 Sobre esto, cfr. fundamentalmente *Gallas*, Beiträge, pág. 54, también

de los elementos subjetivos del injusto en sentido estricto, pertenece también al injusto de la acción la propia voluntad típica de la acción. Por consiguiente, son objeto de la valoración del juicio de antijuricidad tanto momentos externos como internos del hecho. Sin embargo, el injusto no pierde su carácter objetivo por el hecho de que incluya también los elementos subjetivos de la acción típica, ya que la voluntad de la acción se valora siempre como lesión de las exigencias *generales* que la norma jurídica impone *frente a cualquiera.* El injusto personal es, de esta forma, "injusto objetivo de un sujeto".[33] El dolo, como voluntad de la acción inmediatamente dirigida contra el mandato de la norma, constituye el **elemento central de lo injusto personal de la acción.**[34]

Aparte de la puesta en peligro *consciente* de bienes jurídicos, la norma jurídica prohíbe también, como luego habrá de verse, aquel comportamiento que lesione *de forma inconsciente el cuidado exigible en el tráfico para la evitación del resultado del delito.*[35] Se trata, entonces, de lo injusto personal de la acción propia de los delitos *imprudentes* (cfr. *infra*, § 55 I 1).

d) El **Derecho positivo** confirma la validez de las conclusiones obtenidas: así, la descripción de la acción de muchos tipos dolosos (por ejemplo, "engañar" en el § 263, "ayudar a vender" en el § 259, "perseguir a la pieza" en el § 292, "sustraer" en el § 242, "apropiarse" en el § 246) muestra que no cabe prescindir de la cara interna de la acción típica sin que el hecho pierda su verdadero sentido de injusto merecedor de pena **(utilización de términos de actividad finales).**[36]

Bockelmann, Allg. Teil, págs. 53 y ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 294; *Welzel*, Lehrbuch, págs. 64 y ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núms. 236 y ss.; *Wessels*, Allg. Teil, págs. 30 y ss. En cambio, *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 201 considera como injusto sólo el "comportamiento voluntario", mientras que separa del mismo como puro elemento de culpabilidad la "dolosidad" *(Vorsätzlichkeit)*, (página 203).

33 Así *E. J. Lampe*, Das personale Unrecht, pág. 208.

34 Así, hoy, la doctrina dominante en Alemania; cfr. además de los autores mencionados en la nota 32, *Blei*, Allg. Teil, pág. 89; *Dreher*, § 1 Vorbem. 9, 26; *Eser*, Strafrecht I, núm. 3 A 27a; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 8, 160; *Armin Kaufmann*, Welzel-Festschrift, pág. 391; *Krauß*, ZStW 76 (1964), pág. 56; *Krümpelmann*, ZStW 87 (1975), pág. 890; *Lackner*, § 15 Anm. II 5c; *Otto*, Grundkurs, pág. 102; *Preisendanz*, Vorbem. V 3; *Roxin*, Radbruch-Gedächtnisschrift, pág. 266; *Rudolphi*, Maurach-Festschrift, págs. 51 y ss.; *Schaffstein*, MDR 1951, 196; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 54; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert, págs. 79 y ss. La posición contraria, todavía plenamente dominante en otros países, se mantiene en Alemania por *Baumann*, Allg. Teil, pág. 173; *Engisch*, DJT-Festschrift, págs. 426 y ss.; *Kohlrausch/Lange*, § 59 Anm. II 1; *Naucke*, Einführung, págs. 252 y ss.

35 Para *Engisch*, DJT-Festschrift, pág. 416 la norma *sólo* requiere la observancia de este cuidado, pero esta apreciación es demasiado estrecha, ya que el hombre puede, mediante su voluntad, conducir el proceso causal al resultado delictivo y a ello precisamente se dirige el mandato de la norma en los delitos dolosos.

36 Cfr. *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 56, con referencias.

Ejemplo: El funcionario que, pese a ingresar en la caja el dinero recibido, retiene los recibos, se apropia de los fondos si se contemplan "las circunstancias internas del desarrollo del hecho" (BGH 24, 115 [120]). En la sustracción de vehículos de motor la distinción de los §§ 242 y 248b se determina por la concurrencia de ánimo de apropiación o de uso.

La posición del dolo en lo injusto de la acción se deduce, también, de la **antijuricidad de la tentativa**, pues ésta sigue constituyendo un injusto aunque el autor dé comienzo a la ejecución con una acción que exteriormente parezca del todo inocua y, a la vista de las circunstancias, el resultado del delito no pueda llegar a producirse (tentativa absolutamente inidónea).

Ejemplo: La aplicación de medios inidóneos encaminados a interrumpir el embarazo es antijurídica por la voluntad del autor dirigida a infringir la prohibición del aborto y, por ello, punible como tentativa con arreglo a los §§ 218 IV, 1, 22, 23, pese a que el resultado no podía producirse.

Por último, los casos en que el legislador asigna *sanciones penales a la comisión dolosa pero inculpable del hecho* (§§ 63, 64, 69, 330a), muestran que, pese a la ausencia de culpabilidad, no cabe prescindir del dolo como factor de conducción del hecho, pues es preciso para constatar la tipicidad de la acción a que se refiere la consecuencia jurídica.[37]

Ejemplo: En el caso de que un ebrio abra por error la puerta de una vivienda ajena, dependerá del dolo si concurre tentativa de allanamiento de morada, hurto o violación, o si, simplemente, ha entrado en el piso por equivocación.

5. El dolo no debe, sin embargo, incluirse sólo en el tipo de injusto, sino que ostenta una **doble posición.**[38] En cuanto determinante de la dirección del comportamiento constituye el elemento central de lo injusto típico de la acción, en cuanto resultado del proceso de motivación del autor pertenece a la culpabilidad (cfr. *infra*, § 39 IV 3). En el injusto el dolo es portador del sentido de contraposición de la acción respecto de la norma jurídica, en la culpabilidad, portador del desvalor de la actitud interna que el hecho expresa. Esta doble posición del dolo se corresponde con la doble situación, en la esfera de la antijuricidad y de la culpabilidad, que caracteriza a la imprudencia (cfr. *infra*, § 54 I 3).

6. La **oposición** a la extensión de lo injusto personal de la acción

37 Cfr. *Schüler-Springorum*, MSchrKrim 1973, 365.

38 Esta concepción va ganando terreno; cfr. *Gallas*, Beiträge, pág. 56; *Cramer*, Grundbegriffe, págs. 51 y ss.; *Eser*, Strafrecht I, núm. 3 A 28; *Lackner*, § 15 Anm. II 5c; *E. J. Lampe*, Das personale Unrecht, pág. 234; *Roxin*, Radbruch-Gedächtnisschrift, pág. 266; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 120; *SK (Rudolphi)*, § 16 Anm. 3; *Wessels*, Allg. Teil, págs. 31 y ss. En contra, *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 160.

al dolo se basa en el doble temor de que se confundan, por una parte, antijuricidad y culpabilidad y, por otra, mandato jurídico e imperativo moral.[39] Ambas **reservas** resultan **infundadas.**

a) Ciertamente, se hace precisa una nueva diferenciación de antijuricidad y culpabilidad en el momento en que el dolo, elemento central del concepto de culpabilidad en la teoría del delito tradicional, pasa a la antijuricidad y adquiere, con ello, una doble función. La separación de antijuricidad y culpabilidad, que constituye principio fundamental de la nueva teoría del delito (cfr. *supra*, § 22 I), no puede ser suprimida ni oscurecida por el concepto personal de injusto. La antijuricidad sigue siendo en la concepción personal del injusto una **medida objetiva**, pues a todos impone el Derecho las mismas exigencias y para todos posee su vulneración idénticas consecuencias. Hasta que tiene lugar el juicio de culpabilidad no se mide el poder personal del autor en relación al mandato de la norma. El carácter objetivo de la antijuricidad no implica, sin embargo, que el injusto abarque sólo a elementos del mundo exterior. Por el contrario, el concepto de "objetivo" debe entenderse en el sentido de **"válido en general"**: la antijuricidad es una medida objetiva porque el mandato de la norma rige sin atención a la persona y, por tanto, porque la lesión del Derecho se constata según un baremo general, sin tener en cuenta el valor o desvalor de la estructura de la motivación del autor. La intervención de la voluntad de la acción no determina la pérdida del carácter objetivo del juicio de antijuricidad. Son objeto del juicio de antijuricidad el desvalor de la acción y el desvalor del resultado del hecho. El desvalor personal de la acción abarca todos aquellos factores que afectan a la *dirección* de la voluntad de lesión del bien jurídico correspondiente a la acción típica. En cambio, es objeto del juicio de culpabilidad el modo de *formación* de la voluntad que conduce al hecho, la cual se halla también determinada por su resultado en forma de dolo o imprudencia, como formas de la culpabilidad.[40] Al comprobar si concurre antijuricidad en el hecho se pregunta: ¿qué ha querido el autor y qué ha realizado? Al someter a prueba la culpabilidad se pregunta: ¿de qué forma se ha producido la voluntad de la acción?, ¿cómo se halla constituida? y ¿puede fundarse en ella un reproche? (Cfr. *infra*, § 39 I 1).

b) Tampoco se produce una confusión de las baremos de *Derecho* y *ética individual.* Aun cuando se conciba la voluntad de la acción como integrante del injusto, el mandato de la norma seguirá siendo un mandato jurídico y su contravención, por tanto, un *injusto*, ni agravado ni atenuado por criterios ético-individuales. Como baremo para la valoración de la formación de la voluntad, la ética se limita

39 Cfr. sobre todo, *Würtenberger*, Situation, págs. 55 y ss., pero también *Schultz*, SchwZStr 87 (1971), pág. 82. Cfr. también *Schultz*, Einführung, I, páginas 215 y ss.

40 Cfr. *Krümpelmann*, ZStW 87 (1975), pág. 897.

al ámbito de la culpabilidad, y aun ahí interviene sólo en forma de Ética social, nunca como Moral individual, porque el Derecho solamente impone exigencias a los hombres con miras al bien común, de modo que exige sólo, pero a la vez siempre, lo que ha de esperarse del ciudadano según la posición que ocupa en la comunidad. La Ética individual resulta tan irrelevante en la teoría del injusto tradicional como en la más reciente.

* * *

I. *Antijuricidad formal y material*

1. El término alemán "Unrecht" se traduce en castellano tanto por "el *injusto" como por* "lo *injusto", aunque acaso se extienda últimamente en mayor medida la primera expresión. En el texto opto por distinguir los casos en que la expresión hace referencia al* hecho *antijurídico, en que reputo preferible hablar de "el injusto", como giro abreviado que sobreentiende el término "hecho", y aquellos otros en que se alude al carácter o contenido antijurídico del hecho, que tráduzco por "lo injusto" del hecho.*

2. La distinción de antijuricidad formal y material se efectúa en España por un sector dominante,[1] *aunque se rechaza por algún autor.*[2] *Existe amplio acuerdo en ver la esencia material de la antijuricidad en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.*[3] *Un sector entiende dicho ataque a bienes jurídicos como comportamiento* socialmente dañoso,[4] *mientras que otros autores destacan el carácter de* valor ideal *o* ético-social *del bien jurídico,*[5] *subrayándose en este sentido la importancia de las "concepciones ético-sociales, jurídicas y políticas" y el intento del Derecho penal de "obligar en conciencia".*[6]

3. La doctrina española se halla dividida en torno a la importante consecuencia que en Alemania suele derivarse de la idea de antijuricidad material consistente en la posibilidad de apreciar **causas de justificación supralegales.** *Es acaso dominante la opinión, que sirve de base a la jurisprudencia,*[7] *según la cual solamente las causas de justificación expresamente previstas por la ley pueden determinar la exclusión de la antijuricidad del hecho, aun cuando deje de concurrir en el mismo el contenido material de injusto: ante un eventual conflicto de antijuricidad formal y material se da siempre preferencia a la primera. Ello se argumenta, sobre todo, como exigencia del art. 2*

1 Así *Cuello Calón,* PG p. 353; *Antón Oneca,* PG pp. 180 ss.; *Rodríguez Mourullo,* Derecho Penal, Parte General, I, Madrid, 1977, p. 321.

2 *L. Jiménez de Asúa,* Tratado de Derecho Penal, III, 3.ª ed., Buenos Aires, 1965, p. 1.013.

3 Pero vid. la salvedad de *Rodríguez Devesa,* PG p. 407.

4 Así *Cuello Calón,* loc. cit.; *Antón Oneca,* PG p. 180; y especialmente *Mir Puig,* Introducción pp. 135 ss., acogiendo el planteamiento sociológico propiciado por Amelung y Calliess.

5 Así *Cerezo Mir,* Curso de Derecho Penal, I, Madrid, 1976, p. 12; *Rodríguez Mourullo,* PG p. 19 y 276 s.

6 Cfr. *Cerezo Mir,* PG p. 12 nota 6 y 13 ss.

7 Vid. *Cerezo Mir,* PG p. 169 nota 98.

CP.[8] *Ciertamente, en nuestro Derecho no es preciso acudir a la creación doctrinal del estado de necesidad justificante que fue necesaria en Alemania hasta la entrada en vigor del actual § 34, y por otra parte en el CP se contiene ya una expresa referencia al resto del ordenamiento jurídico (art. 8, 11.°) que permite expresamente la justificación en base a consideraciones derivadas de otra rama del Derecho.*[9] *Mas no por ello puede negarse que pueda resultar muy conveniente acudir a la analogía para crear causas de exclusión de lo injusto: piénsese, p. ej., en el consentimiento de la víctima, en la adecuación social, especialmente en el supuesto del riesgo permitido, etcétera. Se comprende, pues, que otra importante dirección de la doctrina española abogue en favor de la posibilidad de aplicación de eximentes supralegales, en base a la consideración de que nuestro Derecho no excluye la analogía* in bonam partem.[10] *Personalmente, me he adherido a esta opinión por considerar: 1.°) que el sentido político-criminal de* garantía *propio del principio de legalidad aconseja limitar la prohibición de analogía a los casos en que perjudique al reo, pues la exclusión de la* in bonam partem *carece de fundamento político-criminal; 2.°) que ningún precepto prohíbe en el CP la analogía favorable al reo, ya que el art. 1, I CP sólo impide reputar delictivos hechos no penados por la ley y el art. 2, II, no impone la "interpretación", sino sólo la "*aplicación *rigurosa", concepto más amplio que según la actual Hermenéutica abarca la analogía; 3.°) aunque el nuevo art. 4, II, Código civil declara que las "leyes penales" "no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas", no se opone a la admisión de eximentes por analogía si se entiende la expresión "leyes* penales" *en sentido estricto, es decir, contraída sólo a las leyes que* imponen penas o las agravan.[11] *Esta interpretación resulta abonada por el Proyecto 1980, que pese a mantener la necesidad de la "rigurosa aplicación de la ley" en su art. 1 III (correlato del actual art. 2 CP), admite expresamente la analogía en cuanto favorezca al reo (art. 4).*

II. *Norma de valoración y de determinación*

1. La alternativa contemplada en el texto entre la concepción valorativa o imperativa de la norma cuya infracción da lugar a la antijuricidad penal, se ha resuelto en España en favor de la segunda opción por una corriente iniciada por Gimbernat *"que últimamente gana adeptos entre los penalistas españoles" y ha recibido el nombre de "teoría de la motivación".*[12] *La misma*

8 Cfr. *Córdoba Roda,* Comentarios I p. 58 ss. y Notas I p. 365; *Cuello Calón,* PG pp. 220 y s. y 354; *Quintano Ripollés,* Curso, p. 198 y s.; *Jiménez de Asúa,* Tratado II 3.ª ed., p. 524; *Muñoz Conde,* Introducción al Derecho Penal, Barcelona, 1975, pp. 89, 92 y 152.

9 Así *Córdoba Roda,* Notas loc. cit.; *Antón Oneca,* PG pp. 177 y 182.

10 Así *Rodríguez Muñoz,* Notas I (1955) p. 145 ss. y II (1949) p. 204 s.; *Antón Oneca,* PG p. 168; *Cerezo Mir,* Curso p. 168.

11 Cfr. *Mir Puig,* Introducción p. 316 ss.

12 Cfr. *Gimbernat Ordeig,* Estudios de Derecho Penal, Madrid, 1976, p. 94; *Muñoz Conde,* Introducción p. 50 ss.; *Mir Puig,* Introducción p. 105 ss. En contra *Rodríguez Mourullo,* PG I p. 80 (de quien son las palabras entrecomilladas); *Bajo Fernández,* Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma, en Temas Penales, Santiago de Compostela, 1977, pp. 11 ss. No obstante, ambos

ha analizado el modo de actuación propio de las normas penales, que ha visto como introducción de motivos sensibles en el proceso de decisión del destinatario tendentes a conseguir evitar en él la elección del delito. La teoría advierte que la incidencia de tales motivos no tiene lugar normalmente de forma directa sobre la consciencia del sujeto en el momento de su decisión, sino a través de un largo proceso, mucho más complejo, de introyección *en la psique del individuo que suele iniciarse en la infancia, mediante los mandatos y prohibiciones de los padres, integrando la constitución del "super-yo".*[13] *Las consecuencias que implica la teoría de la motivación son capitales: en cuanto a la concepción de la pena, pone de manifiesto que ésta cumple la* función de prevención; *con relación a la teoría del delito, como pone de manifiesto el texto, conduce a la* inclusión del dolo en el tipo de injusto.[14]

III. Desvalor de la acción y del resultado

1. En la doctrina española se discute también la posibilidad de relegar el resultado al papel de condición objetiva de punibilidad, *ajena a lo injusto de la acción, como defiende un sector del finalismo en Alemania. Curiosamente mientras que desde el prisma finalista se rechaza tal opción,*[15] *un causalista se aproxima a la misma, siquiera sea sólo de* lege ferenda.[16] *Personalmente considero capital el principio según el cual el Derecho no puede prohibir resultados, sino sólo conductas, en la medida de la peligrosidad que en el momento de su realización* (ex ante) *encierren para el hombre medio colocado en la posición del autor. Si la antijuricidad se entiende como antinormatividad, esto es, como infracción de la prohibición, el resultado no puede, pues, integrar el contenido de lo injusto. Ello no obsta, sin embargo, a que el resultado pueda exigirse como indicio de la peligrosidad* ex ante *de la conducta y, por tanto, de la necesidad de prohibición de ésta.*[17]

2. La admisión de ***elementos subjetivos en el tipo de injusto*** *es unánime en nuestro país, por lo menos como consecuencia de la adopción del esquema neoclásicos.*[18] *La inclusión del* ***dolo en el tipo,*** *como característica general de los delitos dolosos, se defiende por finalistas y desde la teoría del injusto en los términos expuestos* supra *en las notas de Derecho español al* § 22.

autores coinciden en admitir que la norma es un imperativo ("ante todo": *Rodríguez Mourullo*, PG I p. 324).

13 Cfr. *Gimbernat Ordeig*, Estudios p. 64 ss.; *Muñoz Conde*, Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform, en Strafrecht und Strafrechtsreform, Köln 1974, p. 313; *Mir Puig*, Introducción p. 107.

14 Cfr. por todos *Mir Puig*, Introducción p. 58 s. Una fundamentación constitucional y un desarrollo de las consecuencias de la teoría de la motivación intento en *Mir Puig*, Función de la Pena y teoría del delito pp. 28 ss.

15 Cfr. *Cerezo Mir*, Notas a *Welzel*, El nuevo sistema del Derecho penal, Barcelona, 196 pp. 44 s.

16 Cfr. *Rodríguez Ramos*, El "resultado" en la teoría jurídica del delito, CPC 1977 n.° 1 p. 61 s.

17 Cfr. *Mir Puig*, Función de la pena y teoría del delito, pp. 48 s.; Cfr. también *Gimbernat Ordeig*, Estudios p. 97 nota 40; *Luzón Peña*, Legítima defensa, página 253.

18 Por todos vid. *Polaino Navarrete*, Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español, Sevilla, 1972.

3. Los argumentos legales que Jescheck *cita en referencia al Derecho alemán pueden esgrimirse también con relación al Derecho español.*

a) *También nuestro CP emplea con frecuencia para describir la acción típica* verbos que implican la necesidad de finalidad *en el autor. Así, como en el StGB, el CP requiere el "engaño" en los arts. 529 y 533, utiliza el verbo "sustrajere" en los arts. 364 y 532 (el art. 484 habla de "sustracción"), la expresión "se apoderan" en el art. 500 (en el art. 497: "se apoderaren"), la de "se apropiaren" en el art. 535 y la de "se aprovechare" en los arts. 546 bis a) y c). Otros ejemplos: "imputare" (art. 325), "imputación" (arts. 453 y 458, I), "suposición", "sustitución", "ocultare o expusiere" (art. 468), "usurpare" (arts. 470 y 517), "encerrare", "detuviere" (art. 480), "amenazare" (art. 493), etc. Además, no es rara la exigencia expresa de "intención", "propósito" o "conocimiento" (o "a sabiendas") en los tipos legales (así, artículos 338, 351, 418, 419, 421, 534, 562, etc.). Pero sobre todo.* vid. infra *d) el uso de la palabra "malicia", como elemento general de los tipos dolosos.*

b) *Aparte de que según el art. 3 CP son punibles — y por tanto antijurídicas — la tentativa y la frustración, en el art. 52, II, CP se castiga también la* tentativa *inidónea. En estos casos la sola realización de actos externos carecería de relevancia y no podría sustentar la antijuricidad penal si no se hallasen* dirigidos finalmente *a la consumación del delito. El argumento de* Welzel, *según el cual si entonces la voluntad criminal pertenece al injusto de la tentativa sería absurdo que "pasase" a la culpabilidad con la consumación, ha podido mantenerse también para nuestro Derecho.*[19] *No obstante,* Rodríguez Mourullo *cree ver en la atenuación* obligatoria *de la pena que implican en nuestro CP la tentativa (art. 52) y la frustración (art. 51), así como en la impunidad que la doctrina mantiene para la* tentativa irreal, *argumentos decisivos en contra de que en el Derecho español pueda concederse prioridad al desvalor de la acción respecto del desvalor del resultado y en favor, por el contrario, de la preeminencia del segundo.*[20] *Mas lo único que ello prueba es que para el injusto es preciso tanto el desvalor de la acción subjetivo como el objetivo, pues no hay injusto si la finalidad de consumación falta, pero tampoco si carece de suficiente significación objetiva (a mi juicio, peligrosidad* "ex ante") *la manifestación de voluntad.*

c) *Por último, también en el Derecho español se prevén consecuencias jurídico-penales cuyo presupuesto es la comisión de un hecho* doloso pero inculpable. *Es lo que sucede respecto del internamiento del enajenado (art. 8, 1.° II), del menor de 16 años (art. 8, 2.° II) o del sordomudo (art. 8, 3.° II), cuando éstos cometen un hecho para el que la ley requiere el dolo (p. ej.: un hurto). En supuestos como éstos el Código impone la necesidad de que el hecho del inimputable constituya "delito", pese a la falta de culpabilidad, para que pueda ser objeto de las medidas previstas en aquellos preceptos. La exigencia del dolo no podrá, pues, deducirse en los casos mencionados sino de su necesidad para el "delito", el cual, sin culpabilidad, deberá entenderse como "tipo de injusto".*[21] *Los mismos argumentos ofrece el Proyecto 1980 (arts. 26 2.° y 3.°, 143).*

d) *Una especialidad de nuestro CP que puede considerarse relevante en*

19 Cfr. *Cerezo Mir*, Notas, p. 66.

20 Cfr. *Rodríguez Mourullo*, PG I p. 23 s. y 333 s.

21 Cfr. *Mir Puig*, ADPCP 1973, p. 322 y 330 ss.

orden a la posición sistemática del dolo es el uso de la palabra "malicia" por el art. 565. Al referirse este precepto al "que por imprudencia temeraria ejecutase un hecho que si mediare malicia *constituiría delito", pone de manifiesto que la "malicia" es presupuesto de la mayoría de los "delitos" previstos en los artículos precedentes del Libro II, lo que cabe interpretar como prueba de que la "malicia" es elemento del tipo legal (de injusto), ya que el término "delito" se usa en el CP, y en especial en el Libro II, como sinónimo de tipo de injusto.*[22] *Mas ello plantea la dificultad siguiente: si la "malicia" pertenece al tipo, ¿es posible mantener el concepto de "dolo natural" del finalismo o, por el contrario, debe entenderse que la palabra "malicia" implica inevitablemente la conciencia del significado de desvalor del hecho? La segunda alternativa se aviene mejor con el significado literal del vocablo "malicia"*[23] *y ofrece la ventaja de servir de única base legal suficiente a la relevancia del* error de prohibición, *ahora que el Código civil limita la operatividad de éste a los casos en que la ley se la confiera (art. 6 I). Pero, como se advierte, puede llevar a la necesidad de considerar el "dolo malo" como elemento del injusto. Es sabido que ello contradiría una de las tesis más firmes del finalismo, mas acaso respondería mejor a la unidad del sentido valorativo del hecho antijurídico un concepto de dolo no mutilado, que no se limite a aprehender fundamentalmente el aspecto naturalístico del hecho (como en parte sucede con el dolo manejado por el finalismo),*[24] *sino que abarque su* total significado.[25] *El Proyecto 1980, pese a suprimir la referencia capital a la "malicia" al derogar el sistema de incriminación abierta de la imprudencia, abona esta construcción al acoger la tesis capital de la teoría del dolo en la regulación del error de prohibición (para la pena del delito doloso no basta la* posibilidad *de conocimiento de lo injusto, sino dicho conocimiento* actual: *artículo 20 III).*

4. La **doble ubicación del dolo** *en el injusto y en la culpabilidad ha sido rechazada en España por algún autor,*[26] *pero ahora se alega, aunque desde una posición causalista, para defender la compatibilidad de la subsistencia del dolo en la culpabilidad y la evidente toma en consideración por la ley en algunos tipos legales de la voluntad de realizar la acción típica.*[27]

§ 25 *Antijuricidad y Tipo*

La *antijuricidad,* como la culpabilidad, es un elemento *general* del delito. Sin embargo, las formas de comportamiento antijurídico que merecen ser castigadas se hallan contenidas en el Derecho alemán,

22 Cfr. *Mir Puig,* ADPCP 1973, p. 328 ss.

23 Cfr. *Antón Oneca,* PG p. 206. Ello ha determinado la distinción del "dolo" y "malicia" en *Córdoba Roda,* El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito, Barcelona, 1962, p. 130 ss.; Notas I p. 308 ss. Cfr. también *Rodríguez Mourullo,* PG I p. 257.

24 Cfr. la importante crítica que en este sentido formuló al finalismo *Roxin,* ZStW 74 (1962) p. 515 ss.

25 Cfr. *Mir Puig,* Función de la pena y teoría del delito, pp. 55 ss.

26 Así, *Muñoz Conde,* en la presentación de *Roxin,* Política Criminal, p. 135; *Yáñez Román,* ADPCP 1971, p. 601 s.

27 Así *Rodríguez Mourullo,* PG.

por razones de seguridad jurídica, en especiales descripciones de delito fijadas en la ley, que reciben el nombre de *tipos* (art. 103 II GG). La antijuricidad debe, por tanto, encontrar expresión en el tipo de la correspondiente clase de delito. La cuestión de cómo ello tiene lugar, afecta a la **relación existente entre antijuricidad y tipo.**

I. El tipo como tipo de injusto (Unrechtstypus)

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,* 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; *Hassemer,* Tatbestand und Typus, 1964; *Lang-Hinrichsen,* Tatbestandslehre und Verbotsirrtum, JR 1952, 302; *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.ª ed., 1975; *Mezger,* Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, NJW 1953, 2; *Roxin,* Literaturbericht, ZStW 82 (1970), pág. 675; *Sax,* "Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung, JZ 1976, 9 und 80; *Schmidhäuser,* Der Unrechtstatbestand, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 433; *Schweikert,* Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957.

1. En la teoría del tipo que inauguró *Beling*[1] el sentido del tipo se agotaba en la descripción de la imagen externa de una acción determinada. El tipo no expresaba nada acerca de la antijuricidad, sino que no era más que el objeto de un juicio de valor jurídico, formulado mediante elementos conceptuales, que debía desprenderse en su totalidad de las normas jurídicas (cfr. *supra,* § 22 II 1). No se abandonó el punto de vista formal de *Beling* hasta la teoría teleológica del tipo *(Hegler, Sauer* y *Mezger),* que dejó de ver en las descripciones de delito la plasmación no valorativa de un hecho, para descubrir la expresión de los elementos típicos de una determinada clase de delito (§ 22 III 2b y c).[2] El tipo se convirtió, de este modo, en "materia de prohibición de las disposiciones jurídico-penales", en "descripción objetiva del comportamiento prohibido".[3] Por el contrario, la comprobación de la presencia de causas de justificación corresponde a otro apartado distinto al de la comprobación de la antijuricidad típica.[4]

2. Según el actual estado de la teoría del delito, ha de partirse de que en el tipo tienen cabida todos aquellos elementos que fundamentan el **contenido material de injusto (sentido de prohibición)**

1 Cfr. *Beling,* Verbrechenslehre, págs. 3, 23 y ss. y 110; *el mismo,* Lehre vom Tatbestand, págs. 12 y ss.

2 Cfr. sobre este tema, *Bruns,* Kritik, págs. 14 y ss.; *Schweikert,* Wandlungen der Tatbestandslehre, págs. 14 y ss. Sobre los presupuestos dogmáticos de un Derecho Penal construido a partir de tipos en la primera mitad del siglo XVIII, *Burian,* Naturrechtslehre, págs. 113 y ss.

3 *Welzel,* Lehrbuch, pág. 49.

4 Por ello, la crítica de *Claß,* Grenzen des Tatbestandes, pág. 147, según la cual el tipo ha dejado de constituir un "elemento independiente dentro del conjunto de presupuestos generales del delito", no está justificada. Para la autonomía de la fundamentación del injusto sobre todo, *Schmidhäuser,* Allg. Teil, páginas 193, 282 y ss.

de una clase de delito. El tipo está llamado a esclarecer el bien jurídico que el legislador ha contemplado como sentido de la norma penal, los objetos de la acción relevantes (sobre ambas cosas cfr. con mayor detalle § 26 I), el grado de realización del hecho injusto que debe tener lugar y las modalidades de ataque que han de comprenderse.[5] La acción que realiza el tipo de una ley penal se denomina *hecho antijurídico* (§ 11 núm. 5). La materia de prohibición se describe *exhaustivamente* por el tipo, pues el legislador ha de expresar la totalidad de los elementos que integran el contenido de injusto típico de la correspondiente clase de delito. Sin embargo, no resulta decisivo el hecho de si, y hasta qué punto, el legislador ha logrado aprehender de forma concreta y describir objetivamente los elementos de la norma prohibitiva. Incluso en el caso de que la ley llegue a describir sólo una parte de tales elementos, dejando que el resto resulte de la formulación judicial, por la vía de *complemento del tipo*, tal como sucede, en particular, en los delitos de imprudencia y de omisión impropia, los elementos que faltan pertenecerán al tipo. La cuestión de si la individualización de los elementos que fundamentan el contenido de injusto de una determinada clase de delito ha de quedar en manos del legislador o del juez, afecta, sin duda, al mandato constitucional de certeza (cfr. *supra*, § 15 III 3), pero carece de relevancia en orden a la pertenencia objetiva de estos elementos al tipo.

Ejemplos: La regulación de las coacciones (§ 240 II), que requiere la reprobabilidad de la relación de medio a fin, contiene un complemento del tipo, y no un elemento adicional de antijuricidad (de forma distinta BGH 2, 194 [196]; BayObLG NJW 1963, 824).[6] También las circunstancias que permiten juzgar si la prestación y la contraprestación se encuentran en una "desproporción evidente" (§ 302a), son elementos del tipo. Lo mismo vale, según el § 13, para la posición de garante en los delitos de omisión impropia (BGH 16, 155 [158]).

El tipo, como conjunto de los elementos de injusto característicos de una determinada clase de delito, comprende todo lo típico del sentido de prohibición de la norma, pero también *sólo* lo típico, no alcanzando a las causas de justificación en sentido negativo (cfr. *infra*, § 25 III).[7] La concepción del tipo de injusto (Unrechts*tatbestand*)

5 Así, hoy la doctr. dom.; cfr. *Gallas*, Beiträge, págs. 32 y ss.; *Baumann*, Allg. Teil, págs. 274 y ss.; *Blei*, Allg. Teil, pág. 90; *Bockelmann*, Allg. Teil, páginas 38 y ss.; *Engisch*, Mezger-Festschrift, pág. 132; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 293; *Schmidhäuser*, Engisch-Festschrift, 441; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 48; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 24; *Bettiol*, Diritto penale, páginas 202 y ss.; *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal, págs. 346 y ss.; *van Bemmelen*, Ons strafrecht, págs. 67 y ss.; *Schultz*, Einführung I, págs. 117 y ss.

6 Como el texto, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 66, § 240 Anm. 16. En contra, *Welzel*, Lehrbuch, págs. 83, 326.

7 Según *Sax*, JZ 1976, 11, el tipo tipifica la "lesión del bien jurídico que merece pena". Sobre el concepto de "typus" y su posición intermedia entre idea jurídica y hecho de la vida, *Engisch*, Konkretisierung, págs. 228, 251; *Hassemer*, Tatbestand, págs. 109 y ss.; *Larenz*, Methodenlehre, págs. 450 y ss.

como *clase* de injusto (Unrechts*typus*) puede desarrollarse también sin dificultad en aquellos delitos que requieren para la punibilidad la ausencia de autorización oficial, como sucede en los juegos ilícitos (§ 284). El permiso oficial constituye o bien un elemento del tipo configurado de forma negativa, o bien, como en el § 284, una causa de justificación (cfr. *infra*, § 33 V 2 y 3).[8]

3. Frente al tipo de injusto, como conjunto de todos los elementos que fundamentan el contenido de injusto típico de una clase de delito, se halla el *tipo de culpabilidad*. Comprende los elementos que caracterizan el contenido de culpabilidad típico de una forma de delito (cfr. *infra*, § 42 I). La unión de tipo de injusto y tipo de culpabilidad origina el *tipo de delito*. Constituye el portador del contenido de merecimiento de pena de una clase de delito, que resulta de la unión del contenido típico de injusto y culpabilidad. Desde otras perspectivas sistemáticas cabe distinguir otros conceptos de tipo.[9 y 10] *En la teoría del Derecho el tipo* designa la totalidad de las condiciones de aparición de una consecuencia jurídica. En Derecho Penal comprende la suma de presupuestos de la punibilidad, con excepción de los procesales. El *tipo total* reúne todas las circunstancias relativas a la antijuricidad, incluidas las causas de justificación (cfr. *infra*, § 25 III 1).[11] El *tipo de garantía*, finalmente, se compone de aquellos elementos que participan de la función de garantía de la ley penal (cfr. *supra*, § 15 III 2 c). Cuando en lo sucesivo hablemos de "tipo" sin ulteriores precisiones, deberá entenderse que nos referimos al tipo *de injusto*.

II. La teoría de los tipos "abiertos"

Engisch, Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 127; *Hirsch*, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962), pág. 78; *Armin Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; *Kunert*, Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, 1958; *Noll*, Strafrecht im Übergang, GA 1970, 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; *Spriestersbach*, Neue Kritik der Lehre vom Tatbestand, tesis doctoral, Bonn 1960; *Hilde Vianden-Grüter*, Der Irrtum über Voraussetzungen, die für § 240 II StGB beachtlich sind, GA 1954, 359.

1. La teoría de los tipos "abiertos" sostiene que en Derecho Penal existen tipos de los que no cabe deducir de forma completa, sino sólo parcial, los elementos de injusto de la correspondiente clase de delito. El resto debería completarse mediante elementos positivos de

8 Así *Welzel*, Lehrbuch, pág. 390; De opinión distinta, *Dreher*, § 284 Anm. 12, § 284a Anm. 3.

9 Sobre las diferentes posibilidades, *Engisch*, Mezger-Festschrift, págs. 129 y ss.; *Schönke/Schröder/Leckner*, § 13 Vorbem. 47.

10 Sobre esto cfr. *Mezger*, NJW 1953, 2.

11 Cfr. *Lang-Hinrichsen*, JR 1952, 303.

antijuricidad situados fuera del tipo.[12] Reciben el nombre de tipos abiertos aquellos preceptos penales "en los que falta una guía objetiva para completar el tipo", de modo que en la práctica resultaría imposible la diferenciación del comportamiento prohibido y del permitido con la sola ayuda del texto legal (cfr. por ej., §§ 240 II, 253 II, 132a). La **teoría de los tipos abiertos debe,** sin embargo, **rechazarse,**[13] pues si el tipo se entiende como *clase* de injusto (*Unrechtstypus*), puede sólo imaginarse como "cerrado", ya que de lo contrario le faltaría, precisamente, el carácter típico. Esto significa que el tipo ha de contener *todos,* sin excepción, los elementos que contribuyen a determinar el contenido de injusto de una clase de delito, y que la *pregunta por la antijuricidad* puede sólo plantearse de forma *negativa,* es decir, en el sentido de si se halla excluida por la presencia de causas de justificación. Evidentemente, el grado de formalización de la materia de prohibición es distinta en los diferentes preceptos penales. Los complementos que el juez ha de obtener de juicios de valor generales o de la puesta en relación con otros elementos, dan lugar, sin embargo, a nuevos elementos del tipo, para los cuales — aparte del método de su obtención — no rige particularidad alguna (cfr. *supra,* § 25 I 2).

Ejemplos: La cuestión, a juzgar según el Derecho público, de la falta de autorización para vestir determinados uniformes, afecta a un elemento del tipo del § 132 a I núm. 4. El autor no puede, pues, pertenecer al círculo de personas que cuentan con dicha autorización, lo que debe conocer para actuar dolosamente. Pero el juicio sobre la antijuricidad del hecho no puede con ello formularse todavía, pues el uso indebido de uniforme puede hallarse justificado en casos excepcionales. Así, el uso del uniforme enemigo en tiempo de guerra durante la aproximación a un comando especial se reputa ardid bélico permitido. En el § 240, la regulación contenida en el párrafo 2 pertenece, asimismo, al tipo y no constituye elemento especial de antijuricidad alguno que deba constatarse de forma positiva (cfr. *supra,* § 25 I 2). Ello encierra significación, sobre todo, para la solución de las cuestiones de error. En el supuesto de que el ladrón sea amenazado por el robado con ser denunciado si no efectúa un donativo a la Cruz Roja, la amenaza no es típica en el sentido del § 240, 2 (BayObLG MDR 1957, 309). El error sobre la culpabilidad del amenazado con la denuncia sería error de tipo (BGH LM, § 240 núm. 3).[14]

12 Así espec., *Welzel,* Lehrbuch, págs. 82 y ss.; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, página 355; *Armin Kaufmann,* Normentheorie, págs. 101, 257 y ss.; *Kunert,* Die normativen Tatbestandsmerkmale, pág 93, nota 1; *Spriestersbach,* Neue Kritik, págs. 117 y ss.

13 De acuerdo *Roxin,* Offene Tatbestände, págs. 53 y ss. y la doc. dom.; cfr. referencias en *Roxin,* Offene Tatbestände, págs. 15 y ss. Además, cfr. *Gallas,* Niederschriften, t. V, pág. 110; *Bockelmann, ibídem,* págs. 86, 238 y ss.; *LK (Hirsch),* § 51 Vorbem. 16-18; *Noll,* GA 1970, 180; *Schmidhäuser,* Allg. Teil, páginas 286 y ss.; *Stratenwerth,* Allg. Teil I, núms. 350 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 13 Vorbem. 66, 67; *SK (Samson),* § 32 Vorbem. 17.

14 Así *LK (Hirsch),* § 51 Vorbem. 15; *Schönke/Schröder/Eser,* § 240 Anm. 28; cfr. con más detalle *Hilde Vianden-Grüter,* GA 1954, 359.

2. La investigación de la teoría de los tipos abiertos ha conducido, con todo, a un descubrimiento de importancia. Hay elementos del tipo que presuponen un supuesto de hecho individualizable, pero que al mismo tiempo se hallan configurados como juicios de valor generales y han recibido en tal condición tanto contenido normativo que prácticamente el tipo absorbería la antijuricidad si el juicio de valor en sí mismo no se mantuviese separado de aquél y concebido como elemento positivo de antijuricidad **(elementos de valoración global del hecho).**[15] El juicio de valor sustituye, en cierto modo, la descripción objetiva del supuesto de hecho del injusto. Sobre el fenómeno paralelo en las causas de justificación, cfr. *infra,* § 41 III 2d i. f.

Ejemplos: La relación de medio a fin pertenece en el § 240 II al tipo, su valoración como "reprobable", en cambio, a la antijuricidad. El error sobre el carácter reprobable del medio coactivo constituye, pues, error de prohibición. El acreedor que considera correcto conminar al pago a su deudor amenazando con denunciarlo por una acción punible cometida por éste que nada tiene que ver con la deuda, actúa reprobablemente en el sentido del § 240 II, y su equivocada concepción jurídica queda sometida a las reglas sobre el error de prohibición. Independiente de ello es la cuestión de si concurre una causa de justificación, por ejemplo, la realización del propio derecho.[16]

Los elementos de valoración global del hecho deben, pues, *descomponerse* en, por una parte, aquellas partes integrantes de los mismos (descriptivos y normativos) que afectan a las bases del juicio de valor, y por otra parte, este juicio de valor en sí mismo. Las primeras pertenecen al tipo, el último a la antijuricidad. No se desdibuja, así, la línea divisoria respecto de las causas de justificación. El juicio de valor debe buscarse primero prescindiendo de posibles preceptos permisivos, y sólo entonces ha de pasarse a juzgar el hecho bajo el punto de vista de las causas de justificación.[17] Se hace posible, por esta vía, incluir los elementos de valoración global del hecho en el sistema del Derecho Penal sin violentar la problemática del error de prohibición ni la relación con las causas de justificación.

15 Cfr. *Roxin,* Offene Tatbestände, págs. 132 y ss.; *el mismo,* ZStW 82 (1970), págs. 682 y ss.; *Engisch,* Mezger-Festschrift, págs. 157 y ss.; *SK (Samson),* § 32 Vorbem. 18; BGH 3, 400 (402). En contra de este concepto, *Schmidhäuser,* Allg. Teil, pág. 288; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 13 Vorbem. 66.

16 Así *LK (Hirsch),* § 51 Vorbem. 15; en contra, *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 13 Vorbem. 66 (como el texto, en cambio, *Schönke/Schröder/Eser,* § 240 Anm. 25).

17 Cfr. *Hirsch,* ZStW 74 (1962), págs. 119 y ss.; BGH 5, 245 (246 y ss.). En contra, *Roxin,* ZStW 82 (1970), pág. 683, cuya crítica, no obstante, sólo muestra que el legislador debería evitar tales soluciones de compromiso. Cfr. también sobre esto, *Roxin,* Kriminalpolitik, págs. 25, nota 56.

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, t. I, pág. 401; *Hirsch*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; *Armin Kaufmann*, Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung, JZ 1955, 37; *el mismo*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; *Arthur Kaufmann*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, JZ 1954, 653; *el mismo*, Tatbestand, Rechtfertigungsgrund und Irrtum, JZ 1956, 353, 393; *Kraushaar*, Die Rechtswidrigkeit in teleologischer Sicht, GA 1965, 1; *Lang-Hinrichsen*, Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des BGH, JZ 1953, 362; *Jutta Minas-v. Savigny*, Negative Tatbestandsmerkmale, 1972; *Naka*, Die Apellfunktion des Tatbestandsvorsatzes, JZ 1961, 210; *Nowakowski*, Rechtsfeindlichkeit, Schuld und Vorsatz, ZStW 65 (1953), pág. 379; *Plate*, Beling als Strafrechtsdogmatiker, 1966; *Roxin*, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2.ª ed., 1970; *el mismo*, Die Irrtumsregelung des E 1960 etc., MSchrKrim 1961, 211; *el mismo*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik, 2.ª ed., 1973; *Schaffstein*, Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre, MDR 1951, 196; *v. Weber*, Negative Tatbestandsmerkmale, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 183.

1. La teoría de los tipos abiertos otorga al tipo — si éste se entiende como portador del contenido de injusto típico de la correspondiente clase de delito — demasiado poco, la **teoría de los elementos negativos del tipo**, por el contrario, le concede demasiado. Para esta extendida teoría, el tipo ha de abarcar no sólo las circunstancias típicas del delito, sino *todas* aquellas que afecten a la antijuricidad.[18] Los presupuestos de las causas de justificación se entienden, así, como elementos negativos del tipo. Se incluyen, por tanto, en el tipo porque sólo cuando faltan es posible un juicio definitivo sobre la antijuricidad del hecho. Elementos del tipo y presupuestos de las causas de justificación se reúnen, por esta vía, en un tipo total y se sitúan sistemáticamente en un mismo nivel (cfr. *supra*, § 25 I 3).

Ejemplo: Según esto, la norma del § 212 (incluyendo la legítima defensa) tendría que decir: se castiga con pena el homicidio doloso salvo el supuesto de defensa necesaria contra un ataque antijurídico actual.

La teoría de los elementos negativos del tipo se basa en el supuesto de que éste no sólo contiene la valoración abstracta de una

18 Así *Merkel*, Lehrbuch, pág. 82; *Frank*, § 51 Vorbem. 3; *Baumann*, Allg. Teil, págs. 288 y ss.; *Blei*, Allg. Teil, pág. 118; *Engisch*, DJT-Festschrift, página 406; *Arthur Kaufmann*, JZ 1954, 653; *el mismo*, JZ 1956, 353 y 393; *Kraushaar*, GA 1965, 1; *Otto*, Grundkurs, pág. 67; *Roxin*, Offene Tatbestände, pág. 174 y ss.; *el mismo*, MSchrKrim 1961, 213 y ss.; *el mismo*, Kriminalpolitik, pág. 25, nota 56; *Schaffstein*, MDR 1951, 199; *SK (Samson)*, § 32 Vorbem. 9; *v. Weber*, Mezger-Festschrift, pág. 183 y ss. Una exposición amplia de la historia dogmática en *Hirsch*, Negative Tatbestandsmerkmale, págs. 21 y ss. Si con *Jutta Minas-v. Savigny*, Negative Tatbestandsmerkmale, págs. 78 y ss. no se contemplan las causas de justificación como integrantes, sino como complementos de los tipos, la polémica se reduce al nivel terminológico. Lo único importante desde el prisma material son las consecuencias que derivan en orden al alcance del dolo.

acción que menoscaba bienes jurídicos, sino ya el *concreto juicio de desvalor* sobre el hecho. Se parte de la idea de que el legislador, al establecer el mandato de la norma, ha contemplado ya sus excepciones, de forma que la prohibición resultaría limitada de antemano por las causas de exclusión del injusto. Se supone, además, que la distinción de elementos del tipo y causas de justificación no responde a una razón material, sino a exigencias estilísticas de la redacción legal, por lo que los elementos del tipo podrían haber sido configurados siempre como causas de justificación y, viceversa, las causas de justificación como elementos del tipo. La principal consecuencia práctica de la teoría de elementos negativos del tipo afecta a la solución de los *problemas de error:*[19] si las causas de justificación se incluyen en el tipo como elementos negativos, el error sobre sus presupuestos puede tratarse, sin más, como error de tipo (cfr. *infra*, § 41 III 2a).

Ejemplo: La jurisprudencia aplicaba inmediatamente el § 59 I ant. red. (ahora § 27 I 1) a la acción de repeler una agresión imaginaria, negando así la punibilidad del hecho como lesión corporal dolosa "a causa de la falta de dolo" (RG 21, 189 [191]; 54, 196 [199]).

2. La teoría de los elementos negativos del tipo debe rechazarse.[20]

a) Existen, sin duda, normas limitadas de forma general por la decisión previa de colisiones de valores, de modo que determinados hechos caen fuera del ámbito de la norma ya en el plano del tipo. Piénsese en los preceptos de cuyo círculo de prohibición se hallan excluidos con carácter general ciertos grupos de personas o, también, acciones determinadas.[21]

Ejemplos: La mujer embarazada no puede ser castigada según el § 218 IV 2 por tentativa de aborto. La prohibición de fomentar acciones sexuales en los menores de edad concediendo o procurando ocasión para las mismas (§ 180 I 1 núm. 2), no es extensible normalmente a las personas autorizadas (§ 180 I 2). La prohibición de difusión de material propagandístico de organizaciones anticonstitucionales no rige para el caso de que tenga lugar en el marco de la información del ciudadano (§ 86 III).

La situación es distinta en las causas de justificación. No responden a excepciones generales de la norma, sino que requieren, para

19 Sobre esto cfr. especialmente *Lang-Hinrichsen*, JZ 1953, 362 y ss.; *Arthur Kaufmann*, JZ 1954, 653 y ss.; *Armin Kaufmann*, JZ 1955, 37 y ss.

20 Así también *Bockelmann*, Allg. Teil, págs. 40 y ss.; *Eser*, Strafrecht I, número 3 A 2; *Hirsch*, Negative Tatbestandsmerkmale, pág. 347; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 7; *Gallas*, Beiträge, págs. 34 y ss.; *Armin Kaufmann*, JZ 1955, 37; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 185; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 548 y ss.; *Nowakowski*, ZStW 65 (1953), pág. 392; *Dreher*, Heinitz-Festschrift, págs. 217 y ss.; *Welzel*, Lehrbuch, págs. 80 y ss.; *Noll*, GA 1970, 180; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, página 285; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 17; *Wessels*, Allg. Teil, páginas 26 y ss.; *Plate*, Beling, págs. 157 y ss.

21 Cfr. *Armin Kaufmann*, Normentheorie, págs. 250 y ss.

la solución de situaciones sociales conflictivas, la *ponderación de valores en el caso concreto,* en cuya virtud debe ceder, en determinadas condiciones, el interés en el mantenimiento indemne del bien jurídico protegido ante otro valor también reconocido por el ordenamiento jurídico. Tales valoraciones opuestas, efectivas sólo dentro de los *límites de la necesidad y de la proporcionalidad,* no contienen una limitación de la prohibición general, sino que en el caso concreto se alzan con independencia frente a la norma prohibitiva con un contenido valorativo propio. Es preciso, pues, distinguirlas con claridad de los elementos del tipo. La problemática de colisión inherente a la relación de tipo y causas de justificación no puede resolverse artificialmente por el procedimiento de dar entrada en el tipo con signo negativo a las causas de justificación.

Ejemplo: La ejecución de una pena privativa de libertad realiza el tipo de detenciones ilegales (§ 239), pero está justificada por la sentencia judicial. Ello resulta especialmente claro cuando corresponde al juez decidir, en base a consideraciones valorativas específicas, si ha de suspenderse condicionalmente la ejecución de la pena (§ 56).

b) Por ello, *tampoco* es cierto que los elementos del tipo y los elementos de las causas de justificación puedan simplemente intercambiarse invirtiendo su signo. Por el contrario, las diferencias que los separan poseen significado *material.* La acción atípica no merece ser castigada porque carece de relevancia jurídico-penal, mientras que la acción típica, pero justificada, no resulta merecedora de pena porque, pese a lesionar el bien jurídico protegido, no encierra injusto material alguno. En esta diferencia valorativa se basa la "función de llamada" del tipo, tan importante para la prevención general.[22]

Ejemplos: Quien da muerte dolosamente a su propio perro enfermo no lesiona ninguna norma prohibitiva (cfr. § 17 TierSchG). Por el contrario, el que mata dolosamente a un perro *ajeno* vulnera el mandato de la norma del § 303 y precisa una causa de justificación para permanecer impune (por ej., § 228 BGB). Quien mata a un corzo que le ataca comete una violación, permitida según el § 228 BGB, del Derecho de caza ajeno (§ 292). En cambio, el seguimiento de la pieza (persecución en coto ajeno de animales de caza previamente heridos) es lícito en base a un derecho restringido de caza y, por lo tanto, no constituye típicamente lesión alguna del derecho de caza ajeno.

3. Si bien no es posible, por lo dicho, admitir la teoría de los elementos negativos del tipo, no cabe duda de que existen verdaderos elementos del tipo que se hallan *configurados negativamente.*[23]

22 Cfr. *Naka,* JZ 1961, 210; *Welzel,* Lehrbuch, pág. 68; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 13 Vorbem. 18. Contra la opinión de *SK (Samson)* § 32 Vorbem. 11, ello es válido aunque la pura constatación del tipo carezca de consecuencias jurídicas.

23 *v. Weber,* Mezger-Festschrift, págs. 184 y ss.

Ejemplos: El que "sin motivo razonable" dé muerte a un vertebrado será castigado, según el § 17 núm. 1 de la TierSchG. El rapto de una menor requiere que el hecho tenga lugar "sin el consentimiento de sus padres" (§ 236).

En estos casos, pese a la configuración negativa de los elementos correspondientes, se trata de una descripción positiva del contenido de la norma prohibitiva. La referida acción de dar muerte gratuitamente resulta punible por la comunidad que en el actual estadio cultural es evidente entre el hombre y los animales superiores. El rapto se dirige contra la voluntad del encargado de la custodia. Ninguna relación existe entre las causas de justificación y estos elementos del tipo negativamente configurados.

IV. Tipo y adecuación social

Engisch, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-Festschrift, t. I, 1960, página 401; *Fiore,* L'azione socialmente adeguata nel diritto penale, 1966; *Gregori,* Adeguatezza sociale e teoria del reato, 1969; *Greiser,* Die soziale Adäquanz der Verwendung von NS-Kennzeichen, NJW 1969, 1.155; *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, página 249; *Krauß,* Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht, ZStW 76 (1964), pág. 19; *Peters,* Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip, Festschrift für H. Welzel, 1974, págs. 415 y ss.; *Roeder,* Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, 1969; *Schaffstein,* Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW 72 (1960), pág. 369; *Stratenwert,* Entwicklungstendenzen der neueren deutschen Strafrechtsdogmatik, Juristen-Jahrbuch 2 (1961/62), pág. 195; *Welzel,* Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), pág. 491; *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 entiende que aquellas acciones que entran por completo dentro del marco del orden colectivo que ha llegado a ser normal en un momento histórico determinado, no pueden realizar ningún tipo de delito, aunque impliquen peligro para bienes jurídicos protegidos penalmente (por ej., tener en funcionamiento un reactor atómico, practicar el fútbol, participar en el tráfico automovilístico o explotar una empresa ferroviaria, aérea o naval). Los tipos penales describen en su materia de prohibición sólo acciones "que se apartan gravemente de los órdenes históricos de la vida social".[24] Lo hacen porque el legislador no puede ni, por tanto, quiere prohibir comportamientos adecuados socialmente.[25] La frontera del comportamiento socialmente adecuado que se inserta en el orden jurídico general, coincide con los límites del deber de cuidado que corresponde a cualquiera ante el peligro general que im-

24 Así *Welzel,* Lehrbuch, pág. 55.

25 Cfr. *Schaffstein,* ZStW 72 (1960), págs. 378 y ss.

plica el trato de personas y cosas.[26] Aunque se produzca un resultado típico que suponga la lesión de un objeto de la acción protegida y el autor haya previsto dicho resultado, o en todo caso, lo haya considerado inevitable o probable, el ordenamiento jurídico sólo podrá castigar el hecho si responde a un comportamiento que constituya contravención del deber objetivo de cuidado. De ello se desprende que numerosas formas de comportamiento peligrosas que, con arreglo a la experiencia, antes o después ponen en peligro bienes jurídicos protegidos por la ley penal, no caen bajo la norma prohibitiva formulada en el tipo si tienen lugar dentro del marco del cuidado exigible en el tráfico, y ello con absoluta independencia de cuáles sean las intenciones personales, las representaciones y los móviles del autor. En consecuencia, *también en los delitos dolosos* la imputación del resultado depende de que el autor infrinja un deber de cuidado que le obliga objetivamente.

Ejemplos: El marido que abandona su familia actúa de forma socialmente adecuada aunque sepa que al hacerlo puede motivar el suicidio de su mujer (BGH 7, 268 [271]). El posadero que ha servido alcohol a un conductor sólo está obligado a impedirle que prosiga la marcha cuando la embriaguez del cliente alcance tal grado que le impida actuar responsablemente (BGH 19, 152 [155]). Según el § 86 III es lícita la difusión de propaganda anticonstitucional de un partido prohibido si persigue "fines científicos o artísticos" (BGH 23, 226 [228]). Como consecuencia de la producción de gas de alumbrado, en la construcción de grandes presas, rascacielos y túneles, en explotaciones industriales peligrosas como minas y canteras, y en el tráfico automovilístico, ferroviario y aéreo, la experiencia indica que se producen accidentes que determinan muertes y lesiones, y, sin embargo, motivan sólo la responsabilidad jurídico-penal del empresario en caso de lesión del cuidado objetivamente debido. Lo mismo vale para las lesiones que en ciertos deportes, como el boxeo, el rugby, el hockey sobre hielo y el fútbol, acostumbran a tener lugar aunque se respeten cuidadosamente las reglas del juego.[27] Idéntica problemática plantean los pequeños engaños corrientes en la vida de los negocios, como la ocultación de un interés afectivo en un objeto en venta.

Todas estas formas de comportamiento han sido excluidas tácitamente por el legislador del ámbito de eficacia del mandato normativo al establecer los tipos penales, de modo que la producción del resultado típico no puede imputarse al autor si ha observado el cuidado objetivamente debido, y ello con independencia de su actitud interna.[28 y 29]

26 Cfr. con más detalle *Engisch*, DJT-Festschrift, págs. 418 y ss.; *Krauß*, ZStW 76 (1964), págs. 47 y ss; *Stratenwerth*, Juristen-Jahrbuch 2 (1961/62), página 211.

27 Cfr. *Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme, págs. 93 y ss.

28 De ahí que la idea de la adecuación social resulte imprescindible para la limitación del tipo; cfr. *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 229 y ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núms. 334 y ss.; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 11; *Fiore*, L'azione, página 271; *Gregori*, Adeguatezza sociale, págs. 90 y ss. Consideran, sin embargo, que la adecuación social constituye una causa de justificación, *Dreher*, § 32 Vorbem. 12; *Otto*, Grundkurs, pág. 78; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 298 y ss., y una causa de exclusión de la culpabilidad, *Roeder*, Risiko, pág. 94. La doc. dom., por lo demás, creen innecesaria la categoría de la adecuación social; cfr. *Gallas*, Beiträge, pág. 37; *Baumann*, Allg. Teil, págs. 181 y ss.; *H. Mayer*, Lehrbuch, páginas 150 y ss.; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 22; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 70; *SK (Samson)*, § 32 Vorbem. 15; *Peters*, Welzel-Festschrift, página 427 critica que se fije la atención en la "normal habitualidad de la acción" prescindiendo de su cualidad ética. Un concepto fundamental del Derecho Penal socialista que desempeña una función comparable a la de la adecuación social es la impunidad que en aquél se establece para el caso de que falte la peligrosidad social del hecho (cfr. § 3 StGB DDR).

29 Mas si el legislador se ha reservado el control de una actividad peligrosa mediante la exigencia de autorización oficial, la punibilidad puede proceder de la falta de autorización (cfr. *infra*, § 33 VI 2).

30 Cfr. *Klug*, Eb. Schmidt-Festschrift, págs. 262 y ss. También *Welzel*, Lehrbuch, pág. 54 considera ahora la adecuación sólo como "principio general de interpretación", igual que *Kienapfel*, Körperliche Züchtigung, pág. 98. Los §§ 86 III y 88a III ofrecen ejemplos especiales restricciones del tipo que no pueden ampliarse en el sentido de la adecuación social; cfr. sobre esto BGH 23, 226 (228); *Greiser*, NJW 1969, 1.156.

31 Así, con razón, *Zipf*, ZStW 82 (1970), pág. 650.

2. La idea de la adecuación social resulta, sin embargo, un criterio inútil para la restricción de los tipos cuando ya las reglas usuales de interpretación conducen a su correcta delimitación.[30] La aplicación de los **criterios de interpretación** reconocidos resulta en estos casos preferible, pues se obtienen por esta vía resultados comprobables (cfr. *supra*, § 17 IV), en tanto que la adecuación social no deja de ser un principio relativamente inseguro, por lo que sólo en último término debería acudirse a él.[31]

Ejemplos: Las restricciones de la libertad que implica el tráfico moderno no realizan ya el § 239, porque no tienen lugar contra la voluntad del afectado. El regalo de navidad que suele hacerse a los carteros no constituye la aceptación de ventajas del § 331 porque no lesiona el bien jurídico protegido de la integridad de la función pública (cfr., no obstante, este caso en *Peters*, Welzel-Festschrift, pág. 426, nota 39). Las ofensas a un tercero proferidas en la intimidad familiar no suponen menoscabo del honor del afectado (§§ 185, 186). Los juegos de azar con apuestas insignificantes no entran en el § 284, porque no encierran un peligro específico para las costumbres ni para el patrimonio. El uso de uniformes en las representaciones teatrales o a guisa de disfraces de carnaval, no constituye el § 132 a I núm. 4, porque no hace pensar que el uniforme corresponda a su portador. En todos estos casos es preferible a la teoría de la adecuación social la concreta interpretación referida al propio tipo.

3. Sólo puede hablarse de exclusión de la tipicidad de una acción por razón de la adecuación social si falta el contenido *típico* de injusto. Existen otros fenómenos parecidos a la adecuación que no han de confundirse con ella. Se trata de supuestos de **colisiones de intereses** cuya solución exige que el bien jurídico protegido ceda ante

otro valor social, pues "toda la vida social se hace del uso y consumo de bienes jurídicos, como, en definitiva, toda vida es a la vez consumo de vida".[32] Procede entonces la aplicación de causas de justificación (por ej., estado de necesidad justificante, autorización oficial, consentimiento presunto, riesgo permitido), que siguen sus propias reglas jurídicas (cfr. *infra*, §§ 33 IV, 33 VI, 34 VII, 36).

* * *

I. El tipo como especie de injusto

1. Ni la concepción del tipo (Tatbestand) *como especie* (Typus) *de injusto que iniciara* Gallas, *ni la distinción de tipo de injusto y tipo de culpabilidad han encontrado acogida en la doctrina española dominante.*[1] *Sin embargo, personalmente me he manifestado en favor de lo primero, a condición de que el "tipo"* (Typus) *no se equipare al "supuesto de hecho" total de lo injusto* (Unrechtstatbestand) *sino que se distinga de éste como parte positiva del mismo.*[1 bis]

II. La teoría de los tipos "abiertos"

Esta doctrina ha sido contemplada en España por Córdoba, *quien se mostró favorable a ella interpretándola de la forma siguiente: serán tipos abiertos aquéllos en los que concurran elementos cuya apreciación "implique la* antijuricidad *de la acción típica", mientras que carecerán de aquel carácter los tipos portadores de "elementos valorativos de la figura legal cuya apreciación no implique la antijuricidad de la conducta". Como ejemplos de tipos abiertos en el CP señala los previstos en los arts. 320 ("sin título o causa legítima"), 341 ("sin hallarse autorizado"), 482 ("fuera de los casos permitidos por la ley") y 496 ("sin estar legítimamente autorizado"). Como meros elementos normativos entiende los previstos en los arts. 351, 356 y 358 ("injusta"), 378 ("legítimo"), 386 ("injusto") y 471 ("legítimamente"). De la distinción* Córdoba *extrae la consecuencia de que el* error *sobre los primeros elementos ("características especiales de la antijuricidad") constituye error* de prohibición, *mientras que el que recae sobre los segundos (elementos normativos del tipo) es un error* de tipo.[2]

Por mi parte, me parece preferible partir de la construcción suscrita por Jescheck, *según la cual los elementos de los que depende la total antijuricidad de la conducta (que llama "elementos de valoración global del hecho") no pueden imputarse globalmente ni al tipo ni a la antijuricidad, sino que debe distinguirse en ellos la base de la valoración y la valoración en sí misma (*supra *II 2). Así, en el art. 472 CP los impedimentos a que se refiere la ley*

32 Así *Welzel*, ZStW 58 (1939), pág. 515.

1 Contra la necesidad del tipo de culpabilidad en el CP *Mir Puig*, Los términos, cit. p. 333 ss. No obstante, se manifiesta favorable desde una posición causalista *Torío López*, Sobre los límites de la ejecución por imprudencia, en ADPCP 1972, p. 76 ss., 82 s.

1 bis Cfr. *Mir Puig*, Función de la pena y teoría del delito, p. 61 s.

2 Cfr. *Córdoba Roda*, Notas I p. 354 s.

son prohibiciones de contraer matrimonio de cuya concurrencia depende la total antijuricidad del matrimonio. Pues bien, en el impedimento de impotencia la base de la valoración es el hecho físico de la impotencia y la valoración en sí misma consiste en su consideración de impedimento. Aquel hecho pertenece al tipo, esta valoración a la antijuricidad. El error será de tipo o de prohibición según recaiga en uno u otro aspecto.[3] *Adviértase que según este planteamiento los elementos de valoración global del hecho no obligan a un examen* positivo *de la antijuricidad posterior a la comprobación de que concurren todos los elementos del tipo, pues como entre éstos cuenta la base de aquéllos, su concurrencia implica* ya *necesariamente la valoración jurídica correspondiente (así, la constatación del hecho de la impotencia basta para inferir la prohibición inherente al impedimento).*

El alcance del concepto de elemento de valoración global del hecho depende de si se rechaza o admite la teoría de los elementos negativos del tipo. En el primer caso (así el texto), sólo podrán considerarse como tales las características que condicionen positivamente *la antijuricidad (así, el "impedimento" del art. 372) y no obsten a la posible concurrencia de causas de justificación, mientras que quedarán por completo fuera del tipo los elementos que entrañen la ausencia de causas de justificación (p. ej.: a mi juicio el "sin estar legítimamente autorizado" del art. 496,*[4] *el "indebidamente" del artículo 367, etc.). La razón es que en estos últimos no sólo se requiere la concurrencia del tipo (positivo), sino la ausencia de los presupuestos de una causa de justificación. En cambio, si se acepta la teoría de los elementos negativos del tipo y la pertenencia al tipo (negativo) del supuesto de hecho de las causas de justificación, podrá extenderse el planteamiento efectuado en el párrafo anterior a todo elemento del que dependa la antijuricidad del hecho. Esto último tendría la ventaja de reconocer que todos los elementos mencionados implican la "valoración global del hecho", y no obligaría a* restringir *este concepto a sólo una parte de los elementos que poseen el mismo significado.*

III. La teoría de los elementos negativos del tipo

En nuestro país esta teoría cuenta con partidarios[5] *y autores que la rechazan.*[6] *Aparte de los argumentos que se esgrimen desde el prisma dogmático, personalmente creo que el uso normal del término "delito" (o "falta")*

3 Cfr. *Mir Puig*, Matrimonios ilegales en el CP, en ADPCP 1974, p. 474. En contra de los tipos abiertos también *Torío López*, La estructura típica del delito de coacciones, en ADPCP 1977, p. 38 s.

4 Cfr. *Mir Puig*, El delito de coacciones en el CP, en ADPCP 1977, p. 294 s., y RevJCat 1977, p. 802 s.

5 Así *Gimbernat*, Estudios p. 93; *Mir Puig*, Los términos p. 327 s.; Coacciones, loc. cit. y, sobre todo, Función de la pena y teoría del delito p. 59 ss.; *Rodríguez Devesa*, PG p. 400, aunque notablemente no extrae la conclusión material que la justifica en mayor medida: la consideración de que constituye error de tipo el que recae sobre los presupuestos de una causa de justificación: cfr. *ibídem* página 594 s.; *Luzón Peña*, Legítima defensa, p. 251.

6 Así *Cerezo Mir*, Notas p. 58 s.; *Muñoz Conde*, Introducción a *Roxin*, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, Bosch 1972, p. 11 s.; *Torío López*, El error iuris, perspectivas materiales y sistemáticas, en ADPCP 1975, p. 37; *Rodríguez Mourullo*, PG I p. 247 ss.

en el CP puede ofrecer una base legal sistemática en favor de la admisión en nuestro Derecho del concepto de "tipo total de injusto" defendido por la teoría de los elementos negativos del tipo. En efecto, el CP utiliza la palabra "delito" en este sentido, como hecho antijurídico, que implica la ausencia de causas de justificación, y no como conjunto de presupuestos específicos expresamente previstos en la Parte Especial. El "delito", como tipo legal que encierra la total descripción del supuesto de hecho al que se asocia la pena, equivale en el CP al "tipo total de injusto". Tal conclusión, de signo constructivo, no obliga a identificar las funciones *respectivas de los elementos que* fundamentan *y de los que* excluyen *(acaso mejor:* limitan*) lo injusto del hecho, evidentemente opuestas, ni el* significado material *que, como subraya el texto, corresponde a ambas clases de elementos:*[8] *los que fundamentan el injusto expresan definitivamente la lesión o puesta en peligro del específico bien jurídico del delito a través de una conducta evitable mediante la motivación normativa lo que implica la* relevancia *jurídico-penal de la acción, mientras que aquellos elementos que excluyen la antijuricidad introducen junto a la lesión del bien jurídico (que no hacen desaparecer) otros* intereses preponderantes. *Para distinguir ambas partes (positiva y negativa) del injusto he propuesto restringir el uso del término "tipo", en el sentido de* Typus, *a la parte positiva, contrapuesto al "supuesto de hecho" total de injusto* (Unrechtstatbestand), *que requiere la ausencia de causas de justificación.*[8 bis]

En cualquier caso, conviene evitar el equívoco de que la teoría de los elementos negativos del tipo conduce a la confusión de tipo y antijuricidad.[9] *La teoría ha destacado que, aparte de que en ella el tipo positivo sigue igualmente diferenciado de la prohibición, debe distinguirse también claramente (por las mismas razones estructurales que en el tipo positivo) entre el tipo negativo, como conjunto de presupuestos fácticos o normativos de las causas de justificación, y la* permisión *que la ley asocia a su concurrencia. Por ello, cuando desde el prisma de la teoría de los elementos negativos del tipo se dice que el tipo se integra también de la ausencia de "causas de justificación",*[10] *debe entenderse que se alude al supuesto de hecho qu integra la causa de justificación, no a la justificación misma.*

IV. Tipo y adecuación social

En la doctrina española actual se ha rechazado la teoría de la adecuación social por distintas consideraciones. Por una parte, se considera "inadmisible en nuestro Derecho" por entender que todos los casos para los que se piensa la teoría deben forzosamente incluirse, cuando merezcan ser tomados en consideración, en la causa de justificación del art. 8, 11.° CP, como ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber, y no en una "imprecisa ade-

8 Cfr. *Mir Puig*, Los términos p. 327 s., y con más detenimiento, Función de la pena y teoría del delito, pp. 61, 63 s.

8 bis Cfr. *Mir Puig*, Función de la pena y teoría del delito, p. 61 s.

9 Así *Torío López*, Error iuris p. 37, para quien la teoría de los elementos negativos del tipo supone la "indistinción entre tipicidad y antijuricidad", lo que le impediría "asignar efectos divergentes al error sobre cada una de ellas".

10 Así *Gimbernat Ordeig*, Estudios p. 93.

cuación social".[11] *Por otra parte, se considera que no es la "socialidad", concepto que se estima absolutamente impreciso e inidóneo, sino la adecuación* al Derecho, *lo que importa a nivel de tipicidad, que a diferencia de la acción remite a valoraciones* jurídicas; *añadiéndose que a efectos del Derecho penal no importa la valoración de una clase de actividad* en abstracto *(p. ej.: el boxeo), sino la que corresponde al "concreto" comportamiento examinado, que puede ser antijurídico pese a pertenecer a una clase de actividad normalmente lícita.*[12]

Si efectivamente el art. 8, 11.° CP (art. 26, 9.° Proyecto 1980) bastase para la correcta solución de los casos que intenta resolver la teoría de la adecuación social, ésta perdería su sentido. Mas no siempre que se realiza una conducta "socialmente adecuada" que en absoluto determina reprobación social (aparte quedan los comportamientos meramente tolerados*) puede afirmarse el ejercicio de un derecho, ni menos el cumplimiento de un deber. Ya resulta forzado afirmar la presencia de un "derecho" en los casos en que el sujeto no se halla en situación jurídica concreta alguna que le otorgue un específico derecho subjetivo (p. ej.: la práctica del boxeo por muchachos en la calle) e identificar, así, el "ejercicio de un derecho" con la "actuación lícita o no prohibida". Pero, sobre todo, no siempre puede decirse que la conducta adecuada socialmente se halle permitida por el Derecho (así, las faltas deportivas son antirreglamentarias [ilícitas] y aunque con frecuencia implican malos tratos y hasta lesiones, nadie puede pensar que deban someterse a castigo penal, en cuanto entren dentro de lo "normal" en el juego),*[13] *lo que en particular sucederá siempre que falte a la conducta algún requisito de licitud concomitante y tal falta no aumente su normal peligrosidad. Éste será el caso de la conducción de vehículos perfectamente ajustada al riesgo permitido en el tráfico por quien carece de permiso de conducción pero sabe conducir correctamente, o el del estudiante de medicina al que falta aprobar alguna asignatura para obtener el título de médico pero que posee suficientes conocimientos para ejercer con arreglo a la* lex artis *los actos propios de un odontólogo. Concurrirá aquí la responsabilidad inherente a la ilicitud concomitante (el delito de conducción sin permiso del art. 340 bis c) CP y el de intrusismo del art. 321 CP), mas sería absurdo añadir la responsabilidad penal por el resultado causado.*[14] *Por ello, tampoco podría sustituir a la teoría de la adecuación social la regulación del art. 8, 8.°, CP, según la interpretación que del mismo propuso* Rodríguez Muñoz *como relativo al* riesgo lícito,[15] *pues como se ve no siempre concurre la* licitud *requerida por ese precepto, aparte de que el mismo sólo alcanzaría a los hechos no intencionales — e intencional es, p. ej., la extracción de una muela en el segundo supuesto planteado.*

Tampoco en nuestro Derecho puede obviarse, pues, la necesidad de acudir

11 Cfr. *Rodríguez Devesa*, PG p. 429 s.

12 Cfr. *Rodríguez Mourullo*, PG I 265 s.

13 Aunque acaso sería preferible diferenciar los casos como éstos acudiendo al *principio de insignificancia*, ya que no suponen una *total* aprobación social: vid. sobre el mismo *Mir Puig*, Coacciones ADPCP 1977, p. 300 s. y RJCat. 1977, página 808 s.

14 Sobre la problemática que la presencia de ilicitud originaria plantea en nuestro CP por la redacción de los arts. 8, 8.°, y 64 vid. *infra*.

15 Cfr. *Rodríguez Muñoz*, Notas II p. 39.

a la adecuación social como criterio limitador del tipo. Por supuesto que la fundamentación de su operatividad en Derecho penal ha de ser jurídica, *como objeta* Rodríguez Mourullo, *mas plenamente jurídica es la fundamentación que* Jescheck *acoge en el texto: el intérprete debe partir de que el legislador (mejor: la voluntad de la ley que, según la evolución histórica, importa a una interpretación progresiva) deja tácitamente fuera del tipo legal las conductas perfectamente adecuadas a la vida social. A mi juicio, éste es un punto de partida que debe adoptarse para un Derecho penal* democrático, *que evite en lo posible la contradicción entre las valoraciones jurídicas y las de la Sociedad.*[16] *Por lo demás, no veo obstáculo para que la adecuación social pueda y deba concurrir no sólo en la clase de actividad de que se trate, sino también en la concreta acción a examinar.*

§ 26 *Estructura de los tipos penales*

Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; *Arzt*, Die Neufassung der Diebstahlsbestimmungen, JuS 1972, 385, 515, 576; *Bettiol*, Das Problem des Rechtsguts in der Gegenwart, ZStW 72 (1960), pág. 276; *Birnbaum*, Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, Neues Archiv des Criminalrechts 15 (1834), pág. 149; *Blei*, Die Regelbeispieltechnik etc., Festschrift für S. Heinitz, 1972, pág. 419; *Brehm*, Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts, 1973; *Calliess*, Die Rechtsnatur der "bes. schweren Fälle" und Regelbeispiele, JZ 1975, 112; *Cramer*, Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt, 1962; *Dahm*, Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft, ZStW 57 (1938), pág. 225; *Dreher*, Gemeingefährliche Handlungen, Niederschriften, t. VIII, pág. 417; *Engelsing*, Eigenhändige Delikte, Strafr. Abh. Heft 212, 1926; *Engisch*, Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 127; *Finger*, Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht, Festgabe für R. v. Frank, t. I, 1930, página 230; *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, página 655; *Grünhut*, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Festgabe für R. v. Frank, t. I, 1930, pág. 1; *Haffke*, Delictum sui generis und Begriffsjurisprudenz, JuS 1973, 402; *Hanack*, Grenzen des Sexualstrafrechts, Gutachten A zum 47. DJT, 1968; *Hardwig*, Betrachtungen zum erfolgsqualifizierten Delikt, GA 1965, 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; *Hirsch*, Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts, GA 1972, 65; *Hirschberg*, Die Schutzobjekte der Verbrechen, Strafr. Abh. Heft 113, 1910; *Honig*, Die Einwilligung des Verletzten, 1919; *Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973; *Hruschka*, Die Dogmatik der Dauerstraftaten etc., GA 1968, 193; *el mismo*, Konkurrenzfragen bei den sog. erfolgsqualifizierten Delikten, GA 1967, 42; *Jäger*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten, 1957; *Jescheck*, Erfolgsdelikte, Niederschriften, t. II, pág. 246; *Jiménez de Asúa*, L'infraction praeterintentionnelle, Rev sc crim 1960, 567; *Arthur Kaufmann*, Anmerkung zu BGH 12, 146, JZ 1959,

[16] Vid. *Mir Puig*, Coacciones, ADPCP 1977, p. 301 y RevJCat, p. 809.

375; *Kempermann*, Die Erkenntnis des Verbrechens und seiner Elemente, 1934; *Klee*, Verbrechen als Rechtsgutsund Pflichtverletzung, DStr 1935, 1; *Kohlrausch*, Die Schuld, en: *Aschrott/Liszt*, Die Reform des Strafgesetzbuchs, t. I, 1910, página 179; *Kollmann*, Die Lehre vom versari in re illicita im Rahmen des Corpus iuris canonici, ZStW 35 (1914), pág. 46; *Krey/Schneider*, Die eigentliche Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination etc., NJW 1970, 640; *Küper*, Gefährdung als Erfolgsqualifikation? NJW 1976, 543; *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 etc., Festschrift OLG Zweibrücken, 1969, 85; *v. Liszt*, Der Begriff des Rechtsguts im Strafrecht und in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft, ZStW 8 (1888), pág. 133; *Maiwald*, Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 73; *el mismo*, Der Begriff der Leichtfertigkeit etc., GA 1974, 257; *Marx*, Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut", 1972; *Maurach*, Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen etc., Materialien, t. I, pág. 249; *Mezger*, Vom Sinn strafrechtlicher Tatbestände, Festschrift für L. Traeger, 1926, págs. 187 y ss.; *Meyer-Gerhards*, Subjektive Gefahrmomente etc., JuS 1976, 228; *Moos*, Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert, 1968; *Müller-Dietz*, Grengen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967; *Musco*, Bene giuridico e tutela dell'onore, 1974; *Nagler*, Das Verhältnis des eigenständigen Verbrechens zur Verbrechensqualifikation, ZAK 1940, 365; *Noll*, Begriff und Funktion der guten Sitten im Strafrecht, Festschrift OLG Zweibrücken, 1969, 206; *Oehler*, Wurzel, Wandel und Wert des strafrechtlichen Legalordnung, 1950; *el mismo*, Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt, ZStW 69 (1957), pág. 503; *Oppenheim*, Die Objekte des Verbrechens, 1894; *Otto*, Rechtsgutsbegriff und Deliktstatsbestand, en: *Müller-Dietz* (comp.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, pág. 1; *Polaino*, El bien jurídico en el Derecho Penal, 1974; *Rehberg*, Fremdhändige Täterschaft bei Verkehrsdelikten, Festgabe für H. Schultz, 1977, pág. 72; *Roeder*, Der Unbegriff des "extranen" Täters und der "eigenhändigen" Delikte, JBl 1975, 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, 74; *Sax*, "Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung, JZ 1976, 9, 80; *el mismo*, Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung, JZ 1975, 137; *Schaffstein*, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, 1935; *el mismo*, Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma, DStr 1937, 335; *R. Schmitt*, Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst? Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 113; *Schröder*, Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte? JZ 1967, 522; *el mismo*, Die Unternehmensdelikte, Festschrift für E. Kern, 1968, pág. 457; *el mismo*, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, ZStW 81 (1969), pág. 7; *Schbarth*, Das Problem der erfolgsqualifizierten Delikte, ZStW 85 (1973), pág. 754; *Schünemann*, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-und Gefährdungsdelikte, JA 1975, 792; *Schultz*, Der Begehungsort, Schweiz. Jur. Kartothek, 1960, núm. 1.210; *Sina*, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut", 1962; *Tenckhoff*, Die leichtfertige Herbeiführung qualifizierter Tatfolgen, ZStW 88 (1976), pág. 897; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; *Ulsenheimer*, Zur Problematik des Versuchs erfolgsqualifizierter Delikte, GA 1966, 257; *Volz*, Unrecht und Schuld abstrakter Gefährdungsdelikte, 1968; *Wahle*, Die strafrechtliche Problematik "bes. schwerer Fälle" etc., GA 1969, 161; *v. Weber*, Vom Subsumtionsirrtum, GA 1953, 161; *Wessels*, Zur Problematik der Regelbeispiele etc., Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 295; *E. Wolf*, Typen der Tatbestandsmäßigkeit, 1931; *el mismo*, Der Sachbegriff im Strafrecht, RG-Festgabe, t. V, 1929, pág. 44; *Würtenberger*, Das System der Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafgesetzgebung seit 1532, Straf. Abh. Heft 326, 1933.

El *tipo* de la acción punible surge de la conjunción de los elementos que fundamentan el contenido de injusto de la correspondiente especie de delito. Los pilares básicos del tipo son el *bien jurídico*, el *objeto de la acción*, el *autor* y la *acción*, cada uno adornado de los demás elementos que los caracterizan de forma más precisa. Mediante la unión de estas componentes en los tipos, el legislador consigue que las más diversas formas de mandatos normativos puedan en cada caso reducirse a su formulación más simple. Para ello existe una serie de modelos de estructura (sobre los elementos del *tipo de culpabilidad*, cfr. *infra*, § 42 II).

I. Bien jurídico y objeto de la acción

1. El **bien jurídico** constituye el punto de partida y la idea que preside la formación del tipo. Son bienes jurídicos aquellos intereses de la vida de la comunidad a los que presta protección el Derecho Penal. Protección mediante el Derecho Penal significa que las normas jurídicas prohíben bajo pena aquellas acciones que resultan apropiadas para menoscabar de forma especialmente peligrosa los intereses de la vida de la colectividad (cfr. *supra*, § 1 III 1). El tipo parte, pues, de la norma y ésta, del bien jurídico.

El concepto de bien jurídico no aparece en la *historia dogmática* hasta principios del siglo XIX.[1] Bajo el influjo de la teoría del contrato social, la ciencia jurídico-penal de la Ilustración entendía el hecho punible como lesión de derechos subjetivos; *Feuerbach* se vio, por ello, obligado a probar la existencia en todo precepto penal de un derecho subjetivo del particular o del Estado como objeto de protección.[2] *Birnbaum*, que inició la teoría del bien jurídico, no veía, en cambio, en el bien jurídico derecho alguno, sino un bien material asegurado por el poder del Estado, que, susceptible de corresponder tanto al particular como a la colectividad, se ideó como vulnerable en sentido naturalístico.[3] El concepto experimentó una primera depuración en *Binding*, a través de la concepción del bien jurídico como estado valorado por el legislador ("todo lo que ante los ojos del legislador resulta de valor para la comunidad jurídica, en cuanto condición de una sana existencia de la misma").[4] También *von Liszt* trasladó el centro de gravedad del concepto de bien jurídico del derecho subjetivo al "interés jurídicamente protegido", pero, a diferencia de *Binding*, que se ocupó sólo marginalmente del bien jurídico, vio en él un concepto central de la estructura del delito.[5] El gran proceso de transformación que la dogmática jurídico-penal sufrió en los años veinte de nuestro siglo, condujo a dejar

1 Cfr. *Amelung*, Rechtsgüterschutz, págs. 15 y ss.; *W. Hassemer*, Theorie, páginas 25 y ss.; *Sina*, Dogmengeschichte, págs. 14 y ss. Pero en la legislación cabe encontrar una ordenación de bienes jurídicos mucho antes; cfr. *Würtenberger*, System, págs. 13 y ss.; *Moos*, Verbrechensbegriff, pág. 514.
2 Cfr. *Feuerbach*, Revision, págs. 56, 65; *Lehrbuch*, §§ 9, 21, 27.
3 *Birnbaum*, Neues Archiv des Criminalrechts 15 (1834), pág. 179.
4 *Binding*, Normen, t. I, págs. 353 y ss.
5 *v. Liszt*, ZStW 8 (1888), págs. 134 y ss.; en espec. pág. 151.

de entender el bien jurídico en el sentido de un concreto interés previo a la norma; el bien jurídico se convirtió en puro instrumento de la interpretación, en "abreviatura de la idea de fin";[6] en "fin en su más resumida forma".[7] La desacertada crítica de la Escuela de Kiel[8] a la supuesta base "materialística" del concepto de bien jurídico, llevó a un cambio de acento en la concepción básica del delito, que de lesión de bien jurídico pasó a considerarse *lesión de un deber*.[9] Con ello se anunciaba ya la cuestión, que domina la actual discusión científica, de la relación en que deben concebirse el injusto del resultado y el de la acción, para que encuentren su equilibrio en el seno del concepto de delito la lesión del bien jurídico y la del deber. Pero ambos pares de conceptos no son equivalentes. La lesión del bien jurídico significa el menoscabo de la vigencia de un valor ideal, el injusto del resultado, por el contrario, consiste en la causación de un daño al objeto de la acción del hecho. La lesión del deber sólo es, en el fondo, la lesión del bien jurídico entendida de forma personal, el injusto de la acción consta, en cambio, de los elementos objetivos y subjetivos del comportamiento típico. En la actualidad el concepto de bien jurídico se contempla, sobre todo, bajo el prisma de la legitimación de los preceptos penales (cfr. *infra*, § 26 I 2).

2. Hoy se admite que el *bien jurídico* constituye la *base* de la *estructura* e *interpretación* de los tipos. Pero el bien jurídico no puede identificarse sin más con la ratio legis, sino que ha de poseer un sentido social propio, previo a la norma penal y en sí mismo decidido, pues de lo contrario sería incapaz de servir a su cometido sistemático, de baremo del contenido y límites del precepto penal y de contrapartida de las causas de justificación en caso de conflicto de valoraciones.[10] Según esto, el bien jurídico ha de entenderse como **valor ideal del orden social jurídicamente protegido,** en cuyo mantenimiento tiene interés la comunidad y que puede atribuirse, como a su titular, tanto al particular como a la colectividad.[11] En cuanto a categoría puramente formal, el bien jurídico es, además, el género de todos los objetos individuales que incluye el fin de protección de

6 *Grünhut*, Frank-Festgabe, t. I, pág. 8.
7 *Honig*, Einwilligung, pág. 94.
8 Cfr. *Dahm*, ZStW 57 (1938), pág. 228; *Schaffstein*, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, pág. 9; *el mismo*, DStr 1937, 338; *Kempermann*, Die Erkenntnis des Verbrechens, págs. 13 y ss.
9 Cfr. en especial *Gallas*, Gleispach-Festschrift, págs. 54 y ss.; *Klee*, DStr 1935, 15 y ss.
10 Cfr. *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 280; *Nowakowski*, Grundriß, pág. 27 y ss.; *Hafter*, Allg. Teil, pág. 9; *Bettiol*, ZStW 72 (1960), pág. 285.
11 Cfr. con más detalle *Hirschberg*, Die Schutzobjekte, páginas 68 y ss. Como aquí, *Baumann*, Allg. Teil, págs. 137 y siguientes; *Blei*, Allg. Teil, página 100; *Krümpelmann*, Bagatelldelikte, págs. 68 y ss.; *LK (Heimann-Trosien)*, Einl. Anm. 45; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 9. También así la moderna doctrina italiana y española; cfr. *Musco*, Bene giuridico, pág. 130; *Polaino*, El bien jurídico, pág. 270. Sobre el concepto de valor, *Henkel*, Schaffstein-Festschrift, págs. 27 y ss. Intentan una determinación material del concepto de bien jurídico como fundamento y límite de la Política criminal *Amelung*, Rechtsgüterschutz, págs. 314 y ss. y *W. Hassemer*, Theorie, págs. 98 y ss. En contra, con razón, *Bockelman*, Allg. Teil, pág. 11.

la norma.[12] La moderna teoría resalta, en un sentido de espiritualización del bien jurídico, que en él se trata de relaciones entre personas e intereses de la vida,[13] por ejemplo, la disponibilidad sobre cosas (propiedad), la fiabilidad de los medios de prueba (autenticidad de los documentos), la posibilidad de servirse, sin merma, del propio cuerpo (integridad física). *Schmidhäuser* ve en el bien jurídico la "pretensión de vigencia" que frente a cualquiera emana de los bienes de la vida colectiva.[14] En la discusión sobre los límites del merecimiento de pena, el concepto de bien jurídico sirve hoy a menudo para limitar el Derecho Penal a la sanción del comportamiento socialmente *dañoso* (no sólo indecoroso),[15] pero esta problemática no afecta al concepto de bien jurídico, sino a la Política criminal, vinculada, sin duda, a la jerarquía de los valores protegidos por la Constitución y al principio de la subsidiariedad del Derecho Penal (BVerfGE 7, 389 [434 y ss.] en referencia al § 175 de la anterior redacción).

3. El concepto de bien jurídico está llamado a cumplir en Derecho Penal distintas **funciones:**

a) Todos los tipos de delito se centran en torno a uno o varios bienes jurídicos. Generalmente se da respuesta negativa a la cuestión de si existen tipos penales desprovistos de bien jurídico.[16] En los delitos de pura actividad como el de escándalo público (§ 183a) y el de maltrato de animales (§ 17 TierSchG). La lesión del bien jurídico no contiene, en todo caso, el momento de la dañosidad social. Otro ejemplo de esto lo constituye la nueva figura de tenencia de drogas prevista en la legislación de estupefacientes (§ 11 I número 4),[17] (en sentido distinto en la edición anterior, pág. 195). El bien jurídico es el concepto central del tipo, en torno al que giran todos los elementos objetivos y subjetivos, y, por tanto, un importante instrumento de la **interpretación.**[17a]

12 Cfr. *Amelung*, Rechtsgüterschutz, pág. 175.

13 Así *Rudolphi*, Honig-Festschrift, pág. 163 ("unidades funcionales"); *SK (Rudolphi)*, § 1 Vorbem. 8; *Otto*, Rechtsgutsbegriff, pág. 8; *el mismo*, Grundkurs, pág. 61; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 277 y ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 204; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen, pág. 115; *Marx*, Definition, página 62.

14 *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 36 y ss.

15 Así *Jäger*, Sittlichkeitsdelikte, págs. 6 y ss y 121 y ss.; *Hanack*, 47. DJT, tomo I, Teil A, págs. 28 y ss.; *Noll*, Festschrift OLG Zwiebrücken, págs. 214 y ss.; *Otto*, Rechtsgutsbegriff, pág. 4; *Roxin*, JuS 1966, 382; *Rudolphi*, Honig-Festschrift, pág. 161; *Lang-Hinrichsen*, Festschrift OLG Zweibrücken, pág. 108; *Amelung* y *Hassemer* (*supra*, nota 11). Los ejemplos del texto muestran que la nueva legislación también prevé, en casos excepcionales, puros delitos de acción que no producen daño social (cfr. también *SK* [*Rudolphi*], § 1 Vorbem. 11).

16 Cfr. por ejemplo, *H. Mayer*, Lehrbuch, pág. 52; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 282; *LK (Heimann-Trosien)*, Einl. Anm. 49.

17 *R. Schmitt*, Maurach-Festschrift, pág. 125 entiende el precepto como definidor de un delito de peligro abstracto y pretende por ello excluir los casos de mero automenoscabo con arreglo al § 153 StPO (pág. 126).

17a En la idea de la falta de "lesión de un bien jurídico merecedora de pena" funda *Sax*, JZ 1976, 12 y ss. y 80 y ss., así como JZ 1975, 144 y ss., su interpretación restrictiva de los tipos, por ejemplo en el auxilio al suicidio y la interrupción prematura de un tratamiento intensivo.

18 Sobre esto, con más detalle, *Oehler*, Legalordnung, págs. 2 y ss.

Ejemplos: En el hurto (§ 242) los bienes jurídicos protegidos son la propiedad y la tenencia. Si falta el ánimo de apropiación, cabrá sólo hurto de uso (por ej., § 248b), y si falta la ruptura de la tenencia, concurrirá, a lo sumo, apropiación indebida (§ 246). El bien jurídico del § 142 es el interés que poseen los participantes en el accidente en que se averigüen sus causas, con objeto de que quede asegurado el derecho que les asiste a ser indemnizados. Ésta es la razón por la que no precisa permanecer esperando en el lugar del accidente el que sólo se ha lesionado a sí mismo o ha dañado cosas de su pertenencia (BGH 8, 263 [266]), lo cual se desprende ahora del propio texto legal (cfr. § 142 I núm. 1).

b) En cuanto piedra angular de la estructura de los tipos, el bien jurídico ofrece, además, el *criterio de clasificación* decisivo para la formación de grupos de tipos (por ej., delitos contra la vida, contra el patrimonio, contra la seguridad del tráfico). Por lo demás, toda la ordenación de los preceptos penales de la Parte Especial **(orden legal)** responde a la idea básica de que mediante la agrupación y gradación de los bienes jurídicos ha de alcanzarse una clasificación y jerarquización de los valores protegidos.[18] Los propios capítulos de la Parte Especial se estructuran con arreglo al criterio del bien jurídico en cada caso pertinente (cfr. *infra*, § 26 III).

c) Existen bienes jurídicos del particular **(bienes jurídicos individuales)** (por ej., la vida, la libertad y la propiedad), dentro de los cuales constituyen un subgrupo los **bienes jurídicos altamente personales** (por ej., la integridad corporal, el honor), y bienes jurídicos de la colectividad **(bienes jurídicos universales)** (por ej., la protección de secretos de Estado, la seguridad del tráfico viario, la autenticidad de la moneda). La distinción posee significación, por ejemplo, en orden a la cuestión de la posibilidad de la legítima defensa (cfr. § 32 II 1b), como también para la de si puede consentir válidamente la lesión del bien jurídico, como titular del mismo, el particular inmediatamente afectado por el hecho (cfr. *infra*, § 34 II 3). El bien jurídico posee, también, importancia para el delito continuado (cfr. *infra*, § 66 V 2b). La individualización del "lesionado", en sentido jurídico-procesal (cfr. por ej., § 77 StGB, §§ 22 núm. 1, 172, 374, 395 StPO), depende también de quién sea el titular del bien jurídico protegido. Por lo demás, sobre el ámbito de protección de las normas jurídico-penales en relación a bienes jurídicos extranjeros, cfr. *supra*, § 18 III 8.

4. Los bienes jurídicos no constituyen objetos aprehensibles del mundo real, sino **valores ideales del orden social**, sobre los que descansan la seguridad, el bienestar y la dignidad de la existencia de la colectividad. El *concreto* objeto en el que se realiza la acción tí-

pica recibe, en cambio, el nombre de **objeto de la acción (o del ataque).**[19] Dicho objeto de la acción puede manifestarse bajo formas distintas: como unidad psíquico-corporal (integridad o vida de una persona), como valor social (honor del ofendido), como valor económico (patrimonio), como cosa (animal susceptible de caza), como estado real (posibilidad de uso de un objeto). Bien jurídico y objeto de la acción, como idea y fenómeno, son conceptos mutuamente relacionados, pero que conceptualmente deben mantenerse separados. El desvalor del resultado del hecho radica en el menoscabo real del objeto de la acción. En cuanto valor ideal, el bien jurídico, en cambio, escapa a la acción inmediata del autor. La lesión del bien jurídico protegido consiste en el desprecio del específico interés de la vida de la comunidad, que toma cuerpo sólo en el objeto de la acción.

Ejemplos: En el delito de resistencia al poder estatal (§ 113) el bien jurídico protegido es la posibilidad de una actividad ejecutiva del Estado libre de perturbaciones, incluida la seguridad de los órganos ejecutivos. El objeto de la acción es el funcionario ejecutivo agredido. En el hurto (§ 242) los bienes jurídicos protegidos son la propiedad y la tenencia. El objeto de la acción es aquí la cosa sustraída. En el allanamiento de morada (§ 123) el bien jurídico protegido es la intimidad del hogar, y el objeto de ataque, el local en que penetra el autor.

II. Clases de tipos

El elemento central de los preceptos penales de la Parte Especial es el tipo, en cuanto portador del contenido de injusto de la correspondiente clase de delito. Aunque, sin embargo, a menudo se habla de "tipo" en forma abreviada, para expresar todo el precepto penal, ello no resulta correcto, ya que los preceptos penales no sólo contienen el tipo de injusto. La estructura de los tipos se sujeta a ciertas leyes que se derivan de las distintas posibilidades de ordenación de los elementos que los integran. De esta suerte, surgen **clases de tipos**[20] firmemente asentados en la terminología jurídico-penal, que encierran significación en orden a la clasificación e interpretación de los preceptos penales.[21]

1. Según la relación existente entre acción y objeto de la acción, se distingue entre *delitos de resultado (material) y delitos de (mera) actividad.*

19 La expresión se remonta a *Oppenheim*, Objekte des Verbrechens, página 154. Cfr. sobre esto, *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 281 y ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 37 y ss. (que añade otra distinción entre "objeto del bien jurídico" y "objeto del hecho"); *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 204.

20 Cfr. en especial *E. Wolf*, Typen der Tatbestandsmäßigkeit, págs. 12 y ss. El tipo (Tatbestand), pues, no es sólo una especie (Typus) en el sentido de *Hassemer*, Tatbestand, pág. 111, sino que los tipos (Tatbestände) manifiestan también características específicas (Typusmerkmale) comunes.

21 Cfr. también las clasificaciones de *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 300 y ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 213 y ss.; *Wessels*, Allg. Teil, págs. 5 y ss.

a) Los **delitos de resultado** presuponen en su tipo la producción en el objeto de la acción de un efecto diferenciado de la acción y separable de ella espacio-temporalmente.[22] Ciertamente, cabe también considerar a la acción en sí misma una clase de "resultado", pues constituye un efecto del impulso de la voluntad del autor, lo que ha llevado a distinguir entre resultado en sentido estricto y resultado en sentido amplio.[23] Pero sólo el concepto de resultado en sentido estricto posee importancia dogmática, ya que únicamente en él se suscita el problema de la relación de causalidad (cfr. *supra*, § 28 I 1).

Ejemplos: Son delitos de resultado el homicidio doloso e imprudente (§§ 212 y 222), la injuria, puesto que requiere la trascendencia de la expresión injuriosa (§§ 185 y ss.), el escándalo público (§ 183a), el hurto, por razón de la ruptura de la tenencia (§ 242), la estafa, que exige el perjuicio patrimonial (§ 263), la puesta en peligro del tráfico viario, en cuanto hace precisa la producción de un peligro para la integridad física o la vida o para cosas de importante valor (§ 315c).

Un grupo especial de delitos de resultado que encierra tanta dificultad teórica como importancia práctica, lo constituyen los **delitos cualificados por el resultado,** como las lesiones de graves consecuencias (§ 224) o con resultado de muerte (§ 226), el robo con resultado de muerte (§ 251) o la inundación imprudente con resultado de muerte (§ 314). En estos casos, la especial peligrosidad inherente a determinadas acciones por sí solas ya punibles, conduce a castigarlas con pena sustancialmente mayor cuando el peligro típico que el hecho encierra se realiza en un resultado lesivo.[24]

Los delitos cualificados por el resultado proceden de la teoría del Derecho Canónico del "versari" ("versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto"), que se reflejó en el "dolus generalis", en el "dolus culpa determinata" y el "dolus indirectus" del Derecho común.[25] Primero se intentó mitigar el rigor de la imputación del resultado según el puro principio causal acudiendo a la idea de la adecuación,[26] lo que incluso se contempló en los trabajos para la reforma del Derecho Penal.[27]

22 A la distinción de resultado y acción apunta también *H. Mayer*, Lehrbuch, pág. 127. Cfr. también *Schmidhäuser*, págs. 213 y ss.; *Wessels*, Allg. Teil, página 5.

23 Así *Baumann*, Allg. Teil, pág. 206; *Maurach*, Allg. Teil, pág. 237.

24 Cfr. con más detalle *Oehler*, ZStW 69 (1957), pág. 512; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 494 y ss. El Derecho extranjero conoce a menudo esta forma de delito como "délit praeterintentionnel"; cfr. *Jiménez de Asúa*, Rev sc crim 1960, 567.

25 Cfr. sobre el "Versari" *Kollmann*, ZStW 35 (1914), págs. 46 y ss.; sobre el "dolus culpa determinata" *Feuerbach*, Lehrbuch, 13.ª ed., pág. 105; sobre el "dolus indirectus" *Moos*, Verbrechensbegriff, págs. 138 y ss. y 248 y ss. (para Austria); en general, *Schubarth*, ZStW 85 (1973), págs. 757 y ss.

26 Así, por ejemplo, *Kohlrausch*, Die Schuld, pág. 223.

27 Cfr. sobre esta evolución, *Müller-Dietz*, Schuldgedanke, págs. 16 y ss. En favor del mantenimiento de los delitos cualificados por el resultado *Hirsch*, GA 1972, 77; *Oehler*, ZStW 69 (1957), págs. 512 y ss.; *Hardwig*, GA 1965, 99;

La realización del principio de culpabilidad en los delitos cualificados por el resultado se logró con el § 56 de la anterior redacción (en la actualidad § 18), introducido en 1953, según el cual la pena especialmente grave que se asocia al resultado del hecho sólo puede imponerse a su autor cuando, por lo menos, le sea atribuible dicho resultado por imprudencia.[27a] Ésta se reduce, no obstante, en los delitos cualificados por el resultado a la previsibilidad del resultado (cfr. *infra*, § 55 II 3), pues todos los restantes elementos de la imprudencia se contienen ya en la comisión del delito base (BGH 24, 213 [215]). De ahí que la Jurisprudencia se haya esforzado en limitar la imputación objetiva del resultado más grave a los casos en que éste constituya la consecuencia *inmediata* de la comisión del delito base, pues el fundamento de la pena radica en el peligro específico que conlleva el delito base (cfr. *infra*, § 28 IV 7).

Ejemplos: Para la aplicación del § 226 no basta que la víctima sufra en su huida una caída mortal (BGH NJW 1971, 152), ni para el § 251 que el robado sufra un accidente mortal en la persecución (BGH 22, 362), como tampoco sería suficiente para el § 307 núm. 1 la muerte de un morador que no tuviese lugar por el incendio, sino por una explosión de material inflamable (BGH 20, 230).[28]

Cada vez más, el legislador exige en los delitos cualificados por el resultado que concurra imprudencia temeraria *(Leichtfertigkeit)*, como forma cualificada de imprudencia (por ej., §§ 176 IV, 177 III, 239a II, 251).[29] Sobre el concepto de imprudencia temeraria, cfr. *infra*, § 54 II 2. Por lo que respecta a las dificultades que plantea la medición de la pena y la punición de la tentativa cuando concurre dolo de matar, y que provienen de que en estos preceptos falta la expresión "por lo menos" contenida en el § 18, únicamente pueden solucionarse con arreglo al Derecho vigente admitiendo el efecto de bloqueo de la pena mínima asignada al delito cualificado por el resultado.[29a]

Los delitos cualificados por el resultado son tipos caracterizados

Ulsenheimer, GA 1966, 266 y ss.; *Hruschka*, GA 1967, págs. 42 y ss. En favor de su derogación *Schubarth*, ZStW 85 (1973), págs. 775.

27a La producción de un mero "peligro" (por ejemplo, §§ 113 II, núm. 2, 125a, núm. 3, 250 I, núm. 3 StGB, § 11 IV, núm. 2 BetMG) no constituye un resultado lesivo en el sentido del § 18, por lo que en los preceptos mencionados, el resultado de puesta en peligro debe hacerse ocasionado dolosamente (BGH 26, 176 [180 y ss.]; 244 y ss.); cfr. *Küper*, NJW 1976, 545 y ss.; *Meyer-Gerhards*, JuS 1976, 230 y ss.

28 Cfr. *Geilen*, Welzel-Festschrift, págs. 655 y ss, sobre las oscilaciones de la judicatura y sobre la solución (pág. 681) de limitar estrictamente el peligro de producción del resultado a los elementos del deito base.

29 Críticamente, *Maiwald*, GA 1974, 265 y ss.

29a Cfr. sobre esto *Tenckhoff*, ZStW 88 (1976), págs. 912 y ss.; *Lackner*, § 251 Anm. 4. Por el contrario, *Dreher*, § 251 Anm. 6 quiere aplicar también aquí el § 18. Cfr. en cambio BGH 26, 175, con nota aprobatoria de *Rudolphi*, JR 1976, 74.

por una especial combinación de dolo e imprudencia: el delito base doloso (excepcionalmente, imprudente) ya es punible por sí solo, mientras que la producción del resultado eleva la penalidad (combinación *impropia* de dolo e imprudencia). En otros casos (por ej., § 315c III número 1), por el contrario, la parte dolosa del hecho no es punible con independencia, sino que la frontera de la punibilidad se atraviesa sólo con el juicio de imprudencia (combinación *propia* de dolo e imprudencia) (cfr. sobre esto *infra*, § 54 III 1).[30]

Es preciso distinguir de los delitos cualificados por el resultado aquellos tipos en los que el resultado opera *fundamentando* la pena. El resultado es en ellos condición objetiva de punibilidad (cfr. *infra*, § 53 II 2a) y, al tiempo, es precisa su producción para que la acción base, que en sí es ya merecedora de pena, resulte punible (cfr., por ej., § 227 I, 326, 330a).[31]

Los delitos de resultado cuya eficacia se extiende a lo largo de un determinado espacio de tiempo constituyen delitos permanentes o delitos de estado. En los **delitos permanentes**[32] el mantenimiento del estado antijurídico cerrado por la acción punible depende de la voluntad del autor, de manera que, en cierto modo, el hecho se renueva continuamente (por ej., detenciones ilegales [§ 239]; puesta en peligro del tráfico viario por conducción en estado de embriaguez, del § 315c I núm. 1a; BGH 22, 67 [71]; conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas del § 316, cfr. BGH VRS 48, 354). En los **delitos de estado** el resultado consiste también en la producción de un resultado antijurídico, pero jurídicamente el hecho se perfecciona ya en el momento de producción del resultado (por ej., falsificación de documentos de identidad, § 169; bigamia, § 171; daños, § 303).

b) En los **delitos de actividad** el tipo de injusto se agota, por el contrario, en una acción del autor, sin que haya de producirse un resultado en el sentido de efecto exterior separable espacio-temporalmente. Pero el delito de actividad puede hallarse configurado de forma que el solo hacer alcance ya al objeto de la acción (como sucede en el allanamiento de morada, § 123), sin que este menoscabo se conciba como resultado típico.

Ejemplos: Son delitos de actividad la mayor parte de delitos contra la honestidad (§§ 174 y ss.), pero también la apropiación indebida (§ 246) y el allanamiento de morada (§ 123).

c) El **resultado típico** ha de distinguirse del **menoscabo del bien jurídico protegido.** El resultado expresa la lesión o puesta en peligro del objeto de la acción separada de ésta espacio-temporalmente, mien-

30 Con más detalle *Krey/Schneider*, NJW 1970, 640 y ss.

31 Cfr. *Jescheck*, Niederschriften, t. II, pág. 250. La aplicación analógica (in bonam partem) del § 18 al supuesto del § 227 es recomendada por *Hirsch*, GA 1972, 77 y *LK (Hirsch)*, § 227 Anm. 1 y 15.

32 Cfr. sobre esto, con más detalle, *Hruschka*, GA 1968, 193 y ss.

tras que la lesión del bien jurídico afecta a la relación de la acción típica con la pretensión de vigencia del valor protegido por el precepto penal.[33] También, por tanto, los delitos de actividad contienen una lesión del bien jurídico. El resultado posee asimismo importancia fuera del tipo, para la determinación de la competencia jurisdiccional en base al lugar de comisión (§ 7 StPO) y para el lugar de comisión en el sentido del Derecho Penal internacional (§ 9) (cfr. *supra*, § 18 IV 2b).

2. Según la intensidad del menoscabo del objeto de la acción, se distinguen los **delitos de lesión y de peligro (concreto).**[34] En los delitos de lesión el tipo presupone que se dañe el objeto de la acción protegido, mientras que en los delitos de peligro basta el peligro de una lesión como resultado de la acción.[35] La producción del peligro es elemento del tipo y debe constatarse en el caso concreto.[36] Por *peligro* debe entenderse un estado desacostumbrado y anormal en el que, para un observador experto, "puede aparecer como probable, a la vista de las concretas circunstancias actuales, la producción de un daño cuya posibilidad resulta evidente" (RG 30, 178 [179]; BGH 8, 28 [32 y ss.]; 13, 66 [70]; 18, 271 [272 y ss.]).[37]

Ejemplos: Son delitos de lesión el homicidio (§ 212), los daños (§ 303), el escándalo público (§ 183a). El incendio simple (§ 308) es, en su primera modalidad de acción, delito de lesión, mientras que en su segunda modalidad constituye delito de peligro (abstracto). Son delitos de peligro la exposición de niño o persona indefensa (§ 221), la producción de incendio (§ 310a) y los concretos delitos de tráfico (§§ 315-315d).

De los delitos de peligro concreto importa distinguir los **de peligro abstracto.** Constituyen un grado previo respecto de los delitos de peligro concreto, pues basta para su punibilidad la *peligrosidad general* de una acción para determinados bienes jurídicos. En estos delitos, la producción del peligro no pertenece en sí misma al tipo, pues ya el comportamiento correspondiente "implica típicamente un peligro concreto".[38] Según esto, los indicios de la peligrosidad se hallan fijados de forma vinculante en la propia ley, mientras que en

33 Cfr. con más detalle *Schultz*, Schweiz. Jur. Kartothek, núm. 1.210, página 40; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 205.

34 Cfr. *Binding*, Normen, t. I, págs. 364 y ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, páginas 301 y ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 306 Vorbem. 2 y ss.; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 6.

35 Cfr. *Lackner*, Das konkrete Gefährdungsdelikt, pág. 7.

36 Sobre el dolo de peligro, BGH 22, 67 (73 y ss.); sobre el juicio de peligro, *Gallas*, Heinitz-Festschrift, págs. 177 y ss.

37 Cfr., sobre el concepto de peligro, *Dreher*, Niederschriften, t. VIII, páginas 417 y ss.; *Finger*, Frank-Festgabe, t. I, pág. 231; *Lackner*, Das konkrete Gefährdungsdelikt, págs. 16 y ss.; *Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte, páginas 143 y ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 207 y ss.; *Schünemann*, JA 1975, 793 y siguientes.

38 Cfr. con más detalle *Cramer*, Der Vollrauschtatbestand, págs. 68 y ss.

los delitos de peligro concreto la causación del resultado ha de constatarse por el juez como elemento del tipo. También constituyen delitos de peligro abstracto aquellos tipos en los que la comprobación de la peligrosidad general se confía al criterio del juez mediante la exigencia de "idoneidad" para la producción de un determinado resultado (por ej., §§ 186, 187, 229, 308 segunda parte; § 8 en relación con el § 51 I, núm. 1 LMBG).[39] La falta de toda posibilidad de concreta puesta en peligro puede, sin embargo, llevar al intérprete a excluir la punibilidad, siempre que la producción del peligro para el objeto de protección previsto por el tipo (por ej., la vida humana en el § 306 número 2) haya sido absolutamente *excluida*.[40] Sin embargo, la Jurisprudencia se manifiesta, con razón, en un sentido restrictivo frente a esta posibilidad (BGH 23, 308 [311]; 23, 313 [315 y ss.]; 26, 121 [124]).

Ejemplos: Son delitos de peligro abstracto la difamación y la calumnia (§§ 186 y 187), pues para estos delitos basta que las imputaciones sean idóneas para perjudicar la honra del ofendido frente a la opinión pública o para poner en peligro su crédito; también lo son los delitos de falso testimonio (§§ 153 y ss.) por la probabilidad de una puesta en peligro de la Administración de Justicia, el encubrimiento (§ 257) por la idoneidad del auxilio prestado para asegurar el lucro, el delito de embriaguez (§ 330a) por la supresión del poder de inhibición en el embriagado, el incendio (§ 306 número 2) por su peligrosidad para la vida humana, la conducción bajo los efectos del alcohol (§ 316) por su peligrosidad para los demás sujetos que intervienen en tráfico.

3. Según las dos formas básicas del comportamiento humano, la actividad y la pasividad, se distinguen los **delitos de comisión y los de omisión** (cfr. *infra*, § 58 II). En correspondencia con la distinción de delitos de resultado y delitos de actividad, existen *delitos de omisión propia e impropia.* El delito de omisión impropia consiste en el no impedir la producción del resultado típico pese a la existencia de un deber de garante, el delito de omisión propia, en el puro permanecer inactivo frente al imperativo expresado por una disposición preceptiva. Mientras que los delitos de omisión propia, por definición, han de hallarse siempre regulados por la ley, la mayor parte de delitos de omisión impropia se derivan, según el § 13, por la vía de

39 Así *Gallas*, Heinitz-Festschrift, págs. 174 y ss., en contra de *Schröder*, JZ 1967, 22; *el mismo*, ZStW 81 (1969), págs. 18 y ss.

40 Sobre la posibilidad de la "prueba en contrario de la ausencia de peligrosidad", *Cramer*, Vollrauschtatbestand, págs. 55 y ss.; *Schröder*, ZStW 81 (1969), págs. 15 y ss.; *Schöncke/Schröder/Cramer*, § 306 Vorbem. 3a; *Baumann*, Allg. Teil, págs. 132 y ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 255, nota 74; *Schünemann*, JA 1975, 797 y ss. En la misma línea apunta la idea del riesgo en *Volz*, Unrecht und Schuld, págs. 143 y ss. De acuerdo *Brehm*, Abstraktes Gefährdungsdelikt, págs. 139 y ss. propone, no obstante, exceptuar de la posibilidad de prueba en contrario, las normas dotadas de una pura "función de organización", por ejemplo, los preceptos relativos al tráfico rodado.

la interpretación, de los tipos correspondientes a los delitos de comisión y sólo en pocos casos han sido regulados expresamente por el legislador (cfr. con más detalle, *infra*, § 58 III 4).[41]

Ejemplos: Son delitos de omisión propia la falta de denuncia de delitos inminentes (§ 138), la omisión de socorro (§ 330c), la falta de cooperación en el proceso penal (§ 40 WStG). La propia ley prevé como delitos de omisión impropia los de violación del deber de asistencia o educación (§ 170d), la lesión de la salud por desatención del deber de cuidado (§ 223b último supuesto), la deficiente inspección jerárquica (§ 41 WStG).

4. Según el número de los bienes jurídicos protegidos en cada precepto penal, se habla de **delitos simples** y **delitos compuestos.** Normalmente, los tipos penales protegen sólo *un* bien jurídico (por ejemplo, la integridad corporal, § 223). Pero hay preceptos penales con varios bienes jurídicos protegidos. Así, el hurto se dirige (§ 242) contra la propiedad y la tenencia, el robo (§ 249) contra la libertad, la propiedad y la tenencia, y la extorsión (§ 253) contra la libertad y el patrimonio. También los delitos cualificados por el resultado (cfr. *supra*, § 26 II 1a) son generalmente delitos compuestos, por ejemplo, las lesiones con resultado de muerte (§ 226).

5. Según el número de acciones previstas en el tipo, se distingue entre **delitos de un acto** y **delitos de varios actos.** Delitos de un acto son, por ejemplo, el hurto (§ 242) y las coacciones (§ 240). Los delitos de varios actos se componen, en cambio, de más de una acción. Así, el robo impropio se compone de una sustracción consumada y una coacción cualificada (§ 252), y la violación, de una coacción cualificada y el yacimiento efectuado fuera del matrimonio (§ 177). Una posición intermedia entre los delitos de un acto y de varios actos ocupan los **tipos mixtos alternativos.** En éstos se prevén por la ley distintas acciones abarcadas, todas, por la misma conminación penal, como sucede en las lesiones peligrosas, que pueden cometerse mediante armas o asalto alevoso, por varios sujetos conjuntamente o por medio de una acción que pone en peligro la vida (§ 223a). Pero también es posible que alternen el resultado y las modalidades del hecho, como las consecuencias en las lesiones graves (§ 224) o el lugar de comisión en el delito de violación del perímetro de protección de los órganos legislativos o de la Corte constitucional federal (§ 106a).

Dentro de los delitos de varios actos y de resultado, constituyen grupos específicos los delitos imperfectos de dos actos y los delitos de resultado cortados.[42] A menudo, el legislador traslada el segundo acto del hecho punible al tipo subjetivo con objeto de adelantar la línea de protección.[43] En los *delitos imperfectos de dos actos* basta que en el momento de la primera acción concurra la intención del autor de realizar más adelante la segunda acción que todavía falta; así, en la falsificación de documentos (§ 267) basta la intención de engañar en el tráfico jurídico en el momento de la falsificación. Distinto es el caso de los *delitos de resultado cortados.* En ellos la producción del resultado no se incluye en el tipo, sino que basta la intención del autor dirigida al resultado; por ejemplo, en la estafa (§ 263), el ánimo de lucro *(Vorteilsabsicht).* Mientras que en el primer grupo la intención se dirige a un comportamiento ulterior *del propio sujeto,* en el segundo la producción del resultado perseguido es *independiente* de la propia actuación del autor. Así, por ejemplo, el hurto (§ 242) es un delito imperfecto de dos actos, porque requiere el ánimo de apropiación mediante un hacer del autor.

6. Según la amplitud del círculo de autores posibles se distingue entre delitos comunes, delitos especiales y delitos de propia mano. En los **delitos comunes** cualquiera puede ser autor, como indica el anónimo "*el que*" con que dan comienzo la mayoría de preceptos penales. En los **delitos especiales propios** el tipo prevé sólo como posibles autores a personas especialmente caracterizadas (por ej., funcionarios o soldados). **Los delitos especiales impropios** pueden cometerse por cualquiera, pero la autoría de personas cualificadas constituye una causa de agravación de la pena.[44] En los **delitos de propia mano** el tipo presupone un acto de realización corporal que el autor debe ejecutar por sí mismo para que concurra el específico injusto de la acción de la correspondiente clase de delito.[45]

Son delitos especiales *propios* los específicos delitos de funcionarios, por ejemplo, el cohecho pasivo simple y el grave (§§ 331 y 332), la prevaricación (§ 336) y todos los delitos militares (§ 1 I y II WStG). Son delitos especiales *impropios* los delitos de funcionarios no específicos, por ejemplo, las lesiones cometidas en el desempeño de la función pública (§ 340). Son delitos *de propia mano,*[46] por una parte, aquellos tipos que requieren una propia intervención corporal del autor en el hecho, por ejemplo, el delito de embriaguez (§ 330a), la huida del lugar del accidente (§ 142), la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas, según el § 315c I núm. 1a (BGH 18, 6 [9]),[46a] el incesto (§ 173), los abusos deshonestos sobre personas incapaces de ofrecer resistencia (§ 179) (BGH 15, 132). El segundo grupo de delitos de propia mano lo constituyen los tipos que no requieren

41 De acuerdo *Bockelmann,* Allg. Teil, págs. 128, 146; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, pág. 300; *Schmidhäuser,* Allg. Teil, págs. 654 y ss.; *Wessels,* Allg. Teil, página 7.

42 *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, págs. 298 y ss, habla aquí de "delitos incongruentes desde el prisma constructivo", que contrapone a aquellos delitos en los que concuerdan exactamente las partes objetiva y subjetiva ("congruencia").

43 *Hegler,* ZStW 36 (1915), pág. 31 habla aquí de delitos "de tendencia interna trascendentes", *Schmidhäuser,* Allg. Teil, págs. 216 y ss. de "delitos de meta".

44 Cfr. la definición de *Langer,* Das Sonderverbrechen, pág. 456.

45 Cfr. con más detalle *Engelsing,* Eigenhändige Delikte, pág. 50; *Schmidhäuser,* Allg. Teil, pág. 512; en sentido contrario, desde la perspectiva del concepto unitario de autor, *Roeder,* JBl 1975, 569 y ss.

46 El texto sigue la investigación de *Herberg,* ZStW 82 (1970), páginas 913 y siguientes.

46a Cfr. *Rehberg,* Schultz-Festgabe, págs. 79 y ss.

un comportamiento corporal, pero sí personal. Entre ellos cuentan la bigamia (§ 171), la prevaricación (§ 336) y la injuria (§ 185). El tercer grupo lo integran los delitos de falso testimonio, en los que el Derecho procesal requiere una actuación personal (§§ 153, 154 y 156).

En los delitos especiales propios y en los de propia mano sólo pueden ser autores, coautores o autores mediatos sujetos cualificados o, respectivamente, que actúen personalmente, mientras que la *participación* (inducción y complicidad) resulta siempre posible. En los delitos especiales impropios solamente se castiga al partícipe no cualificado con arreglo al delito base (§ 28 II), en tanto que en los propios se atenúa la pena según el § 49 I (§ 28 I) (cfr. *infra*, § 61 VII 4a y d).

7. Según el grado de realización de los elementos del tipo, cabe distinguir entre **consumación y tentativa** (cfr. *infra*, § 49 III 3). En los distintos preceptos penales (§§ 81, 82, 184 I núm. 4, 89 III núm. 3, 316a, 357) se castiga, además, el "emprendimiento" **(tipos de emprendimiento).** Emprender un hecho significa, según el § 11 I número 6, tanto su tentativa como su consumación. Consumación y tentativa se equiparan, pues, en estos preceptos (delitos de emprendimiento *propio*). La importancia de los delitos de emprendimiento estriba en que suponen la imposibilidad de atenuación de la pena en caso de tentativa (§ 23, 2) y la exclusión de la impunidad por desistimiento (§ 24). Por lo demás, sobre la cuestión de hasta qué punto pueden aplicarse a los delitos de emprendimiento propios las reglas de la tentativa, cfr. *infra*, § 49 VIII 2. Existen, además, tipos que manifiestan la misma estructura que los delitos de emprendimiento propios, en cuanto en ellos se somete ya a pena la actuación con una determinada tendencia (delitos de emprendimiento *impropios*).[47] Se incluye entre éstos, por ejemplo, el § 113 ("agredir"), el § 257 ("prestar ayuda") y el § 292 ("perseguir"). Se discute si a estos delitos cabe extender las reglas generales de la tentativa (cfr. *infra*, § 49 VIII 2).

III. La formación de grupos de tipos

1. Los preceptos penales de la Parte Especial no se encuentran normalmente desconectados entre sí, sino que **manifiestan ciertas relaciones internas.**[48] En primer lugar, existe la relación entre *delito base* y *variante* (cualificada o privilegiada). El delito base es el tipo de partida, mientras que la variante se presenta como especificación *dependiente*, resultante de la adición de ciertos elementos, de la forma básica expresada en el tipo de partida. En segundo lugar, existe

47 *Schröder*, Kern-Festschrift, págs. 464 y ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 11 Anm. 64 y ss.; *LK (Busch)*, § 46a Anm. 6 y ss.; *Dreher*, § 11 Anm. 34.

48 Cfr. la amplia exposición de *Maurach*, Materialien, t. I, págs. 249 y ss.; también *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 305 y ss.; *Wessels*, Allg. Teil, págs. 22 y siguientes.

el *delito autónomo (delictum sui generis)*,[49] que aunque se halla en una conexión criminológica con otro delito, representa una variante independizada y se encuentra, por ello, separada de todo otro delito en el sistema legal. Queda al arbitrio del legislador decidir si en la formación de los grupos de tipos prefiere seguir una u otra vía, por lo que sólo es posible averiguar cuál ha elegido mediante una *interpretación* comparativa de los tipos en juego.

Ejemplos: Quien comete perjurio como testigo o perito (§ 154) realiza necesariamente todos los elementos del falso testimonio (§ 153), por lo que es preciso admitir aquí la presencia de una variante dependiente (BGH 8, 301 [309]). Por el contrario, el cohecho pasivo grave (§ 332) constituye un delito autónomo frente al cohecho pasivo simple (§ 331), porque aquel hecho se refiere, a diferencia de este otro supuesto más leve, a un desempeño de la función pública contrario al deber, por mucho que la aceptación de regalos vincule criminológicamente a ambos preceptos (BGH 12, 146 [148]). Distinta es la cuestión de si, pese a ello, es posible el delito continuado.[50]

2. Cuando a partir de un delito base y mediante la adición de elementos se forman nuevos tipos penales que aparecen como especiales modalidades de aquel delito base, nos hallamos frente a una **variante dependiente.** Los elementos adicionales pueden expresar tanto una agravación como una atenuación del contenido de injusto o de culpabilidad del delito base. Se distinguen, según esto, variantes **cualificadas y privilegiadas.**

Junto a la posibilidad de formar, mediante la adición de elementos cualificativos, variantes dependientes del tipo básico que representan tipos completos en sí mismos en relación de dependencia respecto de un tipo básico (así, el § 244 en relación con el § 242), cabe expresar causas de agravación de la pena sin configuración típica, mediante la previsión de *casos especialmente graves* (así, § 266 II en relación con el § 266 I), que pueden concretarse a través de *ejemplos típicos (Regelbeispiele)* (así, el § 243 en relación con el § 242). Nos hallamos entonces frente a reglas de determinación judicial de la pena (cfr. *infra*, § 26 V). También las causas de atenuación de la pena pueden expresarse sin acudir a tipos completos. Tal sucede, por una parte, en los *casos menos graves* (así, el § 249 II en relación con el § 249 I), que también representan reglas de medición judicial de la pena (cfr. *infra*, § 26 V), y, por otra parte, introduciendo la *exigencia de querella* como presupuesto procesal (así, §§ 247, 248a en relación con el § 242) (cfr. *infra*, § 85 I 1).

49 Cfr. con más detalle *Nagler*, ZAK 1940, 366; en contra de este concepto, *Haffke*, JuS 1973, 407.

50 Cfr. *Arthur Kaufmann*, JZ 1959, 376.

Ejemplos: El delito base del hurto es el hurto simple (§ 242). De él derivan la agravación de la pena para casos especialmente graves con ejemplos típicos (§ 243, cfr. BGH 23, 254 [257]), el hurto con armas y en cuadrilla (§ 244), como tipo cualificado, y la exigencia de querella en de escaso valor (§ 248a), como tipos privilegiados. Un delito autónomo dentro del grupo del hurto es el robo impropio (§ 252). El tipo básico de los delitos contra la vida es el homicidio (§ 212) (en sentido distinto BGH 1, 368 [370]). De él derivan el asesinato, como variante cualificada (§ 211), y el homicidio solicitado (§ 216) y el infanticidio (§ 217), como variantes privilegiadas (en distinto sentido BGH 1, 235 [237]). Por el contrario, la muerte imprudente constituye un delito autónomo (§ 222). El § 213 contiene casos menos graves de homicidio, con el ejemplo típico de la provocación.

En caso de concurrencia de elementos del tipo cualificativos y atenuantes en el marco de variantes dependientes, si se excluyen recíprocamente las consecuencias jurídicas propias de los preceptos cualificados y privilegiados, se estará al **efecto oclusivo del tipo más benigno,** y en otro caso se aplicarán cumulativamente todas las consecuencias jurídicas.[51]

Ejemplos: El infanticidio ejecutado con crueldad (§ 211) puede sólo castigarse según el § 217, pero el momento cualificativo puede contemplarse en la medición de la pena en el marco que señala este último precepto. El hurto entre parientes cualificado por la concurrencia de fractura tiene cabida en los ejemplos típicos del § 243 núm. 1, y el hurto entre parientes con armas en el § 244 I núm. 1, 2, aunque la persecución penal dependa en ambos casos, según el § 247, de la interposición de querella por el sujeto pasivo.

3. Por el contrario, si bien los **delitos autónomos** muestran en el bien jurídico protegido y en la descripción de la acción cierto parentesco con otros delitos, no existe en ellos la característica relación con un tipo básico. El nuevo tipo se ha desgajado del contexto de su grupo de delitos para formar una norma jurídica independiente dotada de un contenido propio de desvalor.

Ejemplos: El robo (§ 249) es un delito autónomo, compuesto de integrantes de coacción cualificada (§ 240) y de hurto (§ 242). Al propio tiempo, constituye el delito base respecto de supuestos cualificados (§§ 250, 251).

Pero el concepto de delito autónomo desempeña únicamente una función de ordenación, y no pueden deducirse de él consecuencias dogmáticas.[52] En particular, la cuestión de si es extensible más allá de las variantes dependientes la relajación de la accesoriedad prevista en el § 28 II para los especiales elementos personales, ha de resolverse mediante la interpretación de los tipos correspondientes (cfr. *infra,* § 61 VII 4b).

51 Cfr. con más detalle *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, pág. 306; *Wessels,* Allg. Teil, págs. 23 y ss.

52 *V. Hassemer,* Delictum sui generis, págs. 88 y ss.; *Haffke,* JuS 1973, 407.

IV. Elementos descriptivos y normativos del tipo

Al construir los tipos jurídico-penales, el legislador utiliza elementos descriptivos y valorativos (normativos), tanto para la caracterización de circunstancias exteriores (objetivas), como interiores (subjetivas) (sobre la significación de la distinción en orden a la función de garantía de la ley penal, cfr. *supra,* § 15 I 4). Aunque la terminología sea vacilante, existe amplia unanimidad en el fondo de esta materia.[53]

1. Los **elementos descriptivos del tipo** son conceptos tomados del lenguaje cotidiano o de la terminología jurídica que describen objetos del mundo real. Son susceptibles de una *constatación fáctica,* por lo que pueden entenderse como "descriptivos" aunque la precisión de su exacto contenido requiera la referencia a una norma y manifiesten, así, un cierto grado de contenido jurídico.[54]

Ejemplos: Son elementos descriptivos del tipo, que designan objetos del mundo exterior aprehensibles por los sentidos, los de "persona" (§§ 211, 212, 222), "edificio, local cerrado y recipiente" (§ 243, núm. 1, 2), "instalación eléctrica" (§ 248c), "amenaza con peligro actual para la integridad física o la vida" (§ 249), "matar" (§§ 211, 212), "dañar la salud" (§ 223). A objetos del mundo *psíquico interior* se alude con elementos como los de "codicia" (§ 211 II), ánimo de apropiación (§ 242), "ánimo de enriquecimiento" (§ 259), "escándalo" (§ 183a). Todos estos elementos suponen a la vez una cierta coloración normativa, sin que por ello pierdan su propio contenido de realidad. Lo mismo vale para conceptos que requieren una apreciación cuantitativa, como acciones "de cierta relevancia" (§ 184c número 1) o hacen necesario un enjuiciamiento cognitivo, como "falsedad del testimonio" (§ 153), "peligro" (§ 315 a-c) o "instrumento peligroso" (§ 223a). Además, poseen carácter descriptivo aquellos elementos que designan determinados conceptos del tipo legal por medio de términos propios de la lengua usual que resumen la definición de una acción, como "injuria" (§ 185) o "coito" (§ 177).

2. Los **elementos normativos del tipo** apuntan, en cambio, "a hechos que sólo pueden pensarse e imaginarse bajo el presupuesto lógico de una norma".[55] Se incluyen aquí los *conceptos jurídicos propios,* los conceptos *referidos a valor* y los conceptos *referidos a sen-*

53 Cfr. *M. E. Mayer,* Lehrbuch, págs. 182 y ss.; *Mezger,* Traeger-Festschrift, págs. 221 y ss.; *Grünhut,* Frank-Festgabe, págs. 21 y ss.; *Kunert,* Die normativen Merkmale, págs. 89 y ss.; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, págs. 308 y ss.; *Engisch,* Mezger-Festschrift, págs. 142 y ss. a quien sigue el texto.

54 Por esta vía se evita tener que explicar *todos* los elementos del tipo como de "naturaleza normativa", como hace *E. Wolf,* RG-Festgabe, pág. 56.

55 Así *Engisch,* Mezger-Festschrift, pág. 147.

tido. Se comprende que también en los elementos normativos se halla normalmente en juego un momento de realidad aprehensible por los sentidos, por lo que también se encuentran en relación con el mundo de los hechos.[56]

Ejemplos: Como conceptos jurídicos contenidos en tipos penales cabe mencionar los de "matrimonio" (§ 171), "deber legal de alimentos" (§ 170b), "documentos" (§ 267), "ventaja patrimonial" (§ 263), "funcionario" (§§ 331 y ss., en rel. con § 11 I núm. 2). Son conceptos referidos a valor los de "móviles bajos" (§ 211 II), "medidas violentas o arbitrarias" (§ 241a), "atentados contra las buenas costumbres" (§ 226). Entre los conceptos referidos a sentido cuentan los de "ataque a la dignidad humana" (§ 130), "acción sexual" (§ 176 y ss. en rel. con el § 184c), "secreto" (§ 203).

Los elementos normativos del tipo merecen un tratamiento especial en la teoría del dolo y del error, mediante el concepto de la "valoración paralela en la esfera del profano" (cfr. *infra,* § 29 II 3a).

V. Casos especialmente graves, casos menos graves y ejemplos típicos

1. La modificación de los tipos en cuanto a su penalidad no sólo tiene lugar mediante variantes dependientes del tipo básico completamente reguladas, que constituyen a su vez tipos cualificados o privilegiados (cfr. *supra,* § 26 III 2), sino también acudiendo a causas innominadas de agravación o atenuación de la pena. La ley las designa como "casos especialmente graves" (por ej., §§ 240 I, 263 III, 266 II, 267 III) o "casos menos graves" (por ej., §§ 154 II, 177 II, 217 II, 249 II y 311 II). Puesto que aquí falta la determinación de las razones que han de presidir la modificación del marco penal típico, de modo que el juez puede decidir con libertad las circunstancias a que desea acudir para fundamentar la agravación o atenuación de la pena, los casos especialmente graves y menos graves no constituyen elementos del tipo, sino **reglas de medición judicial de la pena,** mediante las cuales se opera en el interior del marco penal típico la formación de gradaciones de grupos de casos no mencionados previamente (BGH 2, 181 [183]; 4, 226 [228]).[57] Concurre un **caso especialmente grave** cuando las circunstancias objetivas y subjetivas del hecho desbordan tan inequívocamente el merecimiento de

56 No es, en cambio, correcto estimar aquí, como *v. Weber,* GA 1953, 161, "conceptos complejos", en los que bastaría para el dolo el conocimiento por el autor de los hechos que sirven de base al concepto, pues para el contenido de sentido no basta la base fáctica, sino que es precisa también la referencia normativa del elemento.

57 En contra de los casos especialmente graves por exigencias del Estado de Derecho, *Baumann,* Allg. Teil, pág. 671; *Maiwald,* Gallas-Festschrift, pág. 150; *Wahle,* GA 1969, 161 y ss. (que propone convertir los casos especialmente graves en tipos cualificados).

pena propio de los casos usuales según la experiencia y, por ello, contemplados en la formación de la penalidad típica ordinaria, que ésta no basta para la retribución de injusto y culpabilidad (BGH 5, 124 [130]) (cfr. también la definición más amplia del § 62 E 1962).[58] La estimación de un **caso menos grave,** concepto que ha venido a asumir la función de las anteriores "circunstancias atenuantes" y de los "casos especialmente leves" (BGH 26, 97), puede apoyarse en la totalidad de las circunstancias que intervienen en la valoración de hecho y autor, con independencia de si integran el propio hecho, le preceden, le acompañan o le siguen, con tal de que influyan en la medida de la culpabilidad del autor (BGH 4, 8 [11]) (cfr. § 63 E 1962).[59]

Sobre el dolo en los casos especialmente graves y menos graves, cfr. *infra,* § 29 II 3b.

2. Para la caracterización de circunstancias agravantes que modifiquen la penalidad prevista en el tipo para el hecho punible, el legislador utiliza, además, en creciente medida, casos especialmente graves que se concretan mediante "*ejemplos típicos*" **(Regelbeispiele).** Este método de ejemplificación fue recomendado, sobre todo, por *Lange* para la reforma del Derecho Penal,[60] se recogió por el E 1962[61] y ha sido usado desde entonces con frecuencia por el legislador (por ejemplo, §§ 94 II, 113 II, 125a, 243, 292 II, 302a II), para estructurar la penalidad típica de determinadas clases de delitos mediante la introducción de un grupo de casos más concretamente perfilados que los indeterminados casos especialmente graves. Tampoco los ejemplos típicos constituyen elementos cualificativos del tipo,[62] sino **reglas de determinación judicial de la pena** (BGH 23, 254 [256 y ss.]).[63] El significado de los ejemplos típicos es doble. Por una parte, la concurrencia de los elementos de uno de tales ejemplos es sólo un *indicio* de la presencia de un caso especialmente grave.[64] El juez puede negar el efecto indiciario si la valoración global de hecho y autor pone de manifiesto que, pese a la realización de los elementos del ejemplo típico, el contenido de injusto y de culpabilidad del hecho no se aparta esencialmente del término medio de los casos de la correspondiente clase de delito que se producen normalmente (BGH 20, 121 [125]; 23, 254 [257]; BayObLG JZ 1973, 384). Aparte de ese arbitrio ju-

58 Cfr. *Dreher,* ZStW 77 (1965), págs. 227 y ss.; *el mismo,* § 46 Anm. 40; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 38 Vorbem. 47. Cfr. también *Lackner,* § 46 Anm. 2a.

59 Cfr. *Dreher,* § 46 Anm. 40; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 38 Vorbem. 48.

60 *Lange,* Materialien, t. I, pág. 84.

61 Cfr. E 1962, Begründung, págs. 184 y ss.

62 Pero así *Calliess,* JZ 1975, 117, con ulteriores referencias (nota 8).

63 Así la doc. dom.; cfr. *Arzt,* JuS 1972, 515 y ss.; *Blei,* Heinitz-Festschrift, página 423; *Dreher,* § 243 Anm. 1; *Lackner,* § 46 Anm. 2b; *LK (Heimann-Trosien),* § 243 Anm. 4; *Schönke/Schröder/Eser,* § 243 Anm. 1; *Wessels,* Maurach-Festschrift, pág. 299; *SK (Horn),* § 46 Anm. 57.

64 Sobre esto cfr. con más detalle *Arzt,* JuS 1972, 389 y ss., y 515 y ss.

dicial, el legislador ha excluido en el hurto (§ 243 II) la posibilidad de estimar un caso especialmente grave cuando el hecho se refiera a una cosa de escaso valor.[65] Por otra parte, el juez puede admitir un caso especialmente grave aunque no se cumplan los elementos de ningún ejemplo típico. En primer lugar, el supuesto de hecho puede ser análogo al ejemplo típico (por ej., alguien roba una cosa de importante valor artístico de una exposición, § 243 I núm. 5), de suerte que el ejemplo típico despliega un efecto de analogía que, tanto en el § 223 I ("otro instrumento peligroso") como en el § 315 I núm. 4 ("agresión análoga e igualmente peligrosa"), ha sido querida por el legislador, puesto que el juez debe orientarse a partir de los ejemplos típicos. En segundo lugar, un caso especialmente grave puede admitirse incluso sin dicha analogía, cuando la gravedad del hecho (por ej., el daño especialmente elevado en el hurto, § 243), en atención a injusto y culpabilidad, equivalga a la gravedad de los casos mencionados en los ejemplos típicos. La concurrencia de un ejemplo típico, por tanto, al contrario de lo que sucede con los elementos del tipo, concede sólo al juez la posibilidad de estimar un caso especialmente grave y, por otra parte, como en las causas indeterminadas de agravación de la pena, aquél puede admitir un caso especialmente grave aunque no se realice ningún ejemplo típico.[66]

Los ejemplos típicos reciben, por lo general, el mismo tratamiento que los elementos del tipo; para el dolo cfr. *infra*, § 29 II 3b, para la tentativa, *infra* § 49 III 2, para la participación, *infra* § 61 VII 4, nota 44a, para el concurso, *infra* § 69 II 3b, nota 30a.

3. Los casos especialmente graves y menos graves indeterminados, como los ejemplos típicos, no pueden modificar la calificación de un hecho como delito grave *(Verbrechen)* o delito menos grave *(Vergehen)* (§ 12 III) (cfr. *supra*, § 7 IV 3).

* * *

I. Bien jurídico y objeto de la acción

1. Sobre el significado del bien jurídico en la doctrina española vid. supra *Adiciones de Derecho español al § 24 I 3. Respecto de la corriente, reflejada en el texto, que destaca el sentido de* relación *entre el hombre e intereses vitales, personalmente la he acogido en la versión de* Calliess, *subrayando la necesidad de superar las concepciones naturalístico-materialistas y eticistas del bien jurídico, para descubrir su significado* social, *de instrumento que*

65 Sobre las complejas cuestiones que se suscitan en caso de cambio de dolo y error, cfr. *Dreher* § 243 Anm. 41.

66 En contra del método de ejemplificación por razones derivadas del Estado de Derecho, *Maiwald*, Gallas-Festschrift, págs. 158 y ss. con ejemplos de la Jurisprudencia que muestran que el juez se ve obligado a una contemplación puramente cuantitativa e incontrolable en cuanto se aparta de los ejemplos típicos.

condiciona la participación *en los sistemas sociales.*[1] *De ahí que la lesión de la base material del bien jurídico no implique necesariamente la de éste, como puede suceder en las intervenciones quirúrgicas curativas, que no suponen disminución, sino aumento final de las posibilidades de participación que la integridad corporal ofrece al sujeto — lo que confiere fundamento material a la solución de estos casos como de atipicidad.*

En cuanto a la idoneidad o no del concepto de bien jurídico para servir de límite *al ámbito de lo punible, la doctrina española discrepa.*[2] *Todo depende del sentido, jurídico-positivo o no, que se confiera a aquel concepto. En el primer sentido, todo objeto de protección por el Derecho será bien jurídico, por lo que este concepto no puede lógicamente limitar al Derecho. Mas si se adopta un concepto "político-criminal" de bien jurídico, que intente designar la clase de bienes que* deben *importar al Derecho y* merecen *su protección, su idoneidad limitadora es evidente. La ventaja, a mi juicio, de este segundo planteamiento es que ofrece un criterio material útil para la Política criminal, en un doble sentido:* a) *como* desideratum *dirigido al legislador* (de lege ferenda); b) *como guía material de la interpretación de los tipos, que puede permitir su restricción (función* de lege lata *de la Política criminal).*

2. La distinción de bien jurídico y objeto de la acción *es dominante en España, aunque casi siempre designado el segundo como "objeto material" y con frecuencia empleándose* también *la terminología "objeto jurídico" para referirse al primero.*[3] *Según partan de un concepto de bien jurídico como* realidad *efectivamente lesionada, al estilo de* Welzel,[4] *o como* valor, *al modo del texto,*[5] *deberá admitirse o no la* posibilidad *de que se corresponda con el objeto de la acción (así, en el homicidio según la primera concepción la vida de que se priva a la víctima sería a la vez bien jurídico y objeto de la acción, mientras que en el segundo seguirían distinguiéndose la vida como valor y como concreta realidad fenoménica). La creencia de que es* necesaria *siempre la correspondencia de ambos conceptos de bien jurídico y objeto de la acción explica que un autor argumente que en nuestro Derecho no todo delito encierra la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico aludiendo como ejemplos a los delitos de mera actividad y de omisión pura.*[6]

Por mi parte, entiendo: 1.°) Que el bien jurídico puede corresponderse *con el objeto de la acción, pero no en el sentido de que ambos conceptos*

1 Vid. *Mir Puig, Introducción* p. 135 ss.

2 Así, mientras *Cerezo Mir* concede la función limitadora decisiva a las "concepciones ético-sociales, jurídicas y políticas", Curso p. 12 nota 6, *Muñoz Conde*, Introducción p. 150, afirma la necesidad de un concepto *material* de bien jurídico llamado a servir de base a la crítica de los bienes jurídicos efectivamente protegidos por el Derecho positivo, y *Mir Puig*, Introducción p. 128 ss., se muestra claramente favorable a la idoneidad limitadora del concepto de bien jurídico.

3 Cfr. *Cuello Calón*, PG, p. 332; *Jiménez de Asúa*, Tratado III 107 s.; *Cerezo Mir*, PG p. 12; *Rodríguez Mourullo*, PG I p. 275 s.

4 Cfr. *Welzel*, Lehrbuch p. 4 s.; así, aunque confundiendo a continuación bien jurídico y objeto del ataque, *Cuello Calón*, PG p. 287, designa a los bienes jurídicos como de naturaleza material o incorporal.

5 Así *Jiménez de Asúa*, Tratado III p. 108; *Rodríguez Mourullo*, PG I p. 276, aunque, como *Cuello*, atribuye a ese "valor" la virtualidad de satisfacer las necesidades *físicas* del hombre y más adelante admite la posibilidad de un "efectivo daño del bien jurídico (v. gr., la *destrucción* de la vida...)" (p. 279).

6 Cfr. *Rodríguez Devesa*, PG p. 407.

puedan identificarse o confundirse, sino en el sentido de que el bien jurídico es una concreta realidad empírica — porque el Derecho debe proteger realidades concretas, no valores abstractos: así, nuestras *vidas, no "la vida", que no existe en la realidad —, pero realidad contemplada en su valor funcional para el Derecho, y tal realidad empírica puede constituir el objeto de la acción del delito (como sucede en el homicidio). Nótese que no hay en este planteamiento coincidencia de conceptos: el bien jurídico no es* sólo *una realidad empírica como el objeto de la acción, de naturaleza naturalística, sino dicha realidad* más su valor funcional *de bien para el Derecho. 2.°) Aunque según lo anterior todo bien jurídico tiene como substrato una concreta realidad empírica, esta realidad puede ser tanto material (p. ej., la vida), como inmaterial (p. ej., el honor), y en este último caso el bien jurídico no encontrará correspondencia con un objeto de la acción.*[6 bis]

II. Clases de tipos

Las clasificaciones efectuadas en el texto y la terminología en él empleada son ya conocidas en España, en especial gracias a las traducciones de los Tratados de Mezger *y* Maurach.[7] *Me limitaré, pues, en aras a la brevedad, a destacar algún aspecto relevante para nuestro país.*

1. En la doctrina española prevalece el concepto de **resultado** *como empíricamente separado de la conducta corporal que defiende el texto.*[8]

2. Distinta a la vigente en Alemania es la regulación de los **delitos cualificados por el resultado** *en nuestro Derecho, pues en el CP no existe precepto alguno, como el actual § 18 StGB, que requiera expresamente la presencia de por lo menos imprudencia respecto del resultado causado. De ello se deduce unánimemente que no es necesario ni dolo ni culpa en tales delitos. Se consideran ejemplos paradigmáticos los arts. 348, 411 último párrafo (que emplean el verbo "resultare") y 488 último párrafo (que habla de "sobreviniere").*[9] *Su alcance, generalmente criticado por excesivo, se intenta restringir en el ámbito de la causalidad con ayuda de la teoría de la adecuación*[10] *o en el de la imputación objetiva mediante la exigencia de que el resultado represente la realización de aquel* peligro típico inherente al hecho base *que constituya el motivo de la agravación,*[11] *posición ésta más ajustada a la naturaleza normativa del problema.*

El Proyecto 1980 propone una solución paralela a la ofrecida por el § 18 StGB, al declarar en su art. 3, segundo inciso, que "cuando la pena venga determinada por la producción de un resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiese causado, al menos, por culpa".

3. La distinción de **delitos de peligro concreto y de peligro abstracto,**

6 bis Cfr. *Mir Puig,* Objeto del delito, en NEJ Seix, en prensa.

7 Vid. *Rodríguez Devesa,* PG p. 402 ss.; *Rodríguez Mourullo,* PG I 268 ss.

8 Cfr. *Rodríguez Ramos,* CPC 1977, p. 50 ss.; *Rodríguez Devesa,* PG p. 355; *Rodríguez Mourullo,* PG I p. 271; *Antón Oneca,* PG p. 162.

9 Sobre esto vid. *Gimbernat Ordeig,* Delitos cualificados por el resultado y causalidad, Madrid, 1966, p. 159 ss.; *Rodríguez Devesa,* PG p. 423; *Rodríguez Ramos,* CPC 1977, p. 58; *Antón Oneca,* PG p. 229 s.; *Córdoba Roda,* Notas I página 274.

10 Así *Córdoba Roda,* Notas I, p. 239 s.

11 Así *Gimbernat Ordeig,* Delitos cualificados p. 159 ss.

acogida por la doctrina española,[12] *se rechaza por* Rodríguez Devesa *por entender que en ellos la* ratio legis *de la peligrosidad usual de la acción "no basta para que sean técnicamente genuinos delitos de peligro", porque no requieren la concurrencia del mismo,*[13] *y se sustituye por* Rodríguez Mourullo *por la de origen italiano de peligro efectivo o concreto y peligro* presunto *por entender que "constituye un contrasentido continuar hablando de peligro abstracto allí donde puede existir efectivamente un peligro concreto...",*[14] *o por* Escrivá Gregori *por la de peligro implícito y explícito en el tipo.*[15]

*Esta última terminología responde, frente a las posiciones anteriores, al deseo de reflejar la exigencia, siquiera implícita, de que también en los delitos de peligro abstracto concurra peligro para bienes jurídicos, siguiendo la nueva tendencia de la doctrina alemana, expuesta en el texto (*supra, *II 2), a reputar atípicos los supuestos en que de antemano desaparece toda posibilidad de peligro.*[16] *Mas la doctrina dominante y la jurisprudencia españolas*[17] *consideran que en los delitos de peligro abstracto la ley presume* iuris et de iure *la peligrosidad de la acción (así, en el delito de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas del art. 340 bis a 1.°), a diferencia de los delitos de peligro concreto, en que sí es precisa la concurrencia de peligro (como en el delito de conducción temeraria del art. 340 bis a 2.°, que requiere poner en concreto peligro la vida de las personas, su integridad o sus bienes).*

Personalmente, estimo que la terminología ha contribuido a oscurecer la cuestión. Debería quedar claro a nivel terminológico que todos *los delitos ahora examinados implican* un mismo concepto de peligro. *Éste no puede sino consistir* siempre *en un juicio de pronóstico futuro formulado* ex ante, *con independencia de si luego* resulta *o no inminente* (ex post) *la lesión de uno o más bienes jurídicos concretos. El peligro es una característica* de la conducta, *que debe juzgarse* a priori *y que si concurre entonces* (ex ante) *será* siempre concreto, *sin que pueda condicionarse a la resultante de una lesión inminente: una conducta muy peligrosa* (ex ante *pero en concreto*) *puede por fortuna no dar lugar a la inminencia de una lesión, y viceversa. Mejor sería, por ello, distinguir entre* delitos de peligro de mera actividad *y* delitos de peligro de resultado,[18] *entendiendo por éste no el peligro concreto (que sólo puede ser característica de la acción), sino la* proximidad espacio-temporal *resultante* ex post *de una lesión.*

12 Cfr. *Barbero Santos,* Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto, ADPCP 1973, p. 489; *Rodríguez Ramos,* CPC 1977, p. 54 ss.

13 Cfr. *Rodríguez Devesa,* PG p. 409.

14 Cfr. *Rodríguez Mourullo,* PG p. 277 nota 22. Pero la terminología despierta recelos de presunciones contra reo en *Barbero Santos,* ADPCP 1973, p. 492, y *Rodríguez Ramos,* CPC 1977, p. 55 s.

15 Así *Escrivá Gregori,* La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal, Barcelona, 1976, p. 72 ss. y 133.

16 Cfr. *Escrivá Gregori,* op. cit., p. 73; *Barbero Santos,* ADPCP 1973, páginas 492 y 495, aunque no toma postura decidida.

17 Cfr. *Rodríguez Devesa,* PG p. 409; *Rodríguez Mourullo,* PG p. 279 s.; *Rodríguez Ramos,* CPC 1977, p. 55 s.; *Córdoba Roda,* Les délits de mise en danger, en RIDP 1969, p. 359.

18 Admite la correspondencia de estas categorías con las de peligro abstracto y concreto *Rodríguez Ramos,* CPC 1977, p. 55 ss.

Lo que sucede en la primera clase de delitos propuesta es que la ley parte de la presunción fundada de que ciertas conductas entrañan de por sí un peligro suficiente, presunción que sólo podrá contradecirse si por circunstancias especiales de antemano se halla totalmente excluida, según la opinión del espectador objetivo, la posibilidad de lesión. *Sólo así podrá evitarse dejar a juicio de cada cual si conductas como la de conducir en estado de embriaguez son o no peligrosas, lo que político-criminalmente es tanto más necesario cuanto que es conocida la tendencia de los sujetos más peligrosos a juzgar que en su caso no implicaba peligro su conducta.*

4. La distinción de ***delitos de comisión*** (o de "acción") *y de* ***omisión,*** *como la de* omisión propia (o pura) e impropia (o comisión por omisión), *es unánime en la doctrina española y tiene el mismo sentido que en Alemania. Tales delitos han de examinarse en detalle §§ 58 ss., adonde me remito. Baste ahora señalar que en nuestro Derecho no existe — como no existía en el anterior Derecho alemán — una expresa previsión legal de carácter general, como la del nuevo § 13 StGB, de la admisibilidad de la realización por omisión de los tipos que requieren la causación de un resultado.*

5. La distinción de ***consumación y tentativa*** *que se efectúa en el texto para el Derecho alemán, debe completarse en nuestro Derecho añadiendo la* ***frustración,*** *como fase intermedia entre ambas (art. 3 CP), y los* ***actos preparatorios punibles*** *(conspiración, proposición y provocación para delinquir) (art. 4 CP): cfr.* infra *§§ 49 ss.*

III. La formación de grupos de tipos

1. En castellano se halla más extendida la terminología de delito autónomo y delito dependiente, *que la de delito* sui generis *y* variante *(dependiente) empleada en el texto, mas no veo inconveniente, sino más posibilidades expresivas, en la utilización de la segunda. En particular, la palabra "variante" resulta de cómodo manejo.*

2. No es usual en nuestra legislación la técnica de los "casos especialmente graves" o "especialmente leves", *consistente en el StGB en la adición al tipo de una cláusula que viene a agravar o a atenuar la pena en base a la sola alusión a: "en los casos especialmente graves (o leves)". Ello es una muestra más del mayor legalismo de nuestro sistema punitivo. Mas el legislador alemán actual ha advertido la necesidad de determinar con mayor precisión el contenido de ciertos "casos especialmente graves (o leves)" y ha acudido al sistema de los "ejemplos típicos", mediante los cuales se ofrece una guía al juez, aunque de carácter no vinculante — esto es importante —, de valor puramente* indiciario *de la posible gravedad especial de los ejemplos enumerados.*

Subsección B

Elementos del tipo de injusto

Puesto que el contenido de injusto de toda clase de delito toma cuerpo en el tipo, para que un hecho sea antijurídico penalmente ha de corresponder a los elementos de un tipo legal. Esta correspondencia se llama **tipicidad** *(Tatbestandsmässigkeit)*. El tipo se compone de distintos grupos de elementos. Su armazón externa la integran los elementos objetivos del tipo (cfr. *infra*, § 27), entre los que cuenta la relación de causalidad entre acción y resultado (cfr. *infra*, § 28). El elemento central del tipo subjetivo es el dolo, al que, como su negación, se contrapone el error de tipo (§ 29). Los elementos subjetivos del tipo sirven a una más concreta caracterización de la voluntad típica de la acción (cfr. *infra*, § 30).

§ 27 *Los elementos objetivos del tipo*

Baumgarten, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1913; *Françoise Bernard-Tulkens*, L'actus reus en droit pénal anglo-américain, tesis Louvain 1976; *Sauer*, Tatbestand, Unrecht, Irrtum und Beweis, ZStW 69 (1957), pág. 1; *Schmidhäuser*, "Objektiver" und "subjektiver" Tatbestand: eine verfehlte Unterscheidung, Festgabe für H. Schultz, 1977, pág. 61; *Zimmerl*, Zur Lehre vom Tatbestand, Strafr. Abh. Heft 237, 1928.

I. Significado de lo "objetivo" en el tipo

1. El Derecho terrenal no castiga nunca por sí sola la voluntad mala.[1] Lo que el autor ha querido ha de trascender al exterior a través de una acción (cfr. *supra*, § 23 IV 2d). Esta forma de aparición externa del hecho es lo que describen los elementos del tipo. Constituyen el "núcleo objetivo-real de todo delito".[2] Pero los elementos objetivos del tipo no sólo describen los objetos del mundo exterior, sino **todo aquello que se encuentra situado fuera de la esfera psíquica del autor.**[3] Se alude a los elementos objetivos del tipo en este sentido más amplio cuando el precepto regulador del error de tipo (§ 16 I) se refiere a las "circunstancias que pertenecen al mundo real". Según ello, los elementos objetivos del tipo constituyen sólo en parte objetos y procesos del mundo aprehensible por los sentidos como "hombre", "mujer", "animal", "cosa", "matar", "incendiar", "dañar". A menudo se trata de conceptos más complicados, cuyo significado no se obtiene, o se obtiene sólo en parte, de la pura observación, sino que lo determinan o contribuyen a determinar procesos psíquicos o valoraciones jurídicas y sociales.

1 El Código Penal francés requiere un "élément matériel"; cfr. *Stefani/Levasseur*, Droit pénal général, pág. 180. También el Derecho Penal angloamericano requiere siempre, además de la "mens rea", un "overt act"; cfr. *Honig*, Das amerikanische Strafrecht, pág. 54; *Glanville Williams*, Criminal Law, páginas 1 y ss.; *Françoise Bernard-Tulkens*, L'actus reus, 1976.

2 Así *Welzel*, Lehrbuch, pág. 62; *Sauer*, ZStW 69 (1957), pág. 2. Sobre la estructura cfr. también *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núms. 194 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 61 y ss.

3 Sobre esta delimitación, *Zimmerl*, Zur Lehre vom Tatbestand, pág. 12; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 28.

Ejemplos: La "causación de escándalo" (§ 183a) constituye un resultado psíquico; la puesta en peligro del "derecho al honor" del ofendido (§ 185), un resultado social. Elementos normativos del tipo como "documento" (§ 267) o "acto sexual" (§ 184c núm. 1) exigen valoraciones de la naturaleza más diversa. Pero también los elementos descriptivos manifiestan con frecuencia referencias normativas que trascienden al ámbito de la pura observación (cfr. *supra*, § 26 IV 1). Por último, en las palabras que expresan una actividad final la descripción de la acción se funde tan íntimamente con la voluntad del autor (cfr. *supra*, § 24 III 2d), que incluso contribuyen a configurar los elementos objetivos del tipo momentos subjetivos de la psique del sujeto.

El concepto de lo "objetivo" en el tipo no puede, pues, incluirse sin más en el mundo de los fenómenos externos, sino que a menudo va unido a factores subjetivos y valoraciones normativas, por lo que resulta del todo imposible una tajante división formal del tipo en parte objetiva y subjetiva. Tampoco es del todo correcta la equiparación del concepto de elementos objetivos del tipo la totalidad de circunstancias situadas fuera del psiquismo del autor, pues en las palabras que expresan una actividad final entra también en juego la esfera psíquica del sujeto.[3a]

2. La parte objetiva del tipo nada tiene que ver con el *carácter objetivo del juicio de antijuricidad.* Por el contrario, la antijuricidad es una categoría objetiva porque constituye un baremo para todos igual. En este contexto el concepto de lo "objetivo" debe entenderse, pues, en el sentido de **"validez general".** Ello no excluye la inclusión de elementos subjetivos en el tipo (cfr. *supra*, § 24 III 4a).[4]

II. Los elementos objetivos del tipo en particular

Los elementos objetivos del tipo describen la acción, el objeto de la acción, en su caso el resultado, las circunstancias externas del hecho y la persona del autor.[5]

1. El núcleo de todo tipo es la **acción,** que puede hallarse determinada por circunstancias de la más diversa naturaleza: así, por su relación con personas o cosas, por su conexión en el espacio o en el tiempo, por su forma de ejecución y por su relación con otras acciones.

3a *Schmidhäuser*, Schultz-Festschrift, págs. 66 y ss. considera errónea la separación de tipo "objetivo" y "subjetivo", que él evita mediante la escisión del dolo en voluntad, que incluye en la acción antijurídica, y representación, que ubica en la culpabilidad. Pero la separación de voluntad y representación no constituye una menos "falsa distinción".

4 La misma contraposición en *Zimmerl*, Zur Lehre vom Tatbestand, página 29.

5 Cfr. para lo que sigue *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, págs. 76, 81; *M. E. Mayer*, Lehrbuch, págs. 89 y ss.; *Baumgarten*, Verbrechenslehre, págs. 187 y siguientes.

Ejemplos: Comete una perturbación del descanso de los difuntos (§ 168) el que efectúa actos injuriosos sobre una sepultura. El encubrimiento (§ 257) se refiere a otra persona que ha cometido un hecho antijurídico y al enriquecimiento que del mismo dimana.

2. El **objeto de la acción** es aquel objeto del mundo exterior en el cual, o en relación al cual, se realiza la acción típica (cfr. *supra*, § 26 I 4). Puede hallarse constituido por personas, cosas e, incluso, por objetos incorporales. Además, existen tipos que carecen de todo objeto de la acción. Éste es el caso de los delitos de mera actividad, como la bigamia (§ 171), la falsificación del estado civil (§ 169) o la deserción (§ 16 WStG). La precisión del objeto de la acción tiene lugar a menudo mediante adjetivos.

Ejemplos: Objeto de la acción del infanticidio (§ 217) es el hijo recién nacido no legítimo. En el hurto (§ 242) el objeto de la acción se halla constituido por la cosa mueble ajena. De ahí que un hijo legítimo no pueda ser objeto del infanticidio, ni una prestación intelectual objeto del hurto. También recibe el nombre de objeto de la acción (o del ataque) el objeto afectado en el caso concreto por el hecho (el niño X, la bicicleta del estudiante Y).

3. Fuera de la acción hay que contemplar al resultado en sentido estricto, como consecuencia de la acción separable espacio-temporalmente (cfr. *supra*, § 26 II 1). El resultado no es parte de la acción pero sí (a menudo) elemento objetivo del tipo. También el resultado puede determinarse con ayuda de elementos adicionales.

Ejemplos: El § 224 requiere la pérdida de un miembro principal o una considerable deformación permanente.

4. Las **circunstancias externas del hecho** caracterizan la situación en la que la acción ha de tener lugar para resultar punible.

Ejemplos: La injuria al miembro de un gobierno extranjero es punible con arreglo al art. 103 cuando el ofendido se encuentra en Alemania con carácter oficial. La resistencia a un funcionario ejecutivo prevista en el § 113 debe referirse a la realización de un acto de servicio. El § 154 requiere que el autor jure falsamente ante un Tribunal u otro órgano competente para tomar juramento.

5. El **círculo de autores** posibles se halla limitado en los delitos especiales propios a aquellas personas en las que concurren determinados elementos objetivos relativos al autor, y en los delitos especiales impropios resultan más gravemente penados los pertenecientes al círculo de personas cualificadas (cfr. *supra*, § 26 II 6). Aparte de los elementos relativos al autor que expresan una condición jurídica o una especial posición de deber, puede tratarse aquí de características naturales como las de "hombre" (§§ 175, 183) o "embarazada"

(§ 218 II). Los elementos relativos al autor de carácter natural pertenecen también al tipo objetivo.

* * *

I. Sobre la esencia de lo "objetivo" que integra el tipo, Jiménez de Asúa *destaca como el texto la posibilidad de que el resultado externo sea de naturaleza "psíquica".*[1]

II. 1. La consideración de que el resultado *no integra la* acción *es compartida en nuestro país por un sector doctrinal,*[2] *pero no se acoge por otra dirección importante,*[3] *que en este punto sigue el ejemplo de* Mezger, *aunque de éste se rechace la inclusión de la conducta corporal, junto al resultado externo, en un concepto amplio de resultado.*[4]

2. Sobre el objeto de la acción *y su distinción del bien jurídico* vid. supra, *notas de Derecho español al § 26 I 2.*

§ 28 *Causalidad e imputación objetiva*

Beling, Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre, GS 101 (1932), pág. 1; *Bienenfeld,* Die Haftung ohne Verschulden, 1933; *Bruns,* Ungeklärte materiell-rechtliche Fragen des Contergan-Prozesses, Festschrift für E. Heinitz, 1972, págs. 371 y ss.; *Burgstaller,* Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974; *v. Buri,* Über Causalität und deren Verantwortung, 1873; *el mismo,* Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885; *v. Caemmerer,* Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, 1956; *Engisch,* Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 1, 332, JZ 1951, 787; *el mismo,* Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug, Festschrift für H. v. Weber, 1963, pág. 247; *el mismo,* Vom Weltbild des Juristen, 2.ª ed., 1965; *Esser,* Schuldrecht, t. I: Allgemeiner Teil, 4.ª ed., 1970; *Geilen,* Suizid und Mitverantwortung, JZ 1974, 145; *J. Glaser,* Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht, 1858; *Gmür,* Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht, 1970; *Gollner,* "Zurüstungen" bei § 330a StGB, MDR 1976, 182; *Hardwig,* Geiträge zur Lehre vom Betrug, GA 1956, 6; *el mismo,* Verursachung und Erfolgszurechnung, JZ 1968, 289; *Hart/Honoré,* Causation in the Law, 1959; *Hartmann,* Das Kausalproblem im Strafrecht, Strafr. Abh. Heft 27, 1900; *Reinhard v. Hippel,* Gefahrurteile und Prognoseentscheidungen in der Strafrechtspraxis, 1972; *Honig,* Kausalität und objektive Zurechnung, Festgabe für R. v. Frank, t. I, 1930, pág. 174; *Honoré,* Die Kausalitätslehre im anglo-amerikanischen Recht im Vergleich zum deutschen Recht, ZStW 69 (1957), pág. 463; *Jakobs,* Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 307; *Kahrs,* Das Vermeidbarkeitsprinzip und die conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht, 1968;

1 Cfr. *Jiménez de Asúa,* Tratado III p. 341.

2 Así *Cuello Calón,* PG p. 335 s.; *Rodríguez Mourullo,* PG I p. 270 ss., y, sobre todo, p. 290 ss.

3 Cfr. *Antón Oneca,* PG p. 161 s.; *Córdoba Roda,* Una nueva concepción del delito, Barcelona, 1963, p. 74 ss. (no obstante cfr. Notas I p. 205); *Rodríguez Devesa,* PG p. 312 s.; *Jiménez de Asúa,* Tratado III p. 334.

4 Cfr. *Mezger,* Tratado I p. 172 s., y la Nota de la p. 173 de *Rodríguez Muñoz; Rodríguez Devesa,* PG p. 313; *Antón Oneca,* PG p. 162; *Cuello Calón,* PG página 336.

Armin Kaufmann, Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren, JZ 1971, 569; *Arthur Kaufmann,* Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 200; *Kienapfel,* Die Fahrlässigkeit..., Zeitschrift für Verkehrsrecht 1977, 1; *Knoche,* Die Entwicklung der Lehre vom Kausalzusammenhang im Zivil-und Strafrecht, tesis doctoral, 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; *H. Lange,* Adäquanztheorie..., JZ 1976, 198; *Larenz,* Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, tesis Göttingen 1927; *M. E. Mayer,* Der Causalzusammenhang..., 1899; *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; *el mismo,* Der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum beim Betrug, Festschrift für K. Peters, 1974, página 109; *Noll,* Strafrecht im Übergang, GA 1970, 176; *Nowakowski,* Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, 19; *Otto,* Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 91; *el mismo,* Grenzen der Fahrlässigkeit im Strafrecht, JuS 1974, 702; *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; *Salm,* Das vollendete Verbrechen, t. I, 2, 1967; *Samson,* Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972; *Schaffstein,* Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip..., Festschrift für R. Honig, 1970, pág. 169; *Ellen Schlüchter,* Grundfälle der Lehre von der Kausalität, JuS 1976, página 312 (m. Forts.); *Seebald,* Nachweis der modifizierenden Kausalität des pflichtwidrigen Verhaltens, GA 1969, pág. 193; *Spendel,* Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte, tesis, Heidelberg 1948; *el mismo,* Beihilfe und Kausalität, Festschrift für E. Dreher, 1977, pág. 167; *Stella,* Legge 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; *Tarnowski,* Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs, 1927; *Traeger,* Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 1904; *Ulsenheimer,* Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen..., JZ 1969, 364; *Walder,* Die Kausalität im Strafrecht, SchwZStr 93 (1977), pág. 113; *E. A. Wolff,* Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965.

I. Causalidad e imputación objetiva como fundamentos de la responsabilidad jurídico-penal

1. En los delitos de resultado la estimación de un delito consumado depende de la producción del resultado típico. Acción y resultado no se hallan yuxtapuestos, sin conexión, sino que han de encontrarse en una determinada relación para que el resultado pueda imputarse al autor como producto de su acción. Al describir el nexo existente entre acción y resultado, la ley parte, sin duda, de que tal relación consiste en la causalidad (cfr. por ej., § 222: "quien causa por imprudencia la muerte de una persona..."). **El problema de la causalidad** plantea, pues, en Derecho Penal la cuestión del **nexo que ha de concurrir entre acción y resultado** para que éste pueda imputarse

al autor como hecho propio.[1] El sujeto ha de haber **contribuido a causar** el resultado con su acción, pues en un Derecho Penal orientado a la protección de bienes jurídicos, carecería en principio de justificación la imputación objetiva de resultados producidos sin la intervención del autor. Sólo puede hacerse responsable de la producción de un daño a quien por lo menos lo ha impulsado por medio de su comportamiento (sobre excepciones, cfr. *infra*, § 28 I 2).

En Derecho Penal no puede manejarse sin modificaciones el *concepto filosófico de causalidad*, pues según el mismo es causa de un efecto la *totalidad de las condiciones* cuya presencia determina la aparición de la consecuencia, lo que supone que todas las condiciones que en conjunto constituyen la causa de un efecto, son necesariamente iguales y equivalentes, de modo que resulta imposible una consideración aislada de las condiciones particulares. En cambio, a los fines del Derecho Penal importa, precisamente, extraer una condición muy determinada, a saber, la acción humana, para comprobar si entre ella y el resultado existe un engarce que justifique la imputación de éste al autor como producto de su acción. Pero la consideración separada de la acción no sólo resulta necesaria en Derecho Penal por razones dogmáticas, sino que se halla en sí misma *justificada*, ya que el hombre es, en gran medida, capaz de conducir el proceso causal y, por tanto, resulta lícito tratar su comportamiento como "causa de naturaleza especial". Para afirmar la causalidad de una acción es, por lo menos, necesario que cuente *entre* las condiciones del resultado: la acción ha de haber *contribuido* a producir el resultado.

2. Pero no constituye algo obvio que la relación entre acción y resultado deba ser siempre de naturaleza *causal*, ni que la relación causal *baste* siempre para poder afirmar la responsabilidad jurídico-penal del autor por el resultado, pues para el Derecho Penal lo esencial no es la relación de causa a efecto, sino únicamente la cuestión de si el resultado puede ser objetivamente *imputado* al sujeto desde el prisma de una justa punición.[2] Debe distinguirse, así, entre causalidad e **imputación objetiva.**[3] Esta última plantea la cuestión de si un resultado ha de considerarse como el "hecho" de un hombre determinado (por ej., si la muerte del lesionado en un intento de homicidio que tiene lugar por un accidente de tráfico producido al dirigirse al médico, puede valorarse como hecho del homicida.[4] El baremo de la imputación objetiva en el ámbito del tipo *no* coincide con el utilizado en el marco de la teoría de la acción. Mientras que allí importaba la propia posibilidad de control del comportamiento humano (cfr. *supra*, § 23 IV 1),[5] en el tipo lo decisivo es el sentido de la acción típica y la forma que adopta su relación con el resultado.[6] Aquí se trata, pues, de una cuestión a resolver según criterios normativos.

1 Cfr. *Engisch*, Kausalität, pág. 4.

2 Cfr. para el Derecho Civil, *Bienenfeld*, Die Haftung ohne Verschulden, páginas 170 y ss.; para el Derecho Penal, *M. E. Mayer*, Causalzusammenhang, página 140; *Beling*, GS 101 (1932), pág. 7.

3 Sobre esto es fundamental *Larenz*, Hegels Zurechnungslehre, págs. 60 y siguientes.

4 Fundamental, *Honig*, Frank-Festgabe, págs. 179 y ss.: "[en la imputación objetiva hay que comprobar] la significación del nexo causal para el orden jurídico, medida con arreglo a los baremos que se dan en el propio orden jurídico"; también, pág. 184: "Es imputable ... aquel resultado que puede pensarse como finalmente producido (zweckhaft)".

La imputación objetiva no se corresponde siempre en Derecho Penal con la causalidad. *Por una parte*, existen casos en los que la imputación objetiva se afirma pese a la ausencia de relación de causalidad.[6a] Un ejemplo importante de ello lo constituyen los delitos de omisión impropia (cfr. *infra*, § 59 III 3). También falta una verdadera causación del resultado cuando se impide la prosecución de un intento de salvación y, por ello, se realiza el resultado lesivo. En ambos casos concurre sólo una causalidad hipotética (mentalmente supuesta). Además, en materia de condiciones objetivas de punibilidad, no es preciso que se encuentren en relación de causalidad con el hecho punible en sí mismo la producción del resultado grave en la riña tumultuaria (§ 227 I), la suspensión de pagos o la apertura de la quiebra o la desestimación de la solicitud de su declaración por falta de masa patrimonial en los delitos concursales (§§ 283-283d), ni la comisión de un delito en la embriaguez plena (§ 330 a) (cfr. *infra*, § 53 II 2a). Finalmente, en la complicidad la Jurisprudencia y un sector de la doctrina no requieren que el acto de cooperación se halle en relación de causalidad con el resultado del hecho principal (cfr. *infra*, § 64 IV 2c). *Por otra parte*, por lo que respecta a los casos en que la imputación objetiva recorta el alcance de la causalidad, cfr. *infra*, § 28 III, IV.

3. La **doctrina actual** subraya, por ello, con razón, la independencia y, en su caso, incluso preferencia del baremo jurídico que representa la imputación objetiva frente a la categoría científico-naturalística de la causalidad.[7] Sin embargo, debe partirse de la base de que son excepcionales los supuestos en los que cabe fundar la imputación objetiva sin ayuda de la causalidad. En todos los casos corrientes que ofrece la práctica de cada día es necesario y suficiente para la imputación objetiva del resultado típico que el mismo haya sido causado por el autor,[8] y ello está justificado, ya que el injusto

5 Cfr. *Jakobs*, Welzel-Festschrift, pág. 314.

6 Cfr. la teoría estratificada de *Wessels*, Allg. Teil, pág. 39.

6a En contra, *Spendel*, Dreher-Festschrift, pág. 169.

7 Así *Bockelmann*, Allg. Teil, págs. 65 y ss.; *Blei*, Allg. Teil, págs. 78 y ss.; *H. Mayer*, Grundiß, págs. 72 y ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 260 y ss.; *Roxin*, Honig-Festschrift, págs. 133 y ss.; *Schaffstein*, Honig-Festschrift, página 170; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, 228 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 71, 95 y ss.; *SK (Rudolphi)*, § 1 Vorbem. 57 y ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 218; *Wessels*, Allg. Teil, págs. 38 y ss.

8 Así, con razón, se trató también en el proceso Contergan de la cuestión de la causalidad de la talidomida en relación a lesiones nerviosas y malformaciones, cuestión resuelta positivamente por el Tribunal; cfr. LG Aachen JZ 1971, 507 (510 y ss.). En sentido crítico respecto del método de determinación de la

típico de los delitos de resultado consiste en la producción de la lesión del objeto de la acción prevista en el tipo.

II. Determinación de la causalidad

1. En Alemania, la teoría dominante en materia de causalidad es, tanto en la Jurisprudencia como en la doctrina, la *teoría de la condición*.[9] Puede formularse de la forma siguiente: Un resultado ha sido causado por una acción cuando ésta no puede suprimirse mentalmente sin que desaparezca el resultado. Para que resulte causal, la acción ha de constituir una "*conditio sine qua non*" del resultado. Todas las condiciones del resultado se consideran equivalentes, por lo que la teoría de la condición recibe también el nombre de *teoría de la equivalencia*.[10] Caso de que varias acciones constituyan condiciones del resultado, serán todas ellas causales, puesto que no es posible distinguir entre causalidad jurídico-penalmente relevante e irrelevante en el seno del concepto de causa (*"regressus ad infinitum"*). La limitación del extraordinario alcance que adquiere la responsabilidad por obra de la causalidad tiene lugar gracias a los tres correctivos siguientes: por la teoría de la imputación objetiva, por los elementos de la acción del correspondiente tipo y por la exigencia de dolo o imprudencia.

Ejemplo: Durante el transcurso de una fiesta que celebraba una asociación, un invitado que quería ver el patio del restaurante se precipitó, a causa de la oscuridad, al fondo de un pozo descubierto, perdiendo la vida a consecuencia de la caída. Causantes del resultado fueron aquí, entre otros, el constructor del pozo, el hijo del dueño del restaurante, que dejó abierto el pozo después del trabajo, el propio dueño del restaurante, que no se aseguró de que el pozo se hallase cerrado antes de la llegada de los huéspedes, el presidente de la asociación, que fue quien abrió la puerta que comunicaba el salón con el patio, antes cerrada, y, por último el empleado del restaurante, que suponiendo que la puerta estaría cerrada apagó la luz del patio (RG 57, 148). La cuestión de cuál de estas personas puede considerarse *jurídico-penalmente responsable* debe decidirse sólo, en el marco de la causalidad, según el § 222.

2. La teoría de la condición[11] fue iniciada por el procesalista austríaco *Julius Glaser*[12] y adoptada por *Maximilian von Buri*, miembro del RG en la primera época de su existencia.[13] El RG la acogió en reiterada Jurisprudencia (RG 1, 373 [374] hasta 77, 17 [18]) y el BGH se ha adherido también a ella (BGH 1, 332 con observaciones críticas de *Engisch* JZ 1951, 787; 2, 20 [24]; 7, 112 [114]; 24, 31 [34]). En la doctrina se defiende, asimismo, de forma absolutamente dominante.[14]

Las repetidas objeciones que se alegan en contra de la teoría de la condición se hallan en parte superadas y en parte pueden obviarse. En otro tiempo, la teoría de la condición podía conducir a resultados no equitativos en los delitos cualificados por el resultado, ya que con frecuencia una acción típica insignificante determina graves consecuencias (RG 5, 29: causación de ceguera por una leve bofetada; RG 54, 349: muerte de un hemofílico por habérsele arrojado una piedra). A partir de 1945 la Jurisprudencia aplicó en alguna ocasión la teoría de la adecuación (cfr. *infra*, § 28 III 2) en tales casos de concatenación de circunstancias extraordinarias (LG Heidelberg SJZ 1948, 207 con comentario de *Engisch*), pero el BGH ha vuelto a la teoría de la condición (BGH 1, 332: muerte del que auxilia a un borracho echado en la calle, por imprudencia de un conductor). El problema, sin embargo, ha perdido su importancia tras la introducción del § 18 (§ 56 de la anterior redacción). En cuanto a la objeción según la cual resulta en ciertos supuestos excesivamente amplia y en otros demasiado restringida,[15] puede obviarse mediante una adecuada interpretación de los tipos. Quien vierte el agua contenida en una artesa en el oleaje que desborda un dique, aumenta, sin duda, siquiera en pura teoría, la cantidad de agua, pero no produce ninguna "inundación" (§ 313).[16] No hace falta aún, para fundar dicha conclusión, introducir el correctivo de la imputación objetiva, pues ya se desprende de la sola interpretación. Tampoco es válido el ejemplo que se alega como prueba de la pretendida estrechez excesiva de la teoría de la condición: quien impide al auxiliador sacar del agua al que se ahoga, causa la

causalidad, *Armin Kaufmann*, JZ 1971, 572 y ss.; *Reinhard v. Hippel*, Gefahrurteile, págs. 69 y ss.; *Bruns*, Heinitz-Festschrift, págs. 331 y ss.

9 En el *extranjero* se concibe la noción de causalidad de distintas formas, según la utilización que de ella se hace en la estructura del delito. *Rittler*, t. I, página 101 y *Nowakowski*, Grundriß, pág. 48 defienden la teoría de la condición; también con arreglo al nuevo StGB austríaco *Leukauf/Steininger*, § 1 Vorbem. (págs. 21 y ss.). *Hafter*, Allg. Teil, págs. 81 y ss., por el contrario, se manifiesta en favor de una corrección de la teoría de la condición mediante la idea de la adecuación. Sobre esto *Gmür*, Kausalzusammenhang, págs. 97 y ss. En el sentido de la "fórmula de la condición adecuada a las leyes de la experiencia", en cambio, *Schultz*, Einführung, t. I, pág. 107; *Walder*, SchwZStr 93 (1977), páginas 136 y ss. El Tribunal de casación francés se halla próximo a la teoría de la condición (cfr. Cass. de 3-11-1955, D. P. 1956, Jurisprudence, pág. 25; Cass. de 15-1-1958, J. C. P. 1959 II, núm. 11.026); también *Merle/Vitu*, Traité, págs. 551 y ss. *Bettiol*, Diritto penale, pág. 265, defiende la teoría de la adecuación, "che circola nelle vene del codice". Se aproxima a la moderna ciencia del Derecho Penal *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal, págs. 319 y ss. También acentúa la idea de la imputación objetiva *Pompe*, Handboek, pág. 94; favorable a la teoría de la adecuación *D. Hazewinkel-Suringa*, Inleiding, págs. 127 y ss. Una exposición amplia de los problemas de causalidad en base a la filosofía marxista-leninista se contiene en *Lekschas/Renneberg*, Lehrbuch, págs. 238 y ss.

10 Es la única teoría de la causalidad científicamente estudiada; cfr. *Esser*, Schuldrecht, pág. 299.

11 Una exposición histórico-dogmática ofrece *Knoche*, Entwicklung, páginas 23 y ss., 128 y ss., 179 y ss., y 221 y ss.

12 Cfr. *J. Glaser*, Abhandlungen, pág. 298.

13 Cfr. *v. Buri*, Über Causalität, pág. 1; *el mismo*, Die Causalität, pág. 1.

14 Cfr. *Baumann*, Allg. Teil, págs. 224 y ss.; *Dreher*, § 1 Vorbem. 17; *Kohlrausch/Lange*, Vorbem. II B 1; *Lackner*, § 13 Vorbem. III 1c; *LK (Heimann-Trosien)*, Einleitung Anm. 91 y ss.; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 162; *Preisendanz*, Vorbem. IV 2; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 212; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 258; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 43.

15 Cfr. sobre esto *E. A. Wolff*, Kausalität, págs. 15 y ss.

16 Ejemplo de *Traeger*, Der Kausalbegriff, pág. 41.

muerte de éste. En los delitos de omisión impropia y en los casos en que se impide la evitación de un resultado la teoría de la condición es aplicable en el marco del examen de la causalidad hipotética.

3. Los problemas que plantea la teoría de la condición son de otro tipo, relativos a la **prueba del nexo causal** por medio de la fórmula de la "*conditio sine qua non*". La misma supone la aplicación de un procedimiento hipotético de eliminación, por el que se suprime mentalmente la acción cuya virtualidad causal respecto del resultado se trata de probar, para poder constatar a continuación si el resultado subsistiría o no. Numerosos casos dudosos han sido resueltos por la Jurisprudencia en base a esta fórmula.[17]

Ejemplos: La relación de causalidad se afirma en los supuestos de anormalidad corporal o psíquica de la víctima de una lesión (RG 5, 29 [31]; 27, 93) y en aquellos en los que a la víctima corresponde parte de culpa (RG 6, 249 [250]; 22, 173 [175]; BGH 7, 112 [114]), en caso de concurrencia de varias acciones independientes de distintas personas (RG 56, 343 [348]; OGH 2, 352 [355]), y cuando se produce error sobre el proceso causal (RG 77, 258; OGH 2, 284 [286]; BGH 10, 291 [294]). La intervención de un tercero que actúa imprudente o, incluso, dolosamente, no determina tampoco **"interrupción del nexo causal"**. Ello resulta evidente para los casos en que el autor hace posible la actuación imprudente de un tercero (RG 34, 91 [92 y ss.]): un revólver cargado y sin seguro, que había sido introducido en el bolsillo del abrigo en el guardarropa del teatro, se dispara "en broma" (BGH 4, 360 [362]: accidente producido por la imprudencia de una patrulla de tráfico que detenía a un camión no iluminado), aunque también se admite para supuestos de intervención *dolosa*[18] (RG 61, 318 [320]: arrendamiento de una vivienda que encierra peligro de incendio y a la que se prende fuego dolosamente; RG 63, 382 [386]: producción dolosa de una elección dolosamente incorrecta; RG 64, 316 [318]: abandono doloso de una parturienta no legítima que da muerte al niño; RG 64, 370 [372]: entrega de veneno imprudente a quien se halla decidido a un homicidio; RG 77, 17 [18]: lesiones causadas por estupefacientes proporcionados al drogadicto).

17 También en la doctrina se utiliza, con frecuencia, la fórmula de la condicio sine qua non, cfr. *Mezger*, Lehrbuch, pág. 114; *H. Mayer*, Lehrbuch, página 133; *Lackner*, § 13 III Vorbem. 1c (se expresan reservas en Vorbem. III 1c aa); *Kohlrausch/Lange*, Vorbem. II B 1; *LK (Heimann-Trosien)* Einleitung Anm. 91; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 212 (también con restricciones en número 213). Según *Dreher*, § 1 Vorbem. 17, la fórmula "no" se halla "libre de reparos, pero es utilizable". En favor de su utilización restringida *Salm*, Das vollendete Verbrechen, págs. 93 y ss. *Nowakowski*, JBl 1972, 26 destaca el "valor heurístico" del procedimiento de eliminación. En sentido crítico, sobre todo esto, *Engisch*, Weltbild, págs. 132 y ss.

18 La teoría iniciada por *Frank*, § 1 Anm. III 2a (pág. 14) y seguida en la actualidad por *H. Mayer*, Lehrbuch, págs. 138 y ss.; *Naucke*, ZStW 76 (1964), páginas 408 y ss. y *Otto*, Maurach-Festschrift, págs. 98 y ss. de la "prohibición de regreso" *(Regressverbot)* a ninguna condición previa a la producción dolosa del resultado se considera hoy inadmisible por incompatible con la esencia de la teoría de la equivalencia; cfr. *Baumann*, Allg. Teil, págs. 229 y ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 272; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 78, 79; *SK (Rudolphi)*, § 1 Vorbem. 49; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 36.

Únicamente desaparece la conexión causal cuando un suceso posterior elimina por completo la virtualidad del anterior y produce a su vez el resultado (RG 69, 44 [47 y ss.]: no existe estafa procesal cuando al final deja de importar el falso testimonio).

4. La fórmula utilizada por la Jurisprudencia, que equipara el suceso real a un proceso causal hipotético, encierra, sin embargo, una doble incorrección.[19] *Por una parte,* no aprehende de forma inmediata la relación de causalidad, sino que la presupone lógicamente, pues sólo cuando ya se sabe que existe relación de causalidad entre la causa y el resultado puede decirse que sin la causa tampoco se hubiera producido el resultado. Si, en cambio, se desconoce la virtualidad de la causa, la "supresión mental" no arroja ninguna luz sobre si ha tenido o no algún influjo (cfr., por ej., la discutida cuestión de la causalidad de la talidomida para malformaciones en el estadio embrionario [LG Aachen JZ 1971, 510 y ss.[20]]). Por lo tanto, sirve, a lo sumo, a efectos del control lógico. *Por otra parte,* la comparación del suceso real con otro proceso imaginario conduce a error cuando, en caso de no haberse producido la acción, otra causa hubiese determinado el mismo resultado en el mismo momento y de la misma forma *(causalidad hipotética),* o cuando el resultado fue producido por dos o más condiciones simultáneas, cada una de las cuales resultó eficaz con independencia de las demás *(causalidad cumulativa)* (por ejemplo, el asesinato de César por veintitrés puñaladas). Aquí no cabe poner en duda la causalidad, por lo que incluso la Jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido, pese a que en tales casos el nexo causal hubiera debido negarse con arreglo al proceso hipotético de eliminación.

Ejemplos: El incendio de las partes todavía indemnes de un edificio en llamas seguirá constituyendo un delito de daños aunque el fuego ya existente hubiese acabado con todo poco después (RG 22, 325). El cooperar en la confección de listas destinadas a la eliminación de enfermos mentales no deja de constituir complicidad con los homicidos por el hecho de que, de no haberlo hecho los médicos del establecimiento, otros hubieran proporcionado las listas (BGH 1, 321 [330]). La solicitud que motiva el envío de judíos a un campo de concentración es causal respecto de su muerte aunque las víctimas tampoco hubiesen quedado a salvo sin ella (BGH 2, 20 [24]). El estafador causa la disposición patrimonial pese a que el estafado igualmente le hubiera dado el dinero sin necesidad del engaño (BGH 13, 13 [14]). Si va-

19 Cfr. con más detalle *Engisch*, Kausalität, págs. 14 y ss.; *el mismo*, Weltbild, págs. 130 y ss.; *el mismo*, v. Weber-Festschrift, página 261. De acuerdo, *Honoré*, ZStW 69 (1957), págs. 466 y ss.; *Arthur Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift, págs. 207 y ss.; *Armin Kaufmann*, JZ 1971, 574; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 265; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 226 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 74; *SK (Rudolphi)*, § 1 Vorbem. 40; *Wessels*, Allg. Teil, página 35.

20 Cfr. sobre esto, *Armin Kaufmann*, JZ 1971, 572 y ss.

rios partícipes infieren al robado lesiones mortales, es causa de la muerte cada uno de los actos homicidas (RG 19, 141 [145]).[21]

La ciencia ha intentado por distintos caminos dejar a salvo en estos supuestos el método hipotético de eliminación. *Traeger* intentó fijar la atención en la pregunta de si se hubiera producido un resultado *jurídicamente* equivalente caso de faltar el comportamiento correspondiente.[22] *Hartmann* dirigió la mirada a la configuración del concreto *proceso* causal.[23] Pero también contra esto cabe formular objeciones. Pues, aunque es cierto que la prueba de la causalidad ha de partir siempre del suceso real en su concreta configuración y en su forma de aparición (OGH 1, 229 [232]; BGH 10, 369 [370]), en los casos de completa igualdad de los procesos real e imaginado se cae necesariamente en el círculo vicioso según el cual la acción ha de considerarse causal por haber sido la que causó el resultado.[24] Por ello, *Spendel* ha propuesto una corrección de la fórmula causal usual destinada a excluir la causalidad hipotética. Según la misma, deben contemplarse únicamente las "circunstancias efectivamente realizadas".[25] Tal formulación sigue siendo insatisfactoria, pues el dejar de computar aquellos factores que hubiesen operado en lugar de la acción del autor, caso de no haberse producido ésta, viene ya a suponer prácticamente el abandono de la idea de la "conditio sine qua non".[26] Además, la fórmula de *Spendel* fracasa en los supuestos de causalidad cumulativa, puesto que en ellos las condiciones sustitutivas se realizan de forma efectiva. *Tarnowski* propone, por ello, para estos casos, la siguiente versión: ante varias condiciones que pueden suprimirse mentalmente de forma alternativa, pero no cumulativa, sin que desaparezca el resultado, todas ellas han de reputarse causales respecto de dicho resultado.[27] Pero la respuesta a la pregunta de si las condiciones son susceptibles de supresión mental presupone, de nuevo, el esclarecimiento de su virtualidad causal.

Lo correcto es, por tanto, dejar de preguntar si, atendidas las circunstancias, el resultado se hubiese producido igual sin la acción cuya causalidad se cuestiona, pues para que una acción ostente el carácter de condición es sólo preciso que haya originado efectivamente el resultado según la ley de la causalidad y *con arreglo a los conocimientos que nos ofrece la experiencia.* Para ello, es necesario analizar cada caso desde el prisma de las *conexiones que le son propias según las leyes de la naturaleza,* preguntando si la acción ha sido de tal clase que, según nuestra experiencia, haya producido como

21 Si no puede determinarse qué lesión ha producido la muerte, sólo cabe, evidentemente, castigar a todos los intervinientes por tentativa, salvo que concurra coautoría, cfr. *Mezger,* Lehrbuch, pág. 115.

22 *Traeger,* Der Kausalbegriff, págs. 46 y ss. En contra, acertadamente, *M. L. Müller,* Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs, págs. 10 y ss.

23 *Hartmann,* Das Kausalproblem, pág. 77.

24 Así, con razón, *Engisch,* Kausalität, pág. 16.

25 *Spendel,* Die Kausalitätsformel, pág. 38. De acuerdo, *Seebald,* GA 1969, página 202.

26 *Arthur Kaufmann,* Eb. Schmidt-Festschrift, pág. 209.

27 *Tarnowski,* Die systematische Bedeutung, pág. 47; también *Spendel,* Die Kausalitätsformel, pág. 82 y *Welzel,* Lehrbuch, pág. 45.

consecuencia fenómenos como los que han tenido lugar en el caso concreto. De este modo, para la causalidad en el sentido de la teoría de la condición solamente importa averiguar *si han seguido a una acción modificaciones cronológicamente posteriores del mundo exterior que se hallasen unidas a la acción con arreglo a las leyes de la naturaleza* y aparezcan como resultado típico *(fórmula de la condición ajustada a las leyes de la naturaleza)* **(Formel von der gesetzmässigen Bedingung).**[28] A tales efectos en nada puede auxiliar la fórmula de la "*conditio sine qua non*", sino sólo el juicio técnico del especialista.

5. La fórmula de la condición ajustada a las leyes de la naturaleza conduce sin dificultad a resultados convincentes incluso en los casos de *causalidad adelantada* **(überholenden Kausalität).**[29]

Ejemplo: X toma dos tazas de café. En la primera, A ha vertido una dosis mortal de veneno, lo mismo que ha hecho B en la segunda taza por separado de la acción de A. El veneno de B actúa con mayor celeridad y determina la muerte de X. En este caso debe negarse la virtualidad causal de la dosis de veneno de A, ya que por medio de su dosis de veneno B ha descartado la eficacia de la acción de A y con independencia de ella ha puesto en marcha una nueva serie causal que ha producido el resultado *(causalidad interrumpida).* Por consiguiente, A sólo es responsable de homicidio intentado (cfr. también OGH 2, 285).

La fórmula de la "*conditio sine qua non*" debe corregirse aquí, en el sentido de que, ciertamente, X hubiese perecido a consecuencia del veneno de A, pero algo después, por lo que la dosis de veneno de B, al menos por lo que afecta al momento de la muerte de X, no puede suprimirse mentalmente. En caso de que no sea posible determinar si X bebió de la taza de A o de la de B, ninguno de ambos será responsable más que de homicidio intentado (en sentido parecido, el caso BGH NJW 1966, 1823) (*in dubio pro reo,* cfr. *supra,* 16 II). Si A y B no actuaron separadamente el uno del otro, sino conjuntamente, como coautores, ambos serán responsables de homicidio consumado, pues a cada uno cabe imputar como hecho propio el comportamiento del otro (cfr. *infra,* § 63 I 2).

28 Así *Engisch,* Kausalität, págs. 21, 25 y ss, y siguiéndole *Arthur Kaufmann,* Eb. Schmidt-Festschrift, pág. 210; *Noll,* GA 1970, 180; *Hardwig,* GA 1956, 12 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 13 Vorbem. 76; *SK (Rudolphi),* § 1 Vorbem. 41; *Samson,* Hypothetische Kausalverläufe, págs. 31 y ss. Sobre el hecho de que también existen leyes de la experiencia que rigen la "causalidad psíquica", cfr. *Engisch,* v. Weber-Festschrift, pág. 269 (y BGH 13, 13 [15]). Los criterios de la conexión adecuada a las leyes de la experiencia se investigan en forma particularizada por *Stella,* Legge scientifiche, págs. 231 y ss.

29 *Samson,* Hypothetische Kausalverläufe, págs. 95 y ss. destaca con razón que también según esta teoría deben contemplarse causas sustitutorias hipotéticas en los casos de intervención en "procesos causales de salvamento", pero en tales supuestos se produce una estructura comparable a la causalidad hipotética de la omisión (cfr. *infra,* § 59 III 3).

III. Restricciones tradicionales de la imputación objetiva

1. Al remitir la adecuación del nexo causal a las leyes empíricas, la teoría de la condición conduce teóricamente al infinito: desde este prisma, incluso los padres y abuelos del asesino han causado la muerte de la víctima. De ahí que se intente, con arreglo a criterios de validez general, seleccionar de entre el sinfín de condiciones que contribuyen a producir el resultado según el concepto de causalidad, las **causas jurídicamente importantes.** Según esto, queda únicamente como misión del concepto de causa la designación de la *totalidad* de hechos que *de alguna forma* importan a la valoración jurídica, mientras que la responsabilidad jurídico-penal ha de determinarse después en el interior de este marco lo más amplio posible. La Jurisprudencia (RG 61, 320; BGH 4, 182; 12, 75 [78]; OLG Stuttgart NJW 1959, 2.320) y un sector de la doctrina[30] acometen las restricciones necesarias en base a la **exigencia de dolo e imprudencia.**

Ejemplos: La víctima perece a consecuencia de una insignificante herida en la cabeza inferida por una piedra arrojada por descuido, porque es hemofílica (RG 54, 349). El médico provoca una enfermedad mental en la paciente al comunicarle sin tacto alguno la sospecha de cáncer que sobre ella recae (RG 66, 181 [184]). Al hacer explotar antes de tiempo unos fuegos artificiales, el autor lesiona por imprudencia a otra persona, que más adelante fallece por efecto de la narcosis necesaria para efectuarle un trasplante de piel (RG 29, 218 [222]). El derrumbamiento de una fachada acaecido con ocasión de unos trabajos de reconstrucción determina la muerte de un obrero que, según las disposiciones relativas a la prevención de accidentes, no debía encontrarse en ese lugar de la obra (RG, 56, 343 [350]). La responsabilidad jurídico-penal por el resultado de muerte *(involuntario)* puede contemplarse también en todos estos casos desde el prisma de la previsibilidad objetiva del resultado y del proceso causal y bajo esta perspectiva debe ser negada (cfr. *infra,* § 55 II 3). En un homicidio pasional en que el autor cayó durante el hecho en un transtorno mental que excluyó su capacidad de culpabilidad (§ 20), el dolo se constató según los principios relativos a la desviación del curso causal (BGH 7, 325 [329]).

Sin duda, es posible acudir a dolo e imprudencia para limitar la responsabilidad. Pero en realidad se trata de un problema referente a la imputabilidad *objetiva* (cfr. *infra,* § 28 IV).

2. A la delimitación de la responsabilidad jurídico-penalmente relevante en el marco de la causalidad sirve, también, la **teoría de la adecuación.** Requiere que el resultado causado por el autor fuese hasta cierto punto *probable* al realizarse la acción para que ésta pueda contemplarse como causa del resultado. La condición ha de ser adecuada al resultado, y sólo lo son aquellas condiciones *típicamente*

30 Cfr. *Baumann,* Allg. Teil, pág. 230; *LK (Heimann-Trosien),* Einleitung Anm. 94; *Stratenwerth,* Allg. Teil I, núm. 217; *Welzel,* Lehrbuch, pág. 45.

apropiadas para producir el resultado.[31] La teoría de la adecuación se presentó, pues, en un principio como verdadera teoría de la causalidad y no sólo como teoría de la imputación objetiva en el marco del nexo causal delimitado previamente por la teoría de la condición. Pero ello respondía a un falso concepto de causalidad. El fundamento material de la teoría de la adecuación reside en el hecho de que sólo la creación de un *riesgo* jurídicamente desaprobado puede corresponder al sentido de la norma prohibitiva y de que sólo son imputables aquellos resultados en que dicho riesgo se ha *realizado.*

No fue ningún jurista, sino un médico, el fundador de la teoría de la adecuación: el fisiólogo de Friburgo *Johannes v. Kries.*[32] No obstante, él hizo manejable su teoría para el Derecho Penal, con la finalidad, sobre todo, de evitar los injustos resultados que la aplicación de la teoría de la condición podía determinar en el ámbito de los delitos cualificados por el resultado. Según *v. Kries,* la agravación de pena prevista para los delitos cualificados por el resultado se justifica únicamente por el hecho de que el delito base implica el peligro de la consecuencia más grave, por lo que solamente puede determinar la agravación una circunstancia que propicie en forma típica la aparición del resultado. La teoría de la adecuación encontró adhesión en la literatura jurídico-penal,[33] pero no llegó a adoptarse por las *Salas Penales* del RG ni por la del BGH, a las que pareció que en Derecho Penal el dolo y la imprudencia ofrecían suficiente correctivo al excesivo alcance de la responsabilidad jurídico-penal. Por el contrario, las Salas de lo Civil del RG y del BGH han aplicado con frecuencia la teoría de la adecuación (RGZ 42, 291; 50, 219; 69, 57; desde 78, 270 jurispr. dominante), porque en Derecho Civil existe la responsabilidad sin culpa (responsabilidad por la puesta en peligro) y, aun en los casos de responsabilidad por culpa, ésta se requiere sólo respecto del factor causante del daño, cuya culpabilidad basta, en principio, para que deba responderse de todas sus consecuencias, incluidas las inculpables. La teoría de la adecuación resulta, sin embargo, excesivamente general como principio limitador de la responsabilidad, incluso para el Derecho Civil, por lo que en la práctica apenas ha desempeñado papel alguno, lo prueba el hecho de que la Jurisprudencia ha afirmado casi siempre la adecuación del nexo causal.[34] Por ello, en Derecho Civil hoy se resuelve la cuestión de los límites de la responsabilidad atendiendo al sentido y alcance de la norma que fundamenta la responsabilidad (BGHZ 27, 137), y no acudiendo a vagas y generalizadoras fórmulas de la causalidad.[35]

31 Cfr. con más detalle, *Engisch,* Kausalität, págs. 41 y ss.; *Walder,* SchwZStr 93 (1977), págs. 144 y ss.

32 Cfr. *v. Kries,* Prinzipien, págs. 75 y ss.; *el mismo,* ZStW 9 (1889), página 528.

33 Cfr. *Bockelmann,* Allg. Teil, págs. 66 y ss.; *Frank,* § 1 Anm. III 1d; *v. Hippel,* t. II, págs. 144 y ss.; *Traeger,* Der Kausalbegriff, págs. 159 y ss.; *Engisch,* Kausalität, págs. 41 y ss.; *Radbruch,* Adäquate Verursachung, páginas 64 y ss. (limitado a los delitos calificados por el resultado). Cfr. también la exposición de *v. Hippel,* t. II, pág. 144, nota 1. Favorable a la aplicación de la teoría de la adecuación en la estafa, *Naucke,* Peters-Festschrift, pág. 118; y en el § 330a *Gollner,* MDR 1976, 189.

34 Cfr. *H. Mayer,* Lehrbuch, págs. 137 y ss.; *Esser,* Schuldrecht, pág. 304.

35 Cfr. *v. Caemmerer,* Kausalzusammenhang, págs. 11 y ss.; *Stoll,* Kausal-

En otras palabras, lo que importa es el fin de protección de la norma vulnerada, idea que empieza a imponerse también en Derecho Penal con relación a la cuestión del baremo de la imputación objetiva en los delitos imprudentes (cfr. *infra*, § 55 II 2bb).

Hoy se concibe la teoría de la adecuación como un método de delimitación del ámbito de la imputabilidad objetiva según el criterio de la probabilidad.[36] Para no restringir excesivamente dicho ámbito se ha dado a la fórmula de la adecuación una redacción negativa: "no ha de ser del todo improbable que la acción produzca el resultado".[37] El juicio de probabilidad se refiere a la relación de la acción con el resultado típico; en su versión negativa es suficiente para excluir los cursos causales completamente improbables, pero éstos son casos relativamente raros. Han de tomarse como base las circunstancias conocidas o cognoscibles en el momento y en el lugar del hecho *(ex ante)*. Como en sede de imputación objetiva la cuestión es qué comportamiento resulta *objetivamente correcto* para la evitación del resultado, no puede ser suficiente el conocimiento, ni la posibilidad de conocimiento del autor. El *conocimiento causal* del autor se ha de completar mediante las circunstancias que el "hombre prudente" hubiese tenido en cuenta en sus consideraciones (la llamada **prognosis objetivo-posterior**) (BGHZ 3, 261 [266 y ss.]). Se habla de prognosis "posterior" porque es el juez quien se retrotrae al momento de la acción. Además del resultado, tampoco la forma de producción del *curso* causal puede resultar del todo improbable, pues la imputación objetiva sólo está justificada cuando se realiza en el resultado el específico peligro inherente a la acción.

3. La distinción entre la causalidad en el sentido de la teoría de la condición y la cuestión de la responsabilidad jurídico-penal del autor por el resultado, constituye también el punto de partida de la **teoría de la relevancia.**[38] Para esta doctrina, de la equivalencia de todas las causas del resultado no cabe tampoco inferir que las mismas deban encerrar igual importancia jurídica en orden a la imputación. A diferencia de la teoría de la adecuación, la de la relevancia no persigue decidir a qué condiciones del resultado ha de limitarse en el caso concreto la responsabilidad jurídico-penal en base a un juicio de probabilidad, sino en cada caso según el sentido del tipo en cuestión. Constituye, por tanto, un principio jurídico valorativo que no ofrece

zusammenhang und Normzweck, págs. 5 y ss.; *el mismo*, Neuere Entwicklungen, páginas 9 y ss.; *H. Lange*, JZ 1976, 198 y ss.

36 Cfr. *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 67; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 163; *Honig*, Frank-Festgabe, t. I, pág. 182; *Engisch*, Weltbild, pág. 137; de otro modo, *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 262. Cfr. también BGHZ 3, 261 (265 y ss.); 18, 286 (288).

37 Así *Engisch*, Kausalität, pág. 46; RGZ 152, 401. Cfr. también *Traeger*, Kausalbegriff, pág. 159.

38 Así *Mezger*, Lehrbuch, págs. 122 y ss.; *Gerland*, Lehrbuch, pág. 116; Blei, Allg. Teil, pág. 78 y ss.; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 38; BGH 11, 1 (7).

criterios materiales según los cuales enjuiciar en los distintos grupos de casos la cuestión de la responsabilidad.

Las teorías de la adecuación y de la relevancia han sido sustituidas últimamente por criterios de imputación más precisos que permiten la exclusión de los casos en que, pese a la causación adecuada y a la relevancia típica de la acción, no parece justificada la imputación objetiva.

IV. La nueva teoría de la imputación objetiva

La dogmática más reciente ha acogido los puntos de vista que ofrecen las teorías de la adecuación y de la relevancia para la restricción de la responsabilidad jurídico-penal y, con ayuda de ulteriores argumentos, ha desarrollado una teoría de la imputación objetiva, que, si bien no ha sido formulada todavía de forma acabada, ya revela qué grupos de casos deben contemplarse y qué criterios deben guiar su solución.[39] Fundamento de la teoría de la imputación objetiva es la observación, deducida de la esencia de la norma jurídico-penal, que se halla también en la base de la teoría de la adecuación: sólo es objetivamente imputable un resultado causado por una acción humana (en el sentido de la teoría de la condición), cuando **dicha acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico.**[40] Para la solución de los distintos grupos de casos se atiende a puntos de vista adicionales que, no obstante, derivan en su totalidad de la misma idea básica.

1. No es imputable, desde el prisma de la **disminución del riesgo,** el resultado que el autor produce para evitar otro resultado más grave que de otra forma pudiera haberse producido.[41] El auxiliador desvía, por ejemplo, al hombro de la víctima un golpe dirigido a la cabeza de la misma que ponía en peligro su vida. Para las acciones de auxilio arriesgadas y fallidas cabe acudir, por lo demás, a la causa de justificación del riesgo permitido (cfr. *infra*, § 36 II 1).

2. La imputación objetiva subsiste, en cambio, cuando, de no haberlo causado el autor, el resultado hubiese acaecido en el mismo momento y con la misma intensidad por otra causa **(cursos causales hipotéticos)** (BGH 1,

39 Cfr. *Otto*, Maurach-Festschrift, págs. 91 y ss.; *Roxin*, Honig-Festschrift, páginas 133 y ss.; *Schaffstein*, Honig-Festschrift, págs. 169 y ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 228 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 95 y ss.; *SK (Rudolphi)*, § 1 Vorbem., 57 y ss.; *Ulsenheimer*, JZ 1969, 364 y ss.; *Wessels*, Allg. Teil, págs. 38 y ss.; Cree, por el contrario, que basta con la teoría de la adecuación, *Ellen Schlüchter*, JuS 1976, 313 y ss.

40 De acuerdo *SK (Rudolphi)*, § 1 Vorbem. 57; *Otto*, Grundkurs, págs. 74 y ss.; *Kienapfel*, Zeitschrift für Verkehrsrecht 1977, 7. Algo distinta es la formulación de *Kahrs*, Vermeidbarkeitsprinzip, pág. 267; *Wessels*, Allg. Teil, páginas 39 y ss. Cfr. también *Hart/Honoré*, Causation, págs. 356 y ss.

41 Cfr. *Bockelmann*, Allg. Teil, págs. 65 y ss.; *Roxin*, Honig-Festschrift, página 136; *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe, págs. 96 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenkner*, § 13 Vorbem. 98; *SK (Rudolphi)*, § 1 Vorbem. 58; *E. A. Wolff*, Kausalität, págs. 17, 23.

330; 2, 24; 13, 13).[42] Ello es válido también en los casos en que la hipotética causa sustitutiva se halla constituida por un acontecimiento de la naturaleza (el autor derriba por medio de una bomba un avión que en el mismo momento hubiera sufrido un accidente por causas mecánicas). Tampoco constituye una excepción el caso en que el otro hipotético autor hubiese actuado lícitamente (el caso escolar del padre que aparta de un golpe al verdugo y hace caer por sí mismo la guillotina sobre el asesino de su hijo).[42a]

3. En cambio, la imputación objetiva ha de negarse si **falta un riesgo jurídicamente desaprobado.**[43] Es lo que sucede en los célebres casos escolares del criado que es enviado al bosque cuando amenaza tormenta para que sea alcanzado por un rayo, del tío rico al que su sobrino persuade para que efectúe frecuentes vuelos en baratos aparatos charter con el fin de que se estrelle, de la falsa notificación de una muerte dirigida a provocar el fallecimiento por paro cardíaco de un pariente próximo. En este último caso deberá negarse la presencia de un peligro jurídicamente desvalorado salvo que concurra en el destinatario de la noticia una insuficiencia cardíaca conocida por el autor. Siendo así, existiría dolo, a diferencia de los otros dos casos, en que la imposibilidad de controlar el curso causal impide la concurrencia de una acción homicida dolosa.

4. La imputación objetiva puede faltar, además, cuando **el resultado queda fuera del ámbito de protección de la norma** que el autor ha vulnerado mediante su acción, ya que en tal caso no se realiza en el resultado el riesgo jurídicamente desaprobado que ha creado el autor, sino otra clase de riesgo.[44] El herido en un intento de asesinato, que no puede moverse del lugar del hecho, es alcanzado por un rayo, perece en accidente sufrido durante su traslado al hospital (BGH 1, 332 [334]), o fallece por efecto de un error médico (OLG Celle NJW 1958, 271). A causa de un defecto oculto del vehículo se causa un accidente durante un adelantamiento antirreglamentario (BGH 12, 75 [79]) (cfr. con más detalle *infra*, § 55 II 2b). La situación es distinta cuando la muerte tiene lugar en el hospital por una infección causada por un debilitamiento del estado de salud del paciente, consecuencia del accidente (OLG Köln VRS 20, 278). La imputación objetiva tampoco resulta posible cuando *se propicia la autolesión de otra persona* que actúa libremente y con plena responsabilidad, ya que su actuación queda fuera del ámbito de protección de los tipos de homicidio y de lesiones (BGH 24, 342: cocausación imprudente de un suicidio).[45] Lo mismo sucede cuando

42 Igual *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 82 y ss.; *SK (Rudolphi)*, § 1 Vorbem. 59 y ss. Discrepan, en parte, *Kahrs*, Vermeidbarkeitsprinzip, páginas 78 y ss.; *Arthur Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift, págs. 200 y ss.; *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe, págs. 86 y ss. y 142 y ss.

42a En distinto sentido, *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe, págs. 142 y ss.; pero como el texto, *SK (Rudolphi)*, § 1 Vorbem. 61.

43 Igual *Otto*, Maurach-Festschrift, págs. 99 y ss.; *Roxin*, Honig-Festschrift, págs. 136 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 96 y ss.; *SK (Rudolphi)*, § 1 Vorbem. 62; *Wessels*, Allg. Teil, págs. 40 y ss. (con una variante del caso del tío).

44 De acuerdo *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, págs. 99 y ss.; *Hardwig*, JZ 1968, 291; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 267 y ss.; *Roxin*, Gallas-Festschrift, pág. 242; *Otto*, JuS 1974, 704 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 101 y ss.; *SK (Rudolphi)*, § 1 Vorbem. 63 y ss.

45 Cfr. *Roxin*, Gallas-Festschrift, págs. 245 y ss.; *SK (Rudolphi)*, § 1 Vorbem. 79; en sentido crítico, *Geilen*, JZ 1974, 145 y ss.

la víctima de una lesión se produce a sí misma la muerte por su culpa, por ejemplo, rechazando una operación que le salvaría la vida. Por el contrario, debe afirmarse la presencia de imputación objetiva en los casos en que resulta una autolesión a consecuencia de *acciones peligrosas de salvamento* que el autor ha desencadenado con un hecho punible, y ello con independencia de si existía deber de auxilio, pues la protección del auxiliador entra también en el ámbito de los preceptos penales correspondientes. Si el autor se ha puesto a sí mismo en peligro y al auxiliarle resulta alguien lesionado, concurre imputación objetiva a condición de que el autor haya creado por imprudencia un peligro jurídicamente desvalorado (BGH 27, 359: transmisión imprudente de una enfermedad vírica al personal de la clínica).[46]

5. En los delitos imprudentes tampoco es imputable el resultado que, si bien se ha producido por un comportamiento antinormativo, aun observando una conducta adecuada a la norma hubiese acaecido igualmente con una probabilidad rayana en la seguridad **(caso del comportamiento alternativo ajustado a Derecho).** Se discute aquí la cuestión de cuál es la solución cuando la inevitabilidad del resultado no puede constatarse con seguridad (cfr. *infra*, § 55 II aa).

6. La imputación objetiva debe admitirse aunque el resultado lesivo tenga como única causa la **constitución anormal de la víctima,** ya que el ámbito de protección de la norma se extiende también a esta clase de puestas en peligro atípicas y el peligro jurídicamente desaprobado en el resultado (RG 54, 349, BGH 14, 52: casos de hemofilia; BGH LM, § 222 núm. 1: fallecimiento del ciclista accidentado motivado por anquilosis de la columna vertebral; OLG Stuttgart NJW 1956, 1.451 y ss.: muerte de la víctima de un accidente por acentuada tendencia a la trombosis). En estos casos el problema radica en la cuestión de la previsibilidad de la muerte.

7. Por último, en los **delitos cualificados por el resultado** sólo puede estimarse la imputación objetiva del resultado más grave cuando el resultado constituya la consecuencia inmediata de la comisión del delito básico, supuesto en que el específico peligro que encierra éste ha de haberse realizado en el resultado (cfr. *supra*, § 26 II 1).

V. Teorías individualizadoras de la causalidad

Las teorías individualizadoras de la causalidad han perdido en la actualidad toda vigencia (cfr. sobre las mismas la edición precedente, página 215).

* * *

I. Causalidad e imputación objetiva

La teoría dominante en España no ha distinguido todavía con claridad los problemas de la causalidad *y los de la* imputación objetiva, *considerando aún un sector importante que aquélla es por sí sola* suficiente *para la reali-*

46 Cfr. *SK (Rudolphi)*, § 1 Vorbem. 81. Discrepa *Roxin*, Gallas-Festscrift, páginas 246 y ss.; *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, págs. 112 y ss.

zación del tipo en los delitos de resultado,[1] *aunque se discute si en los delitos de comisión por omisión puede hablarse de causalidad*[2] *o no.*[3]

No obstante, una importante monografía de Gimbernat *dio entrada en nuestro país con anticipación a la más actual problemática de la imputación objetiva, distinguiendo nítidamente entre el problema causal, de naturaleza ontológica, y la cuestión de su trascendencia jurídico-penal, que logró vincular a la esencia de la antijuricidad penal.*[4]

En alguna sentencia el TS parece, aunque muy oscuramente, ser consciente de la diferencia de planos de la causalidad y la imputación jurídico-penal cuando, aun incorrectamente, contrapone la "causalidad material" a la "causalidad jurídica" (así S. 22 julio 65 entre muchas otras en materia de imprudencia),[5] *cuando estima que, aunque el concepto de causalidad es ontológico, como hecho valorado normativamente es jurídico (S. 19 abril 65), o cuando preconiza una selección entre las causas considerando la "causa principal" como* "la más *adecuada y objeto para la imputación" (20 marzo 68) o que "ha de valorarse a efectos penales* la más *relevante o trascendente"(17 febrero 69).*

II. Determinación de la causalidad

1. Puede decirse que en España predomina hoy en la **doctrina** *la determinación de la causalidad con arreglo a la* teoría de la adecuación, *como verdadera fórmula causal (a veces se denomina incluso como de la "causalidad adecuada"), no como criterio de imputación objetiva que opere* después *de la constatación de la causalidad.*[6] *Sin embargo, un sector importante distingue entre la causalidad ontológica, a determinar con ayuda de la fórmula de la* condicio sine qua non, *y la restricción que sobre esta base ofrece la idea de la adecuación.*[7]

2. Suele entenderse que la **jurisprudencia del TS** *responde a la* teoría de la equivalencia, *lo que acostumbra a deducirse del axioma constantemente repetido por nuestros Tribunales de que "qui est causa causae est causa causatum" (así, p. ej., SS. 31 marzo 34 y 21 mayo 1951), como del principio según el cual "el delincuente responde de sus actos y de todas sus consecuencias" (así, p. ej., SS. 3 junio 1878, 13 marzo 34).*[8] *Pero de hecho tales aforismos no ofrecen una respuesta precisa al concepto de causa manejado por el TS, pues precisamente dan por supuesto que se sabe cuál es "la causa de la causa" o cuáles son las "consecuencias" de los actos del sujeto. Su utilidad debe verse en su aplicabilidad a los cursos causales complejos: su verdadero contenido consiste en la atribución del carácter de causa no sólo a las condiciones próximas, sino también a las* remotas.[9]

Este principio resulta limitado por otro, en cierto modo contrapuesto, que también inspira la jurisprudencia: los "accidentes extraños" *interrumpen el nexo causal (p. ej.: SS. 15 enero 1966 y 13 marzo 34 y 20 marzo 68). Esta interrupción de la relación de causalidad, que recuerda la "prohibición de regreso" de* Frank, *no tiene lugar por obra de factores preexistentes o concomitantes (como la constitución física del herido), sino sólo generalmente por la concurrencia de una* actuación posterior *de otra persona, sea la víctima o un tercero (9 junio 69) no determinada por la acción del autor (23 diciembre 59), actuación aquélla que en principio se requiera que sea* dolosa *(así SS. 4 febrero 58 y 8 febrero 64), pero que en ocasiones se admite que sea* imprudente *(así SS 28 enero 53 y 1 junio 55).*[10]

Excepcionalmente, *el TS ha acogido criterios próximos al de la* adecuación, *a partir sobre todo de la importante S. 8 julio 33 (cfr. S. 9 junio 69).*[11] *Por lo demás, en su terminología las SS. TS suelen referirse a distintos puntos de vista, como el de la causalidad* eficiente *(S. 9 junio 69),* principal *(S. 17 febrero 69), etc., lo que contribuye a la impresión de la falta de un planteamiento unitario coherente en la concepción causal del TS.*[12]

III. Restricciones de la imputabilidad objetiva con ayuda de criterios tradicionales

1. Según se ha dicho, un sector doctrinal distingue en España la causalidad de su trascendencia jurídico-penal, acudiendo generalmente a la idea de la adecuación *como criterio de restricción de la relevancia jurídico-penal de las acciones causales. Tras este planteamiento se halla en parte la* teoría de la relevancia *de* Mezger, *en los autores que fundan la necesidad de excluir del Derecho penal los procesos causales inadecuados en su* falta de tipicidad, *por entender que el tipo sólo abarca los cursos causales normales, no los irregulares.*[13]

1 Así *Cuello Calón,* PG I p. 341 ss.; *Rodríguez Devesa,* PG p. 356 ss.; *Antón Oneca,* PG p. 162 ss; *Córdoba Roda,* Notas I p. 237 s.

2 Así *Cuello Calón,* PG I p. 343 y 345; *Rodríguez Mourullo,* PG I, p. 306 s.

3 Así *Rodríguez Devesa,* PG p. 371; *Antón Oneca,* PG 172.

4 Cfr. *Gimbernat Ordeig,* Delitos cualificados p. 101 ss. También ahora *Rodríguez Mourullo,* PG I p. 299 ss. Para los antecedentes, basados en teoría de la relevancia de Mezger, vid. nota 7 *infra.*

5 Vid. *Gimbernat Ordeig,* Delitos cualificados p. 123 s.

6 Así *Antón Oneca,* PG p. 167; *Cuello Calón,* PG p. 343 s.

7 Aunque sin referirse todavía al concepto de imputación objetiva: *Córdoba Roda,* Notas I p. 239 s.; *Jiménez de Asúa,* Tratado III p. 574 ss., en particular 575, donde, aun sin referirse a la adecuación, se hace depender la "relevancia" jurídico-penal del curso causal de la previsibilidad. Ahora, contraponiendo expresamente causalidad e imputación objetiva, *Rodríguez Mourullo,* PG I p. 294 ss. También *Gimbernat Ordeig,* Delitos cualificados, p. 45, 102 ss., aunque añade otros criterios normativos para restringir lo que llama "reprochabilidad objetiva de la acción".

8 Cfr. *Antón Oneca,* PG p. 164; *Cuello Calón,* PG p. 343 s.; *Rodríguez Mourullo,* PG I p. 303; *Rodríguez Devesa,* PG p. 367; *Córdoba Roda,* Comentarios I página 10 ss.; *Luzón Domingo,* Doctrina Penal del Tribunal Supremo, I, Barcelona, 1964, p. 53.

9 Cfr. *Antón Oneca,* PG p. 164.

10 Cfr. *Córdoba Roda,* Comentarios I p. 15; *Antón Oneca,* PG p. 166; *Rodríguez Mourullo,* PG I p. 304 s.; *Cuello Calón,* p. 344 s.; *Rodríguez Devesa,* PG página 365 s. Críticamente con razón *Gimbernat Ordeig,* Delitos p. 89 ss.

11 Cfr. *Antón Oneca,* PG p. 168; *Cuello Calón,* PG p. 344 s.; *Rodríguez Devesa,* PG p. 366 s.; *Rodríguez Mourullo,* PG I p. 303; *Córdoba Roda,* Comentarios I p. 14.

12 Cfr. *Antón Oneca,* PG p. 169 s.; *Rodríguez Devesa,* PG p. 367; *Rodríguez Mourullo,* PG I p. 303.

13 Así *Jiménez de Asúa,* Tratado III p. 574 y 578; *Rodríguez Mourullo,* PG I p. 299 ss.; aun sin referirse expresamente a la teoría de la relevancia, también *Córdoba Roda,* Notas I p. 239 s.

2. Gimbernat *da respuesta a la pregunta de por qué las causaciones inadecuadas (imprevisibles) no son típicas. Para ello acude, a mi juicio certeramente, a la esencia y límites de la antijuricidad: "Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuricidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever, sería desconocer la naturaleza de las cosas."*[14] *De ahí deriva el principio de que las acciones inadecuadas (imprevisibles) no son típicas ni en los delitos culposos ni en los dolosos.*[15]

IV. La moderna teoría de la imputación objetiva

Aunque algún autor ya ha acogido expresamente el concepto de imputación objetiva,[16] *en nuestro país ha sido* Gimbernat *quien ha desarrollado — y por cierto muy tempranamente y abriendo caminos originales — restricciones de las ahora previstas desde esa perspectiva por la doctrina alemana. Así, este autor formuló con anticipación el principio según el cual "si el resultado producido por el comportamiento negligente no es uno de los que se querían evitar con el establecimiento del deber, el autor estará exento de responsabilidad (...). En los delitos dolosos el procedimiento es análogo...";*[17] *lo que se corresponde con el principio actual del "ámbito de protección de la norma" (cfr.* supra *§ 28 IV 4). También defiende* Gimbernat *la exigencia de que en los delitos cualificados por el resultado la producción de éste suponga la realización del peligro típico inherente al hecho base*[18] *(cfr.* supra *§ 28 IV 7).*

§ 29 *Dolo y error de tipo*

Ambrosius, Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung, 1966; *Arzt*, Bedingter Entschluß und Vorbereitungshandlung, JZ 1969, 54; *Bähr*, Strafbarkeit ohne Verschulden (Strict Liability) im Strafrecht der USA, 1974; *Bockelmann*, Anmerkung zu BGH 9, 142, JZ 1956, 698; *el mismo*, Zur Auslegung des § 164 V StGB, NJW 1959, 1.849; *el mismo*, Über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie, Gedächtnisschrift für G. Radbruch, 1968, pág. 252; *Cramer*, Anmerkung zu BayObLG vom 18-4-1967, JZ 1968, 30; *Dreher*, Nochmals § 237 StGB, JZ 1973, 276; *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*, Anmerkung zu BGH 7, 363, NJW 1955, 1.688; *el mismo*, Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, Festschrift für Th. Rittler 1957, pág. 165; *Frisch*, Die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321; *Geck*, Die Grenzen der Vorsatzhaftung im französischen Strafrecht, tesis, Freiburg 967; *Geilen*, Zur Problematik des schuldausschließenden Affekts, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 173; *Germann*, Grundlagen der Strafbarkeit nach dem Entwurf des Allgemeinen Teils eines deutschen StGB vom 1958, ZStW 71 (1959), pág. 157; *el mismo*, Vorsatzprobleme..., SchwZStr 77 (1961), pág. 345; *Großmann*, Die Grenzen von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1924; *Grünhut*, Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht, 1926; *Grünwald*, Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 281; *Gschwind*, Zur Kriminologie des Vorsatzes, Festschrift für O. A. Germann, 1969, página 59; *Hardwig*, Die Zurechnung, 1957; *v. Hippel*, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1903; *el mismo*, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, VDA t. III, 1908, pág. 373; *Honig*, Zur gesetzlichen Regelung des bedingten Vorsatzes, GA 1973, 257; *Hruschka*, Zum Tatvorsatz bei zweiaktigen Delikten..., JZ 1973, 12; *el mismo*, Rückkehr zum dolus subsequens, JZ 1973, 278; *Jakobs*, Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten, 1967; *Jescheck*, Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff, Festschrift für E. Wolf, 1962, pág. 473; *Armin Kaufmann*, Der dolus eventualis im Deliktsaufbau, ZStW 70 (1958), pág. 64; *Ekkehard Kaufmann*, Die Erfolgshaftung, 1958; *Krümpelmann*, Motivation und Handlung im Affekt, Festschrift für H. Welzel, 1974, página 327; *el mismo*, Vorsatz und Motivation, ZStW 87 (1975), pág. 888; *Lacmann*, Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre etc., ZStW 31 (1911), pág. 142; *Lenckner*, Zum Begriff der Täuschungsabsicht in § 267 StGB, NJW 1967, 1.890; *Less*, Genügt "bedingtes Wollen" zum strafbaren Verbrechensversuch? GA 1956, 33; *Liebscher*, Strafrecht im Umbruch, ZfRV 1970, 181; *Löffler*, Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, 1895; *Nowakowski*, Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, JZ 1958, 355, 388; *el mismo*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, 19; *Oehler*, Neue strafrechtliche Probleme des Absichtsbegriffs, NJW 1966, 1.633; *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 neuen Strafrechtsdogmatik, JBl 1971, 236; *Roggemann*, StGB und StPO der DDR, 1976; *Roxin*, Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, JuS 1964, 53; *el mismo*, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW 74 (1962), pág. 516; *Schewe*, Bewußtsein und Vorsatz, 1967; *el mismo*, Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz, 1972; *W. Schmid*, "Bedingter Handlungswille" beim Versuch und im Bereich der strafbaren Vorbereitungshandlungen, ZStW 74 (1962), pág. 48; *Schmidhäuser*, Willkürlichkeit und Finalität als Unrechtsmerkmale im Strafrechtssystem, ZStW 66 (1954), pág. 27; *el mismo*, Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit, GA 1957, 305; *el mismo*, Der Begriff des bedingten Vorsatzes..., GA 1958, 161; *el mismo*, Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht, 1968; *R. Schmitt*, Rücktritt von der Verabredung zu einem Verbrechen, JuS 1961, 25; *Schneider*, Über die Behandlung des alternativen Vorsatzes, GA 1956, 257; *Schröder*, Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs, Festschrift für W. Sauer, 1949, pág. 207; *Stratenwerth*, Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit, ZStW 71 (1959), pág. 51; *Warda*, Vorsatz und Schuld bei ungewisser Tätervorstellung..., Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 119; *Welzel*, Vorteilsabsicht beim Betrug, NJW 1962, 20; *el mismo*, Vom Vergänglichen und Bleibenden etc., Erinnerungsgabe für M. Grünhut, 1965, pág. 173; *Werner*, Die finale Handlungslehre und der dolus eventualis, tesis, München 1952; *E. A. Wolff*, Die Grenzen des dolus eventualis und der willentlichen Verletzung, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 197; *Wolter*, Alternative und eindeutige Verurteilung..., 1972.

I. La exigencia de comisión dolosa del hecho

1. Para la realización del tipo subjetivo, el Derecho Penal requiere **normalmente el dolo**; la punición del actuar imprudente consti-

[14] Cfr. *Gimbernat Ordeig*, Delitos p. 103. En el mismo sentido *Mir Puig*, Función de la pena y teoría del delito p. 48.

[15] Cfr. *Gimbernat Ordeig*, Delitos p. 151 ss.

[16] Así *Rodríguez Mourullo*, PG I p. 299.

[17] Cfr. *Gimbernat Ordeig*, Delitos p. 142 s.

[18] Cfr. *Gimbernat Ordeig*, *Delitos* p. 167 ss. También *Mir Puig*, Función de la pena y teoría del delito p. 49 s.

tuye la excepción. Ello se desprende de la prescripción general relativa a la estructura de los preceptos penales según la cual sólo es punible el actuar doloso y ha de quedar impune la actuación imprudente siempre que no se halle ésta conminada expresamente con una pena (§ 15). Gracias a esta regulación de la Parte General se ha producido una depuración del lenguaje legal. El EGStGB ha suprimido, por resultar ahora superfluo, el término "dolosamente" que figuraba en ciertos tipos de la Parte Especial (por ej., §§ 142, 153, 154, 212, 217, 303). Al mismo tiempo, se ha añadido como elemento del tipo la palabra "imprudentemente" en lugares en que faltaba (§ 330 III, IV). Los preceptos que requieren una actuación "a sabiendas" (por ejemplo, §§ 87 I, 109e II, 134, 344) o que se obre "de mala fe" ("*wider besseres Wissen*") (por ej., §§ 164 I, 187) excluyen el dolo eventual (cfr. *infra*, § 29 III 2). Cuando se requiere "intención" o una actuación "intencional" (por ej., §§ 87 I, 142 III 2, 167 I núm. 1, 242, 258), generalmente resulta excluido el dolo directo y el eventual (cfr. *infra*, § 29 III 1b). Del § 15 se deduce, por último, que en Derecho Penal no existen más formas de imputación subjetiva que las de dolo e imprudencia.[1]

2. El § 15 no dice qué deba entenderse por dolo. El legislador no ha tomado de los Proyectos de Código Penal las **definiciones** de los conceptos "dolo", "intención" y "conocimiento" (§§ 16, 17 E 1962), o "dolo" y "conocimiento" (§ 17 AE),[2] por mucho que la fundamentación del Proyecto de 1962 (pág. 129) diese importancia sobre todo a la fijación legal de la frontera entre dolo e imprudencia por razones "de seguridad jurídica y claridad del Derecho". Por lo tanto, la esencia y el contenido del dolo han de inferirse de los dos preceptos que regulan el error (§§ 16 y 17) y de la contraposición de dolo e imprudencia en el § 15 (cfr. *infra*, § 29 II 2).

3. En los delitos cualificados por el resultado (cfr. *infra*, § 26 II 1a) debe concurrir en el autor o en el partícipe "por lo menos imprudencia" respecto del resultado más grave (§ 18). De ahí que pueda seguir existiendo un delito cualificado por el resultado aunque el autor obre dolosamente respecto al mismo. Pero en tal caso es posible que se infrinja otro precepto de mayor gravedad, en cuyo caso éste sería preferente al que prevé el delito cualificado por el resultado. En numerosas ocasiones la ley actual viene a requerir en los delitos cualificados por el resultado no sólo imprudencia, sino ligereza *(Leichtfertigkeit)* (por ej., §§ 176 IV, 177 III, 251) (cfr. *infra*, § 54 II 2).

1 En Derecho alemán no existe responsabilidad objetiva como en Francia en las "infractions purement matérielles" (cfr. *Bouzat*, Traité, t. I, pág. 195), o en Derecho angloamericano, en los casos de "strict liability" (cfr. *Grünhut*, Das englische Strafrecht, págs. 201 y ss.; *Honig*, Das amerikanische Strafrecht, página 35 y ss.; *Bähr*, Strafbarkeit ohne Verschulden, págs. 34 y ss.).

2 Cfr. la fundamentación en BT-Drucksache V/4095, pág. 8. En contra, con razón, *Honig*, GA 1973, 257 y ss.; también *Roxin* y otros, Einführung, páginas 10 y ss. Contienen definiciones de dolo el § 6 StGB RFA y § 5 austr. StGB.

En caso de que concurriese dolo respecto del resultado más grave no cabría, pues — a diferencia de lo que ocurre en el § 18 —, la aplicación del tipo del delito cualificado por el resultado.

Ejemplos: La lesión dolosa acompañada de la producción imprudente o por dolo eventual de un grave daño, corporal (como la pérdida de un ojo) realiza el § 224. Si, por el contrario, dicha lesión corporal grave es intencional (el autor quería precisamente sacarle un ojo a la víctima), sólo es aplicable el § 225. El § 251 requiere que el autor del robo cause por ligereza (esto es, por imprudencia temeraria) la muerte de otra persona. Si causa la muerte con dolo eventual o incluso intencionalmente, sólo cabrá acudir a los §§ 211 y 212 en concurso ideal con el § 250, núm. 3 (sobre el efecto de bloqueo de la pena mínima asignada al delito cualificado por el resultado, cfr. *supra*, § 26 II 1a).

II. Origen, esencia y objeto del dolo

1. El concepto de dolo que maneja el Derecho Penal moderno se remonta al Derecho romano tardío y constituyó una de sus grandes aportaciones.[2a] En cambio, el Derecho germánico mantuvo durante largo tiempo la concepción de la responsabilidad por el resultado, dejando únicamente sin castigo como producto del azar ciertos casos *típicos* de actuación involuntaria.[3] Los juristas italianos del Medioevo incorporaron el concepto de "dolus" del Derecho romano y lo erigieron en presupuesto de todos los delitos graves. La CCC y la primera Ciencia alemana del Derecho Penal se adhirieron al planteamiento de la Ciencia italiana.[4] Cierto que la práctica del Derecho Común recaía constantemente, por razones de prueba, en una imputación basada en elementos objetivos (indicios) y tendía a juicios de probabilidad *(dolus indirectus)* en el tratamiento de las consecuencias dañosas de un hecho punible, pero en conjunto el concepto de dolo quedó como indiscutida herencia común de los ordenamientos penales de la Europa continental.[5]

2a Cfr. el famoso rescripto del emperador Adriano (117-138) "In maleficiis voluntas spectatur, non exitus" (l. 14 D. ad leg. Corn. de sic. 48, 8); sobre esto, con más detalle, *Löffler*, Schuldformen, págs. 67 y ss.; *Mommsen*, Römisches Strafrecht, págs. 85 y ss.

3 Cfr. sobre esto, *Eb. Schmidt*, Einführung, págs. 31 y ss. contra *Ekkehard Kaufmann*, Die Erfolgshaftung, págs. 66 y ss.

4 Cfr. *Engelmann*, Die Schuldlehre der Postglossatoren, págs. 36 y ss.; *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren, págs. 107 y ss.

5 Las mismas estructuras del dolo que en el Derecho alemán se encuentran también en el Derecho austríaco, cfr. *Rittler*, t. I, págs. 183 y ss.; y en el suizo cfr. *Germann*, SchwZStr 77 (1961), págs. 348 y ss. También la doctrina francesa distingue en el dolo (dol) un elemento intelectual y otro voluntativo (connaissance et volonté); cfr. *Merle/Vitu*, Traité, págs. 566 y ss.; *Geck*, Grenzen der Vorsatzhaftung, págs. 4 y ss. En Italia tiene lugar una discusión muy similar a la existente en Alemania, cfr. *Bettiol*, Diritto penale, págs. 423 y ss. Lo mismo vale para España, *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal, págs. 389 y ss.; *Antón Oneca*, Derecho Penal, págs. 198 y ss. La doctrina y la Jurisprudencia holandesas se centran especialmente en la delimitación de dolo eventual y culpa consciente; cfr. *Pompe*, Handboek, págs. 172 y ss.; *D. Hazewinkel-Suringa*, Inleiding, págs. 145 y ss.; *Pompe*, Das niederländische Strafrecht, págs. 79 y ss.; *van Bemmelen*, Ons Strafrecht, págs. 128 y ss. (sobre la cuestión de delimitación como el texto, págs. 135 y ss.). En distinto sentido, por el contrario, y co-

2. El dolo significa **conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo legal** (RG 58, 247 [248]; 70, 257 [258]).[6] El momento intelectual del dolo (el conocer) se desprende ahora del § 16, relativo al error de tipo. Si cuando falta el conocimiento de las circunstancias pertenecientes al tipo legal se excluye el dolo, por vía de inversión ha de deducirse positivamente que el dolo requiere el conocimiento de dichas circunstancias. De la regulación del error de prohibición en el § 17 se desprende, además, en orden a la delimitación del momento intelectual del dolo, que el mismo no presupone la conciencia de la antijuricidad, puesto que en caso de error de prohibición vencible resulta aplicable, según el § 17 inciso 2, el tipo doloso, siquiera sea con la atenuación de la pena prevista en el § 49 I. El momento *voluntativo* del dolo se sigue de la contraposición de dolo e imprudencia en el § 15, pues ya un entendimiento prejurídico de los conceptos dolo e imprudencia pone de manifiesto que la diferencia entre ambas formas de imputación subjetiva reside en la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo (más expresamente el § 6 II del StGB austríaco). Es esta diferencia lo que explica que por lo regular el hecho doloso se halle conminado con una pena sustancialmente más grave que el correspondiente hecho imprudente.

Ejemplo: Actúa imprudentemente el conductor de un vehículo ebrio y consciente de que no se halla en condiciones de conducir, si pese a advertir el peligro de arrollar a un ciclista al adelantarlo, no lo estima correctamente y atropella por ello al ciclista (§ 222), mientras que actuará dolosamente si atropella a los agentes de policía que acuden hacia él con objeto de escapar a su control (§ 212).

El conocimiento del autor debe referirse a los elementos del tipo situados en el pasado y en el presente; además, el autor ha de prever en sus rasgos esenciales los elementos típicos futuros, en especial el resultado y el proceso causal. La voluntad consiste en la resolución de ejecutar la acción típica. Se extiende a todos los elementos objetivos conocidos por el autor que sirven de base a la decisión de la

nectando con una antigua responsabilidad por el resultado, el Derecho angloamericano en los casos del "constructive intent", cfr. *Grünhut*, Das englische Strafrecht, págs. 194 y ss. y *Honig*, Das amerikanische Strafrecht, págs. 116 y ss. Pero en principio también rige aquí el aforismo "actus non facit reum nisi mens sit rea"; cfr. sobre esto *Glanville Williams*, Criminal Law, pág. 31; *Kenny/Turner*, Outlines, págs. 26 y ss. En base a la definición de dolo incondicionado y condicionado del § 6 StGB de la RFA se encuentra en *Lekschas/Renneberg*, Lehrbuch, págs. 285 y ss.; una amplia exposición del dolo, que incluye el "conocimiento personal de un comportamiento socialmente negativo" (pág. 300).

6 Cfr. *Baumann*, Allg. Teil, págs. 400 y ss.; *Dreher*, § 15 Anm. 2; *Lackner*, § 15 Anm. II; *LK (Schröder)*, § 59 Anm. 83; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 Anm. 12; *SK (Rudolphi)*, § 16 Anm. 1; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 64. En sentido distinto espec., *Schmidhäuser*, Vorsatzbegriff, pág. 14 y Allg. Teil, págs. 178 y ss. y 203 y ss., que concibe el dolo de tal forma que deja de contener ningún momento voluntativo. Sobre la polémica, hoy superada, entre la teoría de la voluntad y la de la representación, *v. Hippel*, VDA, t. III, págs. 487 y ss.

acción.[7] La resolución distingue al dolo de las meras ilusiones, deseos y esperanzas. Por último, el dolo debe concurrir en el momento de la acción, siendo irrelevante un dolo antecedente o subsiguiente *(dolus antecedens* o *subsequens)*.

Ejemplos: El marido está decidido a matar a su mujer simulando un accidente en una jornada de caza, pero ya en la víspera se dispara un tiro mortal por un descuido del marido al limpiar un arma de caza. No obstante, la presencia anterior del dolo de matar, el hecho constituye un homicidio imprudente. El caso contrario sería el del marido que, tras haber lesionado gravemente por imprudencia a su mujer, omite llamar al médico para dejar que muera. Aquí sólo constituye delito doloso el hecho de la omisión, pues el delito de acción no deja de ser un homicidio imprudente por el hecho de que vaya seguido del dolo de matar.[8]

3. Constituyen **punto de referencia** del dolo todos los elementos del **tipo objetivo.**[9]

a) Los más fáciles de conocer para el autor son los objetos del mundo real externo, en cuanto inmediatamente accesibles a la observación (persona, animal, hombre, mujer, edificio, nave, puente, conducción de agua). Además, en los delitos de lesión (cfr. *supra*, § 26 II 2) el autor debe haber conocido y querido la lesión, y en los delitos de peligro, la concreta puesta en peligro del objeto de la acción (BGH 22, 67 [73 y ss.]) (dolo *de lesión* o *de peligro*) (cfr. también BGH 26, 244 [246]). En los delitos de resultado el dolo también debe abarcar el curso causal. Tratándose de elementos *descriptivos* del tipo (cfr. *supra*, § 26 IV 1) que presupongan un conocimiento espiritual, habrá de aprehenderse su sentido natural (por ej., "dañar",

7 Sobre la aplicación del esquema interpretativo general que se emplea en psicología a los hechos dolosos cfr. *Platzgummer*, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes, págs. 26 y ss. Ahí se muestra en especial que el momento intelectual del dolo puede también consistir en una representación oscura, no reflexionada, a la que no se preste atención alguna (págs. 91 y ss.). Sobre esto, también, *Schewe*, Bewußtsein, págs. 120 y ss., y *Bockelmann*, Radbruch-Gedächtnisschrift, págs. 255 y ss. En la Jurisprudencia, en ocasiones, no se atiende a ello (cfr. RG 73, 164 [168]; BGH NJW 1953, 152. Correctamente, BayObLG NJW 1977, 1974.) Sobre un impulso instintivo como "querer" acertadamente *Geschwind*, Germann-Festschrift, págs. 59 y ss. Sus consecuencias para la medición de la pena (pág. 68) merecen aprobación. Sobre estados pasionales y acciones en cortocircuito como comportamiento conducido pero inconsciente *Schewe*, Reflexbewegung, págs. 27 y ss. No cabe dudar que también estas acciones son dolosas para el Derecho Penal. *Schewe* se fija, para ello, en el curso externo de la acción (págs. 110 y ss.). *Krümpelmann*, Welzel-Festschrift, págs. 334 y ss. destaca con razón la significación de los estadios *conscientes previos* al hecho pasional.

8 Se deduce de la interpretación de los tipos correspondientes si en los delitos de dos actos (cfr. *supra*, § 26 II 5) ya al realizarse el primer acto el dolo ha de dirigirse también a la ejecución del segundo (por ej., §§ 249, 237, 257); cfr. sobre esto *Hruschka*, JZ 1973, 12 y 278; *Dreher*, JZ 1973, 276; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 Anm. 28.

9 Según la op. dom., el autor debe conocer también la edad de la víctima cuando se halle prevista por la ley (por ej., § 176); cfr. *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 176 Anm. 21. En distinto sentido *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 490, nota 9.

§ 303). Por lo que se refiere a los elementos *normativos* del tipo (cfr. *supra*, § 26 IV 2) es preciso pleno conocimiento de su significado (por ejemplo, "cosa mueble ajena", § 242; "documento público", § 271; "peligro común o necesidad", § 330c; también elementos relativos al autor como "funcionario público", §§ 11 I núm. 2, 331 y ss., o "juez", §§ 11, I núm. 3, 336). Sin embargo, no ha de entenderse por conocimiento del significado una exacta subsunción jurídica, sino que es suficiente la **"valoración paralela en la esfera del profano"**.[10] Esto es, ha de concurrir una "estimación del elemento del tipo paralela a la valoración del legislador al nivel mental de la persona individual".

Ejemplos: Resulta irrelevante que un comerciante de calzado no haya reputado constitutiva de documento (§ 267) la indicación del precio en los zapatos, si advirtió el significado material que la indicación posee de manifestación dotada de virtualidad probatoria (RG 53, 237 [240]). Para que el abogado sirva a las dos partes de un mismo proceso "faltando a su deber" (§ 356), ha de haber tenido conocimiento de que existía contraposición de intereses entre los clientes (BGH 7, 17 [21 y ss.]). En el perjurio el autor debe saber que presta el juramento ante una "autoridad competente para recibirlo" (BGH 3, 247 [255]; incorrectamente BGH 1, 13 [17]). Ante establecimientos de crédito es preciso percatarse de la función económica de la empresa como "institución crediticia" (BGH 4, 347 [352]). Si se trata de un título jurídico importa el conocimiento de su existencia o inexistencia (BGH 5, 90 [92]; 4, 105 [106]). En cambio, de nada servirá al ladrón de gallinas alegar que no consideraba "cosas" los animales vivientes. El error sobre la calificación jurídica constituye un error de subsunción que, en su caso, puede ser relevante como error de prohibición, lo que, por ejemplo, sucederá si se cree que no da lugar a "daños" en el sentido del § 303 el desinflar los neumáticos de un vehículo (BGH 13, 267) (cfr. *infra*, § 29 V 7a).

b) El dolo ha de referirse, además, a los *ejemplos típicos* de un caso especialmente grave (por ej., § 243), por mucho que los mismos no pertenezcan al tipo, sino que posean naturaleza de causas de medición de la pena (BGH 26, 176 [180 y ss.]; 244 y ss.). Lo mismo vale para los "*casos especialmente graves*" *indeterminados* (por ej., § 263 III) (cfr. *infra*, § 26 V 1). El dolo debe abarcar aquí las circunstancias en que el juez basa la apreciación del caso especialmente grave,[11] pues no pueden hacerse diferencias entre los casos en que el legislador formula por sí mismo los presupuestos de una causa de agravación y aquellos otros en que los confía a la decisión del juez (de otra opinión, todavía, RG JW 1936, 1.677; RG JW 1938, 504). Por lo demás, el dolo ha de extenderse también a todos los hechos

10 Así la famosa doctrina de *Mezger*, Lehrbuch, pág. 328, que este autor desarrolló partiendo de *Binding*, Normen, t. III, págs. 146 y ss y se halla admitida generalmente; cfr. *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 334; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 Anm. 45; *SK (Rudolphi)*, § 16 Anm. 23.

11 Así, con razón, *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 Anm. 33; *SK (Rudolphi)*, § 16 Anm. 8.

objetivos que sirven de base a la medición de la pena. Lo mismo vale para las consecuencias del hecho punible, pues si han sido configuradas por el legislador como elementos del tipo, deberán ser abrazadas por el dolo.[12] Únicamente cabe una excepción en los supuestos de resultado lesivo que supone la realización del peligro típico inherente a la acción descrita por la ley. En estos casos deberá aplicarse por analogía el § 18 y considerarse, por tanto, suficiente la imprudencia, ya que dicho precepto resultaría aplicable cuando el legislador hubiese previsto como elementos del tipo la consecuencia más grave (cfr. con más detalle *infra*, § 80 I 3).[12a]

c) Los "*elementos de valoración global del hecho*" (cfr. *supra*, § 25 II 3) deben, para que en ellos pueda determinarse el objeto de referencia del dolo, escindirse en componentes que configuran el supuesto de hecho (elementos del tipo) y valoración jurídica de este supuesto del hecho (antijuricidad). Según esto, el dolo ha de abarcar únicamente al supuesto de hecho, mientras que la valoración del mismo debe tratarse según las reglas relativas a la conciencia de la antijuricidad (cfr. *infra*, § 41 II 1a).[13] Lo mismo vale para los *elementos de culpabilidad* objetivamente configurados que presuponen una determinada configuración exterior del hecho (cfr. *infra*, § 42 II 1). También aquí ha de haber llegado a conocimiento del autor la situación objetiva, en tanto que no es preciso, en cambio, que haya pensado sobre la valoración de su actitud interna.

4. Los elementos subjetivos del tipo se refieren también a menudo a requisitos objetivos (así, el ánimo de enriquecimiento del § 263). Cierto que el punto de referencia del tipo objetivo ha de ser abarcado por el dolo, pero no en cambio el elemento en sí mismo, ya que obviamente viene a caracterizar una especial circunstancia psíquica.[14]

III. Clases de dolo

Tres clases de dolo es preciso distinguir: la intención *(Absicht)*, el dolo directo *(direkter Vorsatz)* y el dolo eventual *(bedingter Vorsatz)*.[15]

12 Así *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 Anm. 35; dubitativo *Lackner*, § 46 Anm. 4a; *SK (Rudolphi)*, § 16 Anm. 8.

12a Así *Bruns*, Strafzumessungsrecht, págs. 423 y ss.; *Frisch*, GA 1972, 330 y ss.; *SK (Horn)*, § 46 Anm. 70 y ss. Por el contrario, la doc. dom. se contenta en todos los supuestos con la estimación de imprudencia; cfr. *Dreher*, § 46 Anm. 23; *LK (Else Koffka)*, § 13 Anm. 45; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 796.

13 En este sentido, *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 Anm. 22; *SK (Rudolphi)*, § 16 Anm. 17.

14 Así *Dreher*, § 16 Anm. 13; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 Anm. 25. Va más lejos *Engisch*, Rittler-Festschrift, pág. 172.

15 Un sector utiliza una terminología distinta. En *Blei*, Allg. Teil, págs. 104 y ss. la intención se designa como "dolo inmediato" o "dolus directus de primer grado", y el dolo directo como "dolo mediato" o "dolus directus de segundo grado". *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 Anm. 63 y ss., distinguen únicamente entre "dolo directo" (dolus directus) y dolo eventual (dolus eventualis), abarcando en-

1. **Intención** significa que el autor persigue la acción típica o, en su caso, el resultado requerido por el tipo.[16] En la intención domina, pues, el *factor de voluntad* del dolo.

Ejemplos: El autor quiere realizar acciones sexuales precisamente sobre un determinado niño menor de 14 años y tiene, por tanto, intención de cometer el hecho (§ 176 I). Quien quiere desembarazarse de un testigo peligroso actúa con intención de matar (BGH 21, 283).

a) Se habla en especial de intención en supuestos en que aparece como elemento subjetivo del tipo (cfr. *infra*, § 30 II 1), esto es, cuando el autor persigue un resultado que va más allá del tipo objetivo y que según el tipo ha de tener presente, pero que no precisa alcanzar: por ejemplo, la apropiación de la cosa robada en el hurto (RG 49, 140 [142]). Caracteriza a la intención el hecho de que el autor ordena su comportamiento según la meta propuesta y actúa interesado en alcanzarla. En cambio, resulta indiferente que enjuicie el resultado como seguro o sólo como posible (BGH 21, 283 [284 y ss.]).[17] También resulta irrelevante que el resultado constituya a la vez el móvil (el motivo) del hecho o represente únicamente un objetivo intermedio del autor que aparezca como medio para la consecución de ulteriores metas, quedando el fin último del hecho más allá del primer objetivo (RG 27, 217: el motivo de una operación fraudulenta no fue la obtención de una ventaja patrimonial, sino la satisfacción del orgullo profesional del autor).[18] Para evitar toda alusión a la motivación la Jurisprudencia utiliza la fórmula siguiente: concurre intención cuando para el autor *se trata de (darauf ankommt)* producir precisamente el resultado descrito en la ley.[19]

Ejemplos: Quien transporta el producto de un robo con objeto de obtener una remuneración por la conducción, actúa con intención de encubrimiento (§ 257), porque en su caso se trata de asegurar al ladrón el producto del hecho, por mucho que su finalidad última haya sido su propio provecho (BGH 4,

tonces el dolo directo tanto los casos de intención como los de conocimiento seguro. Tales diferencias no afectan en absoluto al contenido expuesto en el texto. Como el texto, *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 325 y ss.; *LK (Schroeder)*, § 59 Anm. 86 y ss.; *SK (Rudolphi)*, § 16 Anm. 36; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, números 286 y ss.; *Wessels*, Allg. Teil, págs. 43 y ss. También, como el texto, el OGH austríaco JBl. 1972, 377; *Schultz*, Einführung I, págs. 138 y ss. Expresiva del rápido desarrollo de la dogmática jurídico-penal americana es la rica diferenciación de las clases de dolo e imprudencia en la Sec. 2.02 del Model Penal Code (trad. al alemán de *Honig*).

16 En este sentido, *LK (Schroeder)*, § 59 Anm. 86; *SK (Rudolphi)*, § 16 Anm. 36. *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 Anm. 65 limita sin razón la intención a la persecución del resultado.

17 Cfr. sobre esto *Welzel*, NJW 1962, 20; *Oehler*, NJW 1966, 1.634.

18 Por ello resulta discutible la definición tan usual de *Frank*, § 59 Anm. VI, según la cual la intención es la "representación del resultado motivadora". En esta línea, sin embargo, *Baumann*, Allg. Teil, pág. 412, que propone concebir la intención como "móvil principal".

19 Cfr. sobre esto *Engisch*, Untersuchungen, págs. 141 y ss.

107 [109]). Actúa con intención en el sentido del § 91 de la anterior redacción (ahora § 89) aquel para el cual se trata de minar la voluntad de servicio de la Policía, cualesquiera que sean los objetivos políticos que con ello pueda perseguir (BGH 18, 151 [155]; cfr. también BGH 9, 142 [146], con comentario de *Bockelmann*, JZ 1956, 698, en donde se utiliza la expresión "*dolus directus*" en distinto sentido). Por el contrario, el funcionario de Policía de Berlín que incluye en una relación de gastos de viaje un pasaje aéreo para no tener que descubrir que ha contravenido el reglamento al viajar a la República Federal en automóvil atravesando la DDR, no posee intención de estafar porque no le importa el pago del pasaje en avión, sino únicamente evitar el proceso disciplinario (acierta en la conclusión KG NJW 1957, 882). Lo mismo sucede cuando alguien toma un tren desprovisto de billete en el último momento para no perderse un cursillo (en distinto sentido, BGH 16, 1 [5]). En el asesinato pueden coincidir dolo eventual e intención de ocultamiento (BGH 11, 268 [270]; 15, 291 [297]).

La intención del autor sólo puede referirse a algo futuro. Cuando se habla de dolo respecto de las circunstancias que anteceden o acompañan al hecho no se alude a la intención, sino a la certeza, a la duda o al desconocimiento.

b) La ley utiliza la expresión "intención" o la equivalente "para" en distintos sentidos, lo que puede suscitar dificultades de interpretación.[20] En ocasiones, mediante la expresión intención se excluye únicamente el dolo eventual, lo que implica que basta el dolo directo; por ejemplo, la intención de provocar la apertura de un procedimiento administrativo en el § 164 I (BGH 13, 219 [221]). Pero, generalmente, la intención debe entenderse en el sentido de voluntad dirigida a una meta. En la Parte Especial la intención se utiliza a menudo como elemento subjetivo del tipo, de modo que la voluntad del resultado no encuentra correspondencia en el aspecto objetivo (por ejemplo, §§ 242 y 263) (cfr. *infra*, § 30 II 1), pero no faltan tampoco ejemplos opuestos, como las lesiones graves intencionales en el § 225, los §§ 87 I, 344 y los términos "finales" que expresan actividad (cfr. *supra*, § 24 III 4d). El E 1962 quería fijar el concepto de intención en la siguiente definición legal: "actúa intencionalmente aquel a quien importa *(darauf ankommt)* realizar la circunstancia para la que exige la ley la actuación intencional" (§ 17).[21]

2. **Dolo directo** *(dolus directus)* significa que el autor sabe *seguro* que concurren o van a realizarse durante su acción determinados elementos del tipo, y en particular que **prevé como segura** la producción del resultado típico.[22] Domina aquí, por tanto, el *factor de conocimiento*. Por el contrario, falta el momento característico de

20 Así, el RG 24, 369 requería para el § 225 la voluntad dirigida a la meta (intención), mientras que para BGH 21, 194, *LK (Hirsch)*, § 225 Anm. 2, *Schönke/Schröder/Stree*, § 225 Anm. 2 basta el dolo.

21 De acuerdo la doctrina dominante, cfr. *Blei*, Allg. Teil, pág. 104; *LK (Schroeder)*, § 59 Anm. 86; *SK (Rudolphi)*, § 16 Anm. 36.

22 Cfr. con más detalle *Engisch*, Untersuchungen, págs. 170 y ss.

la intención, de la representación de una meta que guía a la acción. Dado que, no obstante, existe seguridad de que va a realizarse el tipo, el dolo directo debe equipararse a la intención en su contenido de injusto y de culpabilidad.[23] Igual tratamiento que la seguridad merece el supuesto en que el autor considera **sumamente probable** la producción de la consecuencia accesoria típica. La única diferencia que en este caso existe es que, pese a todo, puede haber concurrido la esperanza de que por una feliz casualidad el resultado no fuese a tener lugar, pero nadie puede acogerse a una posibilidad prácticamente inexistente de un desenlace feliz.

Ejemplos: En el año 1875 un tal Thomas hizo cargar en Bremen un barril lleno de material explosivo y provisto de una espoleta de tiempo en un transatlántico, con objeto de que hiciese explosión durante la travesía y determinase el hundimiento del barco. Solamente importaba al autor defraudar el importe asegurado, pero sabía perfectamente que la explosión causaría la muerte de la tripulación de la nave. El barril explotó ya en el mismo muelle, al resbalar de las manos de los estibadores, causando una catástrofe (dolo directo y *aberratio ictus*, cfr. *infra*, § 29 V 6c).[24] La importancia práctica de la distinción de intención y dolo directo se advierte en el caso de BGH 10, 163 [170], en que se reputó suficiente para la intención anticonstitucional en el § 100d 2 de la anterior redacción el dolo directo (caso John). Cfr. también BayObLG JZ 1968, 29, con comentario crítico de *Cramer* y de *Lenckner*, NJW 1967, 1.890.

Para designar el dolo directo el StGB emplea las expresiones "a sabiendas" (por ej., § 87 I, 344) o "de mala fe" *(wider besseres Wissen)* (por ej., §§ 164 I, 187). El E 1962 preveía la siguiente definición de dolo directo: "actúa a sabiendas, el que sabe o prevé como seguro que concurre o va a producirse la circunstancia para la que la ley requiere la actuación consciente" (§ 17 II).

3. La tercera clase de dolo es el **dolo eventual** *(dolus eventualis)*

a) Dolo eventual significa que el autor considera seriamente como posible la realización del tipo legal y se conforma con ella.[25] El

23 De acuerdo *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 Anm. 67.

24 Cfr. la exposición *Binding*, Normen, t. II, pág. 851, nota 1.

25 Cfr. sobre la estructura del dolo eventual *Ambrosius*, Vorsatzabgrenzung, págs. 20 y ss.; *Jescheck*, E. Wolf-Festschrift, págs. 482 y ss. En el mismo sentido *Gallas*, Niederschriften, t. XII, pág. 121; *Germann*, ZStW 71 (1959), página 161 y SchwZStr 77 (1961), págs. 376 y ss.; *Bockelmann*, Allg. Teil, página 87; *Eser*, Strafrecht I, núm. 3 A 37; *Roxin*, JuS 1964, 61; *Welzel*, Lehrbuch, págs. 69 y ss.; *Platzgummer*, JBl 1971, 239; *Nowakowski*, JBl 1972, 24; *SK (Rudolphi)*, § 15 Anm. 43; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 305; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 45; *Wolter*, Alternative und eindeutige Verurteilung, págs. 178 y ss. Prefieren una delimitación más normativa *Philipps*, ZStW 85 (1973), página 38 ("incompatibilidad de la acción con una máxima de riesgo que rige en el orden jurídico") y *E. A. Wolff*, Gallas-Festschrift, pág. 222 ("el límite fijado por la propia razón de aquel peligro que ya no cabe correr"). Por el contrario, *Honig*, GA 1973, 262 y *Welzel*, Lehrbuch, pág. 68 consideran suficiente el "contar con la realización del tipo". La Jurisprudencia es vacilante (cfr. una visión de conjunto en *Honig*, GA 1973, 263 y ss.), como el texto BGH 7, 363 (369); BGH NJW 1963, 2.236.

contenido de injusto del dolo eventual es menor que el de las otras dos clases de dolo, ya que en aquél ni se persigue el resultado ni es segura su producción, sino que se abandona al curso de las cosas. Constituyen el dolo eventual, de una parte, la conciencia de que concurre un peligro concreto de que se realice el tipo y, de otra parte, que el autor tome en serio dicho peligro.[26] Tomar en serio el peligro significa que el autor juzga el riesgo de realización del tipo como relativamente elevado.[27] De este modo se consigue la referencia a la entidad y proximidad objetivas del peligro, necesaria para la presencia del dolo eventual. Por otra parte, el dolo eventual se muestra así como parte integrante del injusto de la acción, en cuanto expresa la estimación del peligro para el objeto de la acción protegido. A la representación de la seriedad del peligro debe añadirse, por otra parte, que el autor se conforme con la realización del tipo. Quiere expresarse con ello la necesidad de que aquél, para alcanzar el objetivo perseguido por la acción, decida aceptar la realización del tipo y cargar con el estado de incertidumbre existente en el momento de la acción. Quien obra de tal forma ante el riesgo de que vaya a realizarse el tipo de acción punible, ha introducido tal posibilidad entre las bases de la decisión de su acción y, por ello, ha "querido".[28]

Ejemplos: El autor no sabe que la muchacha sobre la que realiza actos sexuales es menor de catorce años (§ 176 I). Pero, a la vista de su apariencia exterior, cuenta seriamente con ello, y no obstante, no detiene su actuación (BGH NJW 1953, 152). Ambos autores utilizan para un atraco una correa de piel destinada a estrangular a la víctima para dejarla inconsciente, pero no para matarla. Aunque se dan cuenta de que el estrangulamiento puede producirle la muerte, siguen apretando hasta que la víctima deja de moverse y, sin que ellos lo adviertan, muere (BGH 7, 363, en espec. 369).[29]

b) *Los dos Proyectos alemanes de Código Penal* han previsto definiciones del dolo eventual. Según el § 16 E 1962 actúa con dolo eventual "quien considera posible la realización (del tipo legal) y se conforma con ella *(sich mit ihr abfindet)*".[30] Esta fórmula prescinde del

26 Así, sobre todo, *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959), págs. 55 y ss.

27 Así, correctamente, *Ambrosius*, Vorsatzabgrenzung, págs. 47 y ss. y 54 y siguientes.

28 Así, correctamente, *Ambrosius*, Vorsatzabgrenzung, pág. 88; *Krümpelmann*, ZStW 87 (1975), págs. 894 y ss.; *Warda*, Lange-Festschrift, págs. 121 y ss.

29 Como *Engisch*, NJW 1955, 1.688 ha puesto de manifiesto, el BGH abandona aquí la teoría del consentimiento, generalmente mantenida por la Jurisprudencia; en BGH 14, 240 (256 y ss.) ha regresado, sin embargo, a dicha teoría. Otros casos límite en *Schewe*, Reflexwegung, págs. 113 y ss.

30 Sobre la relación de esta fórmula con la Jurisprudencia del Tribunal Federal suizo (BGE 81 IV 202; 84 IV 128), cfr. *Germann*, ZStW 71 (1959), página 161 y *Jescheck*, Niederschriften, t. XII, pág. 263. Pero entretanto el Tribunal Federal se ha apartado de nuevo de sus anteriores posiciones; cfr. BGE 86 IV 17. En contra *Germann*, SchwZStr 77 (1961), págs. 378 y ss. La fórmula aconsejada en el texto ha sido acogida por el OGH austríaco en una constante Jurispruden-

elemento de la seriedad, que, sin embargo, ha de incluirse en la definición para caracterizar las bases de la decisión de la acción. Según el AE § 17 II, obra dolosamente "quien considera seriamente como posible y acepta como venga *(in Kauf nimmt)* * la realización de las circunstancias del hecho". La expresión "*Sich-Abfinden*" (conformarse) es, sin embargo, preferible a la ya utilizada en la Jurisprudencia (RG 59, 3; 67, 425), de "*Inkaufnehmen*" (aceptar algo como venga), puesto que la primera pone en evidencia que el autor admite precisamente la incertidumbre y se resigna a ella sin dominar el proceso causal con su intervención en el sentido de evitación del peligro.

c) Contribuye a precisar el concepto de dolo eventual la definición de **culpa consciente,** con la que linda de forma inmediata. Culpa consciente significa que el autor ha previsto el peligro concreto, pero o bien no lo toma en serio, porque niega el concreto peligro que existe para el objeto de la acción por una inobservancia antinormativa del cuidado debido en la estimación del grado del peligro o de sus propias facultades, o bien, pese a tomar en serio el peligro, confía antinormativamente en que el resultado de lesión no va a producirse[31] (cfr. *infra,* § 54 II 1). Mientras que en el dolo eventual el autor "deja que las cosas sigan su curso" *(darauf ankommen lässt),* lo característico de la culpa consciente es la *ligereza.*[32] En este sentido, el E 1962 formuló la siguiente definición en su § 18 II: actúa con culpa consciente quien en contra de su deber actúa en la confianza de que no va a realizar ("el tipo legal"). El "conformarse con la producción" *(Sich-Abfinden mit dem Eintritt)* y el "confiar en la ausencia" *(Vertrauen auf das Ausbleiben)* del resultado son conceptos complementarios que deben ser interpretados de suerte que su puesta en relación excluya lagunas entre ambos: quien no actúa en la confianza de la ausencia del resultado se conforma con él, y quien se conforma con la producción del resultado no actúa en la confianza de su ausencia. Como piedra de toque para decidir si sucede lo uno o lo otro, puede ser útil la fórmula de *Frank:* "si el autor se dice: sea así o de otro modo, sucede esto o lo otro, en todo caso actúo",[33] ha de estimarse dolo eventual.[34]

cia (cfr. OGH JBl 1972, 541; SSt 41, 19; EvBl 1971, 144; 1973, 22). De acuerdo *Pallin,* ZStW 84 (1972), pág. 201; *Leukauf/Steininger,* § 6 A 2, pág. 77; *Liebscher,* ZfRV 1970, 188; *Platzgummer,* JBl 1971, 239. La fórmula del texto se encuentra ahora también en el § 5 1 segundo inciso StGB austr. Igualmente en el § 6 II StGB DDR; cfr. sobre esto *Strafrecht der DDR (Lekschas/Mürbe),* § 6 Anm. 3; *Lekschas/Renneberg,* Lehrbuch, págs. 307 y ss.

* Esta expresión alemana, que literalmente significa "tomar en compra", alude originariamente al hecho de que, quien, tras sospesar los pros y los contras, decide comprar una cosa, se entiende que la toma tal cual está, con todas sus características, aunque alguna pueda no resultar deseable.

31 Cfr. *Bockelmann,* Allg. Teil, pág. 87.

32 Cfr. con más detalle *Stratenwerth,* ZStW 71 (1959), pág. 58 y Allg. Teil I, núm. 305 (que considera suficiente para el dolo eventual el puro tomar en serio el peligro); *v. Hippel,* Vorsatz und Fahrlässigkeit, págs. 125 y ss.; *Welzel,* Lehrbuch, pág. 68; *Maurach,* Allg. Teil, pág. 534; *Wessels,* Allg. Teil, pág. 45.

Ejemplos: El que presta ayuda a otro aun a riesgo de que éste haya cometido un delito grave o menos grave, actúa con el dolo requerido por el § 258 (RG 53, 342; 55, 126). Por el contrario, normalmente sólo actuará con culpa consciente respecto de la producción de daños quien cambia de dirección en la autopista (§ 315c I núms. 2 y ss.), aunque generalmente lo hará con dolo eventual por lo que respecta a la producción de un peligro concreto.

d) Existen, todavía, muchas *otras posibilidades* de determinar el contenido del dolo eventual y delimitarlo de la culpa consciente, pero ninguna de ellas acierta a resolver el problema, pese a que en la mayoría de los casos conducen a idénticos resultados prácticos.

aa) Deben mencionarse en primer lugar las teorías que apuntan a momentos de delimitación de carácter *intelectual.* El grado de ***probabilidad*** con que el autor espera la realización del tipo[35] no puede ser decisivo, ya que no ofrece una frontera clara entre el dolo eventual y la culpa consciente, y porque el autor puede haber confiado en la evitación del resultado incluso en supuestos de elevada probabilidad de su producción. El grado de probabilidad sólo puede, pues, constituir un indicio de que el autor toma en serio el peligro. La estimación de *culpa consciente* en todos los *casos de conocimiento de la posibilidad* de realización del tipo legal,[36] contradice toda la Jurisprudencia existente sobre el dolo eventual y se halla en discordancia con el sentido jurídico de la colectividad. Pero no menos inadecuado resulta tratar como *casos de dolo* todos los *supuestos de conciencia del peligro* existente para el objeto de la acción,[37] ya que ello supondría extender el dolo eventual a todo el ámbito propio de la culpa consciente.

bb) Pero tampoco satisfacen las teorías que buscan la delimitación a través de elementos *voluntativos.* La **teoría del consentimiento,**[38] utilizada a menudo por la Jurisprudencia (por ej., RG 33, 5; 76, 115 [116]; OGH 2, 254; BGH 14, 240 [256]; BGH GA 1958, 165), exige que el autor haya "aprobado" el resultado o lo "haya aceptado aprobándolo", o que hubiese actuado "incluso de haber conocido con seguridad el resultado". La prueba del consentimiento vendría facilitada por otra fórmula de *Frank,* según la cual debe preguntarse cómo se hubiera comportado el autor caso de haber contado con

33 *Frank,* § 59 Anm. V (pág. 190). Sobre esto, *Bockelmann,* Allg. Teil, página 86.

34 Pero ver las reservas que manifiestan *Groβmann,* Vorsatz und Fahrlässigkeit, págs. 68 y ss. y *Engisch,* Untersuchungen, pág. 206.

35 Así, sobre todo *Sauer,* Grundlagen, pág. 618; *Grünhut,* Begriffsbildung, páginas 16 y ss.; *H. Mayer,* Lehrbuch, págs. 250 y ss.; *el mismo,* Grundriβ, página 121.

36 Así *v. Bar,* Gesetz und Schuld, t. II, págs. 322 y ss.

37 Así *Schröder,* Sauer-Festschrift, pág. 243; *Schmidhäuser,* Allg. Teil, página 438; *el mismo,* GA 1957, 312 y ss. y 1958, 178 y ss.; *Grünwald,* H. Mayer-Festschrift, pág. 288. También *Eser,* Strafrecht I, núm. 3 A 35a propone reunir el dolo eventual y la culpa consciente en una "especial forma de culpabilidad".

38 Así, *v. Hippel,* Vorsatz und Fahrlässigkeit, págs. 111 y ss.; *Kohlrausch/Lange,* § 59 Anm. III 1c; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, págs. 328 y ss.; *Bockelmann,* NJW 1959, 1.850.

un conocimiento *seguro* de la realización del tipo.[39] A la teoría del consentimiento cabe oponer: que la conversión del dolo eventual en un dolo directo hipotético restringe excesivamente el ámbito del dolo, que por dicha vía no se valora el hecho sino al autor (¿hubiera sido capaz de cometer el hecho de haberlo previsto con seguridad?) y que la teoría fracasa en los casos en que el resultado perseguido y el estimado como posible se excluyen.

Ejemplo: En una feria, un tirador mediocre apuesta 20 marcos a que podrá dar a una esfera de cristal que tiene en la mano la muchacha de la barraca de tiro, pero alcanza a ésta.[40] Según la fórmula de *Frank* habría que excluir necesariamente en este caso el dolo eventual, puesto que de haberse sabido con certeza el desgraciado desenlace la apuesta se habría perdido de antemano, con lo cual el autor no podía haber estado de acuerdo. Precisamente, la inseguridad es característica del dolo eventual.

Armin Kaufmann atiende a la **manifestación objetiva** de la voluntad de evitación.[41] Para este autor, lo decisivo es "si realmente se han interpuesto los medios para evitar el resultado secundario". Pero este punto de vista resulta también en parte demasiado angosto y en parte excesivamente amplio. Ni siquiera en el caso BGH 7, 363 (cfr. *supra*, § 29 III 3a) hubiese permitido fijar con seguridad el dolo, pues los autores se habían esforzado, pese a todo, en evitar la muerte de la víctima. En otros casos esa opinión resultaría demasiado estrecha, ya que puede que alguien confíe en que no va a producirse el resultado sin necesidad de que adopte precauciones específicas. Por ello, este planteamiento sólo puede utilizarse como indicio contrario al conformarse con el resultado.

cc) La delimitación de dolo eventual y culpa consciente no puede trasladarse tampoco al ámbito de la *actitud interna (Gesinnung)* **(teoría del sentimiento).** Ésta es la vía que sigue *Engisch*,[42] quien busca la diferencia de dolo e imprudencia en un "determinado grado de desconsideración" y admite el dolo cuando el autor haya sido "indiferente" a la realización del tipo. Mas la indiferencia es sólo la raíz de la que surge la resolución del autor. En ella radica el aspecto de culpabilidad del dolo eventual. Para la delimitación de dolo e imprudencia en el ámbito del injusto lo decisivo es, por el contrario, el *resultado* de la toma de posición: en el dolo eventual el autor introduce el resultado secundario no deseado en las bases de su decisión, cosa que no hace en la culpa consciente. La gradación de dolo e imprudencia depende de la entidad de la decisión, no de la clase de los sentimientos que le sirven de base.

e) Debe distinguirse del dolo eventual la **"voluntad condicionada de realizar la acción".** Tres supuestos cabe citar de dicha voluntad condicionada: el estado de indecisión, la decisión basada en hechos hipotéticos y la decisión con reserva de desistimiento.[43] El estado de

39 Cfr. *Frank*, § 59 Anm. V (pág. 190). Sobre esto, *Bockelmann*, Allg. Teil, páginas 84 y ss.

40 Famoso caso escolar de *Lacmann*, ZStW 31 (1911), pág. 159.

41 Cfr. *Armin Kaufmann*, ZStW 70 (1958), págs. 73 y ss.

42 *Engisch*, Untersuchungen, págs. 233 y ss. También así, *LK (Schroeder)*, § 59 Anm. 104; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 Anm. 77. En la misma dirección también el OGH austr. EvBl 1975, 26.

43 Cfr. sobre esto con más detalle *W. Schmid*, ZStW 74 (1962), págs. 51 y ss.; *Less*, GA 1956, 33 y ss.; *R. Schmitt*, JuS 1961, 25 y ss.; discrepando en parte *LK (Schroeder)*, § 59 Anm. 110 y ss.

indecisión no es todavía dolo, pues para éste es precisa una decisión definitiva de la voluntad.[44] Así, no tiene todavía dolo homicida quien al tomar el arma no sabe todavía si quiere disparar o sólo amenazar (RG 68, 339 [341]). Pero quien se propone el resultado típico con la conciencia del peligro que existe para el objeto de la acción, actúa dolosamente aunque el tipo requiera todavía un hacer ulterior y el autor se halle en este punto aún indeciso (por ej., la apertura de cartas por su funcionario de Correos con objeto de averiguar si contienen dinero, constituye tentativa de apropiación indebida RG 65, 145 [148]).[45] Quien adopta la decisión de cometer el hecho, pero hace depender su realización de condiciones situadas fuera de su alcance, actúa también con dolo. Así, constituye ya dolo de matar la resolución del marido de dar muerte a la esposa separada si no vuelve a él (BGH 21, 14 [18]), y dolo de robar, la decisión de apoderarse en un restaurante del dinero de un borracho "como sea, y si es preciso con violencia" (BGH 14, 383; cfr. también BGH 21, 319 [322]), y, asimismo, la decisión de emplear violencia si fuera necesario llegar a realizar el hecho y la víctima se defendiese (BGH 12, 306 [309]; KG GA 1971, 54 [55]). Tampoco excluye el dolo la reserva de desistimiento para el caso de que el hecho punible resulte innecesario. Así, según el criterio mantenido en otro tiempo, constituye ya tentativa de evasión de divisas la introducción de moneda en un automóvil con destino al extranjero por si no llegase a tiempo la autorización correspondiente (en distinto sentido, RG 71, 53).

4. Cualquiera de las tres clases de dolo puede darse en forma de "dolo alternativo". Concurrirá el supuesto cuando el autor quiere efectuar una acción perfectamente determinada, pero no sabe cuál de dos tipos legales realizará con ella.[46]

Ejemplos: El autor dispara a su víctima para matarla o inmovilizarla. El autor se apropia en un establo de un corzo que había sido encontrado de pequeño y criado en el corral, pero no sabe si el corzo se halla sometido al derecho de caza ajeno (§ 292) o se halla en ajena propiedad (§ 242) (RG 39, 427 [433]). El autor encuentra un billetero ajeno y desconoce si el propietario lo ha perdido (§ 246) o si únicamente ha olvidado dónde lo dejó (§ 242).

El único problema que presenta el dolo alternativo es el tratamiento del delito no consumado. Deberá estimarse el dolo respecto de todas las posibilidades y apreciarse concurso ideal en tanto la tentativa resulte punible. Si se produce uno de los posibles resultados,

44 Cfr. también sobre el "impulso de la voluntad" como punto central de toda acción voluntaria *Ambrosius*, Vorsatzabgrenzung, págs. 20 y ss.

45 Sobre esto, *Arzt*, JZ 1969, 54 y ss. con numerosos ejemplos.

46 Cfr. *LK (Schroeder)*, § 59 Anm. 119; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, página 326; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 298.

concurrirá concurso ideal del delito consumado y el intentado, siempre que la tentativa no aparezca como subsidiaria respecto del delito consumado (como sucede con las lesiones respecto del homicidio).[47]

IV. Finalidad y Dolo

1. Se llama *finalidad* (capacidad de conducción) a la aptitud del hombre de prever el curso de las cosas, anticipar mentalmente procesos causales y conducir los hechos hacia una meta mediante su propia actuación (cfr. *supra*, § 23 III 1). Mientras que existe unanimidad sobre la finalidad en cuanto tal y su fundamental significación para las acciones voluntarias conscientes, se discute la cuestión del ámbito en que el comportamiento puede considerarse conducido finalmente en Derecho Penal.[48]

En sentido *estricto*, puede entenderse como finalidad la voluntad regida por la representación de la meta que conduce a ésta los hechos.[49] En Derecho Penal ello llevaría a identificar la finalidad con la intención, excluyendo, en cambio, el dolo directo y el eventual, ya que en éstos no se persigue la realización del tipo. En un sentido *algo más amplio* es final toda actuación determinada de algún modo por la capacidad de conducción del curso causal,[50] puesto que en todo caso implica la existencia y realización del poder de influencia en el rumbo de las cosas. Según esto, la finalidad debería caracterizarse jurídico-penalmente como intención y dolo directo, mientras que el dolo eventual y la culpa consciente resultarían excluidas en cuanto supuestos de incertidumbre. Existe un sentido *todavía más amplio* de finalidad, que consiste en su equiparación al dolo.[51] Incluso el dolo eventual se concibe, entonces, como expresión de la finalidad, puesto que en él el autor introduce en las bases de su decisión de actuar la producción de las consecuencias secundarias en sí mismas no deseadas o indiferentes y, pese a ello, conduce su actuación a la meta deseada. Por último, la finalidad puede entenderse en su sentido *más amplio*, como equivalente de actuación consciente e incluyendo, por tanto, a la culpa consciente,[52] pues cuando se actúa con conciencia de las consecuencias típicas reconocidas al menos como posibles, las mismas no se causan ya ciegamente, sino que constituyen el producto de

47 Así *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 Anm. 80; *Jakobs*, Konkurrenz, páginas 147 y ss.; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 72, mientras que *v. Hippel*, t. II, pág. 335; *LK (Mezger)*, 8.ª ed., § 59 Anm. 21e; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 326; *Schneider*, GA 1956, 259 sólo admiten la punibilidad con arreglo al delito consumado.

48 Cfr. *Roxin*, ZStW 74 (1962), págs. 532 y ss.; *Welzel*, Grünhut-Erinnerungsgabe, págs. 173 y ss.; *Schewe*, Reflexbewegung, págs. 27 y ss.

49 Así *Schmidhäuser*, ZStW 66 (1954), pág. 34.

50 Así *Hardwig*, Zurechnung, págs. 86 y ss.; *Ambrosius*, Vorsatzabgrenzung, pág. 79.

51 Así los partidarios de la teoría finalista de la acción; cfr. *Welzel*, Lehrbuch, pág. 35; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 210; *Armin Kaufmann*, ZStW 70 (1958), pág. 81; *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959), pág. 60. Cfr. además *Werner*, Die finale Handlungslehre, págs. 117 y ss.

52 Así *Engisch*, Kohlrausch-Festschrift, págs. 155 y ss.; *Gallas*, Beiträge, págs. 54 y ss. y Niederschriften, t. XII, pág. 110; *Nowakowski*, JZ 1958, 338 y ss.

un suceder conducido por el hombre. Mediante la actuación consciente de las posibles consecuencias vienen a reconocerse éstas, en todo caso, como resultados concebibles de la causalidad conducida y puesta en marcha por el mismo hombre.

2. Parece correcto entender la *finalidad como comportamiento voluntario consciente*. En los actos pasionales e impulsos instintivos, habrá que incluir en ella actuaciones posiblemente inconscientes, pero dirigidas a una meta sobre la base de un estado previo de carácter consciente (cfr. *supra*, § 29 II 2, nota 7 *in fine*). En el dolo eventual la consecuencia secundaria se introduce en la decisión de cometer el hecho como una posibilidad seriamente estimada del curso causal y, por tanto, querida por el autor como eventualidad posible y no evitable con seguridad. Por el contrario, aunque en la culpa consciente el autor advierte la consecuencia secundaria, la rechaza en último término como realidad posible y deja, pues, de quererla.[53]

V. El error de tipo

Backmann, Die Rechtsfolgen der aberratio ictus, JuS 1971, 113; *el mismo*, Grundfälle zum strafrechtlichen Irrtum, JuS 1972, 196, 1973, 30 y 1974, 40; *Bemmann*, Zum Fall Rose-Rosahl, MDR 1958, 817; *Busch*, Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, Festschrift für. E. Mezger, 1954, pág. 165; *J. Hall*, Ignorance and Mistake in Criminal Law, Indiana Law Journal 33 (1957), página 1; *Hartung*, Anmerkung zu OGH 1, 74, SJZ 1949, 64; *Herzberg*, Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf, ZStW 85 (1973), pág. 867; *Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen..., 1971; *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *Arthur Kaufmann*, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949; *Kienapfel*, Zur gegenwärtigen Situation der Strafrechtsdogmatik in Österreich, JZ 1972, 569; *el mismo*, Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum, ÖJZ 1976, 113; *Küper*, Zur irrigen Annahme von Strafmilderungsgründen, GA 1968, 321; *Lange*, Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, JZ 1956, 73; *el mismo*, Nur eine Ordnungswidrigkeit? JZ 1957, 233; *Lang-Hinrichsen*, Zur Problematik der Lehre von Tatbestands und Verbotsirrtum, JR 1952, 184; *Loewenheim*, Error in objecto und aberratio ictus, JuS 1966, 310; *Maiwald*, Der "dolus generalis", ZStW 78 (1966), pág. 30; *H. Mayer*, Das Problem des sogenannten dolus generalis, JZ 1956, 109; *Niese*, Die Vorsatzauffassung des OGH in Strafsachen, SJZ 1950, 31; *Nowakowski*, Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz, ZStW 65 (1953), pág. 379; *Noll*, Tatbestand und Rechtswidrigkeit..., ZStW 77 (1965), pág. 1; *Oehler*, Zum Eintritt eines hochgradigen Affekts während der Ausführungshandlung, GA 1956, 1; *Roeder*, Die Irrtumsregelung im österreichischen und deutschen StG Entwurf, ÖJZ 1962, 337; *Schaffstein*, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, Göttinger Festschrift für das OLG Celle, 1961, pág. 175; *Schick*, Die Entschuldbarkeit rechtsirrtümlichen Handelns..., ÖJZ 1969, 535; *Schröder*, Tatbestands- und Verbotsirrtum, MDR 1951, 387; *el mismo*, Die Irrtumsrechtsprechung des BGH, ZStW 65 (1953), pág. 178; *Schultz*,

53 Así, correctamente, *Ambrosius*, Vorsatzabgrenzung, pág. 88; también *Nowakowski*, JBl 1972, 24. La diferencia en cuanto a la peligrosidad de la voluntad de la acción (cfr. *Jescheck*, E. Wolf-Festschrift, pág. 488) es sólo una consecuencia de la introducción de la representación de la posibilidad en las bases de la decisión. Cfr. sobre esto *Krümpelmann*, ZStW 87 (1975), pág. 895; *Wolter*, Derr Irrtum über den Kausalverlauf..., ZStW 89 (1977), pág. 649.

Zur bundesrechtlichen Rechtsprechung über den Sachverhaltsirrtum, StrGB artículo 19, SchZwStr 77 (1961), pág. 74; *Warda*, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, 1955; *v. Weber*, Zum Subsumtionsirrtum, GA 1953, 161; *Welzel*, Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns, SJZ 1948, 368; *el mismo*, Schuld und Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, MDR 1951, 65; Cfr. además la bibliografía general del § 29.

1. El punto de partida de toda teoría del error ha de ser la *distinción objetiva de los diferentes supuestos de error.*

a) La teoría del **error de tipo** se halla conectada de forma inmediata a la teoría del dolo, ya que el error de tipo no es más que la negación del **contenido de representación requerido para el dolo:** el autor no conoce los elementos a que, según el correspondiente tipo, debe extenderse el dolo. El § 16 se refiere *únicamente* al error de tipo. Concurre error de tipo cuando "en la comisión del hecho se desconoce una circunstancia que pertenece al tipo legal". Con el término "circunstancia" se alude en primer lugar a todos los elementos objetivos del tipo legal. De forma análoga, el precepto ha de aplicarse a todas las restantes circunstancias a que debe referirse el dolo (cfr. *supra*, § 29 II 3b). En cuanto a su contenido, el error de tipo puede consistir tanto en una *falsa representación* como en la *falta de toda representación*, pues el error supone, en términos generales, la no correspondencia de conciencia y realidad.[54]

b) Al error de tipo se contrapone el error sobre la antijuricidad **(error de prohibición)** (cfr. *infra*, § 41 II y III).[55] Constituye error de tipo el error sobre la presencia de los presupuestos objetivos que condicionan la virtualidad del mandato de la norma (por ej., un cazador desconoce que dispara sobre un buscador de setas, al que en el crepúsculo toma por una pieza de caza). El error de prohibición consiste, en cambio, en el error sobre el hecho de que un determinado comportamiento, correctamente conocido por el autor en su configuración objetiva, se halla prohibido por el derecho (por ejemplo, el trabajador extranjero desconoce que resulta prohibida y punible en Alemania la caza de pájaros cantores).

c) La distinción entre error de tipo y error de prohibición no se ha impuesto hasta tiempos recientes. El RG basó su Jurisprudencia hasta el último momento en la distinción de *error de hecho (error facti)* y *error de Derecho (error iuris)*, distinción que todavía cabe encontrar con frecuencia fuera de Alemania[56] (sobre la evolución hasta el presente cfr. la ed. anterior, páginas 228 y siguientes).

54 Manifiestan reservas ante la utilización del concepto de "error" para el caso de "deconocimiento" y no sólo para el de equivocada representación positiva *Schönke/Schröder/Cramer*, § 16 Anm. 4 y ss.

55 Cfr. sobre la historia dogmática, *H. Mayer*, Lehrbuch, págs. 257 y ss.; sobre el problema en sí, sobre todo, *v. Hippel*, t. II, págs. 331, 337 y ss.; *Graf zu Dohna*, Verbrechenslehre, págs. 51 y ss.; *Busch*, Mezger-Festschrift, págs. 165 y ss.; *Arthur Kaufmann*, Das Unrechtsbewußtsein, págs. 61 y ss.; *Lang-Hinrichsen*, JR 1952, 184; *Schaffstein*, Göttinger Festschrift, págs. 175 y ss.; *Schröder*, MDR 1951, 387 y ZStW 65 (1953), pág. 180.

56 Sobre el Derecho extranjero, cfr. para Suiza *Schultz*, SchwZStr 77 (1961), pág. 74; *el mismo*, Einführung I, págs. 193 y ss. (La distinción en base a los arts. 19, 20 StGB en principio como en Derecho alemán). Francia sigue manteniendo la distinción de "Erreur de fait" y "Erreur de droit", mas el rigor del principio "nul n'est censé ignorer la loi" se atenúa mediante la doctrina del "erreur de droit invincible"; cfr. *Merle/Vitu*, Traité, págs. 569 y ss., espec. páginas 575 y ss. En Italia rige el art. 5 C. P., que excluye incluso la consideración del error de prohibición invencible (según *Bettiol*, Diritto penale, pág. 482 "in contrasto con la realtà psicologica ed umana"). Para el Derecho angloamericano, cfr. *J. Hall*, Indiana Law Journal 33 (1957), págs. 1 y ss. Por el contrario, la doctrina austríaca ha seguido la moderna evolución alemana; cfr. *Rittler*, t. I, páginas 203 y ss.; *Nowakowski*, Grundriß, pág. 72; *Roeder*, ÖJZ 1962, 337 y ss.; *Platzgummer*, JBl 1971, 240 con ejemplos de la Jurispr., que anteriormente compartía el punto de vista del RG. El nuevo StGB austr. regula el error de tipo y el de prohibición como el alemán (argumento a contrario ex, § 5 I y § 9); de acuerdo *Liebscher*, ZfRV 1970, 185; *Kienapfel*, JZ 1972, 577; *Schick*, ÖJZ 1969, 535 y ss. Ampliamente sobre el nuevo Derecho *Kienapfel*, ÖJZ 1976, 113 y ss. Es parecido el desarrollo de la doctrina jurídico-penal española; cfr. *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal, págs. 535 y ss.; pero la Jurispr. sigue anclada en la perspectiva anterior (nota 8). La doctrina y la práctica holandesas se hallan próximas a la actual distinción alemana de error de tipo y de prohibición; cfr. *Pompe*, Handboek, págs. 163 y ss.; *el mismo*, Das niederländische Strafrecht, páginas 77 y ss.; *D. Hazewinkel-Suringa*, Inleiding, págs. 316 y ss. El StGB de la RFA sólo conoce el error de tipo (§ 13); cfr. *Strafrecht der DDR (Lekschas/Mürbe)*, § 13 Anm. 1. No obstante, últimamente se admite que pertenece al dolo el conocimiento personal del autor de haberse decidido por un comportamiento socialmente negativo, cfr. *Lekschas/Renneberg*, Lehrbuch, págs. 300 y ss.; *Roggemann*, StGB y StPO der DDR, pág. 30 (teoría del dolo).

57 Así OLG Kiel DRZ 1946, 126; KG DRZ 1947, 198; OLG Frankfurt SJZ 1947, 622 con nota de *Radbruch*, Sp. 633; OLG Stuttgart DRZ 1949, 164; OLG Oldenburg MDR 1950, 690, con nota de *v. Weber*.

58 La nueva dirección de la Jurisprudencia se preparó especialmente por *Welzel*, SJZ 1948, 368; *el mismo*, MDR 1951, 65 y *Niese*, SJZ 1950, 31.

2. Después de 1945 los Tribunales Superiores de los distintos *Länder*[57] y el OGH (OGH 2, 117 [129]) se apartaron de la Jurisprudencia del RG en materia de error, a lo que dieron repetida ocasión los procesos seguidos contra delincuentes nacional-socialistas. El BGH ha seguido esta tendencia y, a partir de la **fundamental Sentencia del Gran Senado para asuntos penales** de 18 de marzo de 1952, ha basado el tratamiento del error en la distinción de error de tipo y error de prohibición. Según esto, la regulación del § 59 de la anterior redacción (actual § 16) sobre la exclusión del dolo sólo vale para el error de tipo, de modo que el error de prohibición no excluye el dolo, sino que, según sea culpable o no culpable, ha de conducir a una atenuación de la pena correspondiente al delito doloso o a la impunidad (BGH 2, 194 [197]).[58] La doctrina coincide también unánimemente en entender que sólo *esta distinción* puede ofrecer la base para la solución de los problemas que plantea el error. Prácticamente, sólo se discute ya el tratamiento del error sobre los presupuestos típicos de una causa de justificación (cfr. *infra*, § 41 III 2). Generalmente se admite hoy que el autor ha de saber "lo que hace" antes de que pueda plantearse la cuestión de si ha sido consciente de la antijuricidad de su actuación. Asimismo, el error de tipo puede, como el dolo, referirse a todos los elementos objetivos del tipo (cfr. *supra*, § 29 II 3), con inclusión de los conceptos jurídicos contenidos en el tipo (por ej.,

propiedad, documento, matrimonio, funcionario) y otros elementos normativos (por ej., acción sexual, dignidad humana, secreto). Falta el dolo si el autor no ha comprendido perfectamente el significado de tales elementos, por lo menos en el marco de la valoración paralela en la esfera del profano. Por tanto, el autor no sólo precisa haber conocido la base fáctica del concepto jurídico.

Ejemplos: Quien desinfla los neumáticos del automóvil de otra persona no puede oponer a la acusación de daños (§ 303) que él creía que dañar significaba lesionar la sustancia de la cosa, ya que basta que el coche no pueda ser utilizado conforme a su destino, lo que, en cualquier caso, sí sabía el autor (BGH 13, 207). En los delitos de funcionarios (§ 11 I núm. 2c, 331 y ss.), el autor ha de saber que desempeña sus funciones en un organismo (en este caso la Administración de Correos) que supone la actuación de la potestad del Estado, en cuya virtud ha de realizar actividades que sirven, precisamente, al cumplimiento de tareas que corresponden a la Administración pública (BGH 8, 321 [323]). En la prevaricación (§ 356) concurre error de tipo cuando, a consecuencia de un enjuiciamiento jurídicamente incorrecto de lo que convenía a sus clientes, el abogado no advierte que contradice sus intereses (BGH 15, 332 [338]).

3. En las **leyes penales en blanco** (cfr. *supra*, § 12 III 2) se plantea la cuestión del trato que merece el error sobre la norma llamada a completar la ley en blanco. El RG consideraba normalmente el error sobre la existencia o sobre el contenido de tal norma como error de Derecho extrapenal que excluía el dolo (RG 49, 323 [327]; 56, 337 [339]). Lo correcto es partir de que la norma complementaria de la ley en blanco forma parte del tipo, pues la norma prohibitiva resulta incomprensible si la conminación penal no se refiere a un comportamiento concretamente precisado. Por lo tanto, las normas generales del error deben aplicarse al precepto penal de tal suerte completado: el error sobre un elemento objetivo de la norma destinada a rellenar la ley en blanco constituye error de tipo, mientras que el error sobre la existencia de la norma complementaria da lugar a un error de prohibición.[59] La opinión contraria exige para el dolo que se conozca también la existencia de la norma que completa la ley en blanco.[60] Para ello se presupone que en el Derecho Penal especial deben regir reglas particulares para el tratamiento del error de prohibición, por entenderse que en dicho sector la punición por la comisión dolosa del hecho sólo está justificada en caso de conocimiento positivo de la norma prohibitiva. Se trata, pues, del problema *general* del tratamiento del error de prohibición en el Derecho Penal especial, cuya consideración corresponde a otro contexto (cfr. *infra*, § 41 II 3c).

59 Así la doc. dom. *LK (Schroeder)*, § 59 Anm. 43; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 Anm. 97; *SK (Rudolphi)*, § 16 Anm. 19; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, página 340; *Warda*, Abgrenzung, págs. 36 y ss.; *Welzel*, Das neue Bild, pág. 70; *el mismo*, Lehrbuch, pág. 168.

60 Así *Lange*, JZ 1956, 75; *el mismo*, JZ 1957, 233; *Kohlrausch/Lange*, § 59 Anm. V 3d y VI; *Schröder*, MDR 1951, 389.

Ejemplo: En el § 38 I BJagdG se castiga la infracción de los preceptos que rigen durante la temporada de veda. El error sobre los límites temporales de la veda o sobre la fecha constituye error de tipo (OLG Celle NJW 1954, 1.618), en tanto que el error sobre la prohibición de cazar durante la veda motivará error de prohibición (en este sentido, BGH 9, 358 [360 y siguientes]).

4. El **tratamiento del error de tipo** descansa en un sencillo principio fundamental. Puesto que el dolo presupone el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo y en el error de tipo falta este conocimiento total o parcialmente, el mismo excluye el dolo (§ 16 I 1). Si lo que falta es el conocimiento de los elementos de un delito cualificado, deberá aplicarse únicamente el tipo básico. Como los elementos cualificativos constituyen, en todo caso, propios elementos del tipo, a diferencia de lo que sucedía en el antiguo § 59, no se mencionan por el actual § 16.

Ejemplo: El autor ha de saber que uno de los participantes en el robo llevaba consigo un arma de fuego, y de lo contrario no podrá ser castigado según el § 250 núm. 1, sino con arreglo al § 249 (BGH 3, 229 [233 y ss.]).

Si el error de tipo responde a *imprudencia*, el autor deberá ser castigado por la modalidad imprudente, siempre que exista el correspondiente tipo de imprudencia (§ 16 I 2). Lo decisivo para el juicio de imprudencia es el momento de comisión del hecho.[61]

Ejemplos: El cazador que por error caza durante período de veda no es, ciertamente, punible según el § 38 I BJagdG, pero sí con arreglo al tipo imprudente del párrafo 2. Por el contrario, el Asistente que por imprudencia deja encerrado por la noche a un estudiante en el Seminario, quedará impune porque no existe ningún tipo de detenciones ilegales imprudentes.

Aparte de la punición del error de tipo de naturaleza imprudente según la norma penal relativa a la imprudencia correspondiente, en el error de tipo no se distingue entre desconocimiento culpable y no culpable (RG 6, 85 [88]).[62] Resulta también irrelevante el que el error se deba a una falta de entendimiento o de sentido valorativo.[63] El tratamiento del error de tipo que de esta suerte resulta, parece justificado, ya que, por una parte, requisito mínimo para la punición

61 Pero también puede originar imprudencia la omisión anterior de búsqueda de información, cuando el autor podía esperar encontrarse en una tal situación; cfr. *Schönke/Schröder/Cramer*, § 16 Anm. 11.

62 Cfr. *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 344 y ss.

63 Efectúa esta distinción *Nowakowski*, ZStW 65 (1953), págs. 397 y Grundriß, pág. 73.

correspondiente a un delito doloso es el conocimiento de todos los elementos objetivos que fundamentan el contenido de injusto de la clase de delito de que se trate y, por otra parte, la pena de la imprudencia ya contempla de modo suficiente el contenido de culpabilidad que corresponde a una lesión o puesta en peligro causada por un error imprudente.

5. *a*) A diferencia del § 59 de la anterior redacción, el actual § 16 II regula también el **error sobre los elementos que dan lugar a un tipo privilegiado.** Si el autor cree erróneamente que tales elementos concurren, sólo podrá imponérsele la pena correspondiente al delito doloso de conformidad con la ley más benévola (RG 31, 285).[64]

Ejemplos: Quien erróneamente cree que existe una solicitud seria de homicidio sólo podrá ser castigado según el § 216. Quien rapta a una menor de 18 años con miras sexuales suponiendo equivocadamente que la muchacha lo consiente, no puede ser castigado según el § 235 II, sino con arreglo al § 236 (BGH 24, 168).

b) Se discute, en cambio, el *caso contrario,* de que el autor *no conozca* la presencia de un elemento, en realidad concurrente, que atenúa el injusto. La opinión mayoritaria niega aquí que el autor pueda beneficiarse de la causa de atenuación.[65] Ello sólo resulta justificado cuando el error se refiere a un elemento de culpabilidad (la madre cree legítimo, por ej., el hijo recién nacido que ha tenido fuera del matrimonio, § 217),[66] pues no puede operar como motivo del hecho una circunstancia desconocida por el autor. Ahora bien, cuando la atenuación se deba a una disminución del injusto, lo decisivo habrá de ser la situación objetiva.[67]

Ejemplo: Alguien sustrae una cosa de valor insignificante creyendo que es valiosa. La posibilidad de apreciar un caso especialmente grave se halla excluida (§ 243 II).

c) El § 16 II debe aplicarse por analogía a los casos menos graves (por ejemplo, § 213) y a las excepciones de los ejemplos típicos (por ej., § 243 II), en la medida en que la atenuación responda a una disminución del injusto.

Ejemplo: Si el atracador toma por una imitación de valor insignificante una joya valiosa, no puede estimarse ningún caso grave con arreglo a los §§ 243 II y 16 II.[68]

64 La opinión de *Küper,* GA 1968, 331 y ss., que intentaba tratar este caso según las reglas del error de prohibición, se halla, pues, superada.

65 Un sector estima la consumación del tipo básico: así RG 46, 265 (268); *Kohlrausch/Lange,* § 248a Anm. V.; *LK (Heimann-Trosien),* § 248a Anm. 6; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, pág. 344; *Welzel,* Lehrbuch, pág. 183; otro aprecia tentativa del tipo básico; así *Dreher,* 33.ª ed., § 248a Anm. 4; *LK (Schroeder),* § 59 Anm. 80. Una vez que el § 248a ya sólo se halla privilegiado por el requisito de denuncia, este caso ha perdido prácticamente su importancia.

66 Cfr., por ejemplo, *Maurach,* Bes. Teil, pág. 43.

67 De acuerdo *Schönke/Schröder/Cramer,* § 16 Anm. 27.

68 También así, *Baumann,* Allg. Teil, pág. 432; *Dreher,* § 243 Anm. 41; *LK (Schroeder),* § 59 Anm. 81.

6. El dolo ha de ser *concreto,* esto es, ha de abarcar un suceso individualizado según elementos objetivos. En este sentido, deben discutirse ciertos supuestos de error cuya solución depende del **grado de determinación** del conocimiento **que requiere el dolo.**

a) En el **error sobre el objeto de la acción** *(error in persona vel in objecto),* el autor yerra sobre las características y, en particular, sobre la identidad del objeto de la acción. Su tratamiento depende de si la valoración jurídico-penal variaría en el caso de haber sido correcta la representación del autor. Si el objeto de la acción típico imaginado equivale al real, el error será irrelevante, por tratarse de un puro error en los motivos.[69]

Ejemplos: El sirviente Rose, instigado por su señor Rosahl, disparó en el crepúsculo sobre un niño al que confundió con el acreedor de su señor (caso Rose-Rosahl, Preuss. Obertribunal GA 7 [1859], pág. 332;[70] asimismo RG 18, 337; 19, 179; BGH 11, 268; OLG Neustadt NJW 1964, 311) (sobre instigación en el error en el objeto de la acción cfr. *infra,* § 64 III 4). Constituye también un error irrelevante sobre el objeto en el delito de obstaculización de la Justicia penal (§ 258) el error sobre la clase y calificación del hecho previo (RG 50, 218 [221]).

Pero si los objetos de la acción típicos que se confunden no resultan equivalentes, el *error in objecto* de otro modo irrelevante debe tratarse como error de tipo.

Ejemplos: Un campesino abofetea en un almacén a un maniquí por creer que le mira con excesiva fijeza; el maniquí se rompe: tentativa impune de lesiones y daños imprudentes impunes (caso de *Graf zu Dohna*). La identidad del propietario de una cosa a hurtar se convierte en relevante cuando, sin saberlo, es el mismo autor el propietario; así, cuando alguien toma de un cobertizo que cobija varias bicicletas una que le pertenece, en lugar de la ajena que pretendía. En ese caso el autor sólo podrá ser castigado por tentativa de hurto. Cfr. también el caso 19, 179 (*error in persona* como error sobre los presupuestos típicos del Derecho de corrección).

b) Para actuar dolosamente, el autor no sólo ha de conocer la acción y el resultado, sino también prever el curso causal, pues la relación de causalidad es tan elemento del tipo como la acción y el resultado. Puesto que el curso causal normalmente sólo es previsible de forma imperfecta, se suscita la cuestión de cuándo la desviación del curso causal real respecto del imaginado resulta hasta tal punto

69 Así la doc. dom.; cfr. *Baumann,* Allg. Teil, págs. 426 y ss.; *Blei,* Allg. Teil, págs. 110 y ss.; *Dreher,* § 16 Anm. 6; *Lackner,* § 15 Anm. II 2a; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, págs. 345 y ss.; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 15 Anm. 58; *SK (Rudolphi),* § 16 Anm. 29; *Schmidhäuser,* Allg. Teil, pág. 401; *Stratenwerth,* Allg. Teil I, núm. 283; *Welzel,* Lehrbuch, pág. 75; *Wessels,* Allg. Teil, págs. 48 y ss.; *Loewenheim,* JuS 1966, 312.

70 Cfr. sobre esto, críticamente, *Bemmann,* MDR 1958, 817.

esencial que ha de contemplarse como error de tipo **(error sobre el curso causal).** En primer lugar, es preciso comprobar, como es lógico, si el resultado es imputable objetivamente al autor (cfr. *supra*, § 28 IV 4).[71] En lugar del curso causal objetivamente imputable que el autor esperaba debe haberse producido, pues, otro curso causal también imputable objetivamente.[72] Siendo así, la desviación respecto del curso imaginado no excluye normalmente el dolo *(desviación inesencial)*.[73] La razón de ello ha de verse en que en este caso sigue siendo el peligro inherente a la acción el que se ha realizado en forma de lesión del objeto de la acción protegido, lo que en absoluto resulta modificado por la desviación del curso causal no aprehendida por el dolo.

Ejemplo: A quería matar a B a golpes de hacha, pero la muerte no se produjo por dicha vía, sino a consecuencia de una infección que afectó a las heridas (RG 70, 257 [258 y ss.]). El autor arrojó a su víctima al agua desde un puente con objeto de que se ahogase, pero el fallecimiento tuvo lugar a causa de la caída sobre los pilares del puente. La víctima, que según la "sentencia" de un pretendido Tribunal de Guerra debió haber sido ahorcado, perdió ya la vida en una riña con sus asesinos, pero éstos no lo advirtieron y, creyendo sólo inconsciente al que ya estaba muerto, acabaron por colgarle (BGH GA 1955, 123). Cfr. también RG DStg 1939, 177. La Jurisprudencia también contempla como supuestos de desviación inesencial en el curso causal los casos en que el autor deviene inimputable durante la acción homicida (BGH 7, 325 [329]; 23, 133 [135]; en distinto sentido, si el autor se convierte en inimputable con anterioridad al comienzo del hecho, BGH 23, 356).[74]

Ahora bien, cuando la desviación, respecto de la representación del autor, del curso causal objetivamente imputable requiera excepcionalmente una distinta valoración ético-jurídica del hecho (desviación *esencial*), concurrirá un error de tipo que excluirá el dolo.[74a]

71 También así *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 347; *Wessels*, Allg. Teil, página 50. Según la doctrina reciente sobre la imputación objetiva, los cursos causales extremadamente atípicos deben excluirse ya en esta sede.

72 En este sentido, *H. Mayer*, Lehrbuch, pág. 249; *Wolter*, ZStW 89 (1977), página 679.

73 Cfr. con más detalle, *H. Mayer*, JZ 1956, 111; *Oehler*, GA 1956, 3; *Gallas*, Beiträge, pág. 47; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 Anm. 55; *SK (Rudolphi)*, § 16 Anm. 31; *LK (Schroeder)*, § 59 Anm. 26 y ss.; *Welzel*, Lehrbuch, página 73; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 401 y ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, números 271 y ss.; *Wessels*, Allg. Teil, págs. 50 y ss. Por el contrario, *Herzberg*, ZStW 85 (1973), págs. 867 y ss. propone en estos casos admitir el dolo sólo cuando concurra "conciencia concomitante" *(Mitbewusstsein)* del curso causal divergente. Críticamente, con razón, *SK (Rudolphi)*, § 16 Anm. 32; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 51.

74 Cfr. sobre esto *Geilen*, Maurach-Festschrift, págs. 194 y ss. Quiere estimar tentativa en los casos de producción anticipada del resultado *LK (Schroeder)*, § 59 Anm. 132.

74a Por el contrario, *Wolter*, ZStW 89 (1977), pág. 702, niega la figura misma del "error sobre el curso causal".

Generalmente habrá que apreciar en tal caso *tentativa*, puesto que el error afectará sólo al camino que conduce al resultado.

Ejemplo: A ayudó a conducir a B al puesto de mando en que, en medio del caos que acompañó al desmoronamiento de abril de 1945, debía ser fusilado por derrotista. Pero B fue muerto ya de camino por decisión propia de uno de quienes lo custodiaban. Había que negar aquí la calificación de complicidad consumada, porque, si bien la desviación no dejó de ser objetivamente imputable (peligro de muerte para la víctima por la conducción), el hecho vino a requerir una valoración ético-jurídica distinta, puesto que A quería ejecutar una orden y no entregar a B al arbitrio de la soldadesca (en distinto sentido, OGH 2, 63 [64]).

c) El problema de la determinación del dolo se plantea, además, en los casos en que la acción yerra su meta **(aberratio ictus).** Es preciso distinguirlos claramente de los supuestos de error en el objeto, en cuyo caso el resultado se produce en el objeto en que debía tener lugar según la representación del autor. El error se refiere, pues, a la identidad del objeto de la acción. En la aberratio ictus, en cambio, el resultado se produce en un objeto distinto al elegido por el autor (otra cosa sucede cuando el autor ha previsto también este objeto con dolo eventual; cfr., por ejemplo, RG 2, 335 [336]). Cuando los objetos de ataque son *distintos* la solución es sencilla: quien quiere romper los cristales de la ventana de su enemigo pero por error alcanza al dueño de la casa, ha de ser castigado por tentativa de daños en concurso ideal con lesiones imprudentes. Pero, según la opinión dominante, también en caso de *igualdad de objetos* debe estimarse tentativa respecto del hecho punible intentado y, en su caso, imprudencia en referencia al resultado producido.[75]

Ejemplos: La mujer envía a su marido, al que quiere eliminar, una botella de genciana con ácidos. El marido hace beber primero a un compañero de trabajo, que encuentra la muerte (tentativa de homicidio en concurso ideal con homicidio imprudente). Alguien, al verse asaltado de noche, se defiende a golpes de bastón, alcanzando a la esposa del agresor que intentaba detenerlo. El autor ha de resultar impune, pues la tentativa de lesión de su atacante (§ 223a II) se halla cubierta por la legítima defensa, y la lesión efectivamente producida a la mujer no le puede ser reprochada a causa de la comprensible excitación del momento, lo que excluye la posibilidad de castigar por imprudencia (RG 58, 27 [28]; también RG 3, 384; 54, 349; OLG Neustadt NJW 1964, 311).

75 Así *Baumann*, Allg. Teil, pág. 427; *Blei*, Allg. Teil, págs. 111 y ss.; *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 74; *Bemmann*, MDR 1958, 818; *Backmann*, JuS 1971, 120; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 281; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, página 402; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 347 y ss.; *LK (Schroeder)*, § 59 Anm. 21; *Otto*, Grundkurs, págs. 110 y ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 Anm. 56; *SK (Rudolphi)*, § 16 Anm. 33.

La opinión contraria, que prefiere estimar un hecho doloso consumado,[76] pasa por alto que no basta que el dolo se halle referido abstractamente a una determinada *clase* de objetos, sino que el autor debe tener a la vista un *determinado* objeto de ataque. Además, el caso de legítima defensa propuesto muestra precisamente que el injusto de la acción puede ser en ambos casos del todo distinto. En cambio, si en la acusación falsa (§ 164) se dirige la acusación a una persona distinta a la pretendida, no concurre equivocación de la dirección del hecho, sino una desviación (inesencial) en el curso causal, puesto que el bien jurídico protegido se halla constituido fundamentalmente por la Administración de Justicia estatal, y no por el honor del afectado (BGH 9, 240).

d) A la problemática del error sobre el curso causal, del que constituyen un supuesto particular, pertenecen los casos del llamado **dolus generalis.** El autor no yerra aquí sobre el objeto de la acción que lesiona, sino sobre el desarrollo de la acción. El hecho se consuma en dos actos, cuya significación estima el autor equivocadamente, al creer que el resultado se había producido ya por virtud del primer acto, cuando en realidad no tuvo lugar sino por el segundo, destinado a ocultar el hecho. La Jurisprudencia aprecia en estos casos un proceso unitario, a cuya segunda parte se extiende el dolo que en puridad se refiere únicamente al primer acto. Parte de la doctrina se remonta a la teoría del Derecho común del "*dolus generalis*" y, así, admite la presencia de un suceso unitario con un dolo "general" que abarca a la totalidad.[77]

Ejemplos: El asesino arroja a su víctima, a la que cree muerta, al agua, en donde realmente, perece ahogada (RG 67, 258; BGH 14, 193). Tras de estrangular a su víctima el autor, creyendo haberle causado la muerte, pretende simular un suicidio por ahorcamiento y es al hacerlo cuando verdaderamente pierde la vida el supuesto muerto (OGH 1, 74 [75 y ss.]). El marido, que cree haber producido la muerte dejando abierto el gas mientras ésta dormía, pretende también simular un suicidio abriendo de nuevo el gas, único motivo por el que se produjo la muerte de la mujer (OHG 2, 285). Sobre el caso contrario, de que la muerte se haya producido ya por la primera acción, cfr. *supra,* § 29 V 6b.

76 Así *Frank,* § 59 Anm. III 2c; *v. Liszt/Schmidt,* pág. 269; *Loewenheim,* JuS 1966, 310; *Welzel,* Lehrbuch, pág. 73; *Noll,* ZStW 77 (1965), pág. 5. También debe rechazarse la solución diferenciadora de *Hillenkamp,* Vorsatzkonkretisierungen, págs. 116 y ss. ya que también en relación a los bienes jurídicos de naturaleza no altamente personal el dolo debe referirse a objetos plenamente determinados.

77 Así *Welzel,* Lehrbuch, pág. 74; *Graf zu Dohna,* Verbrechenslehre, página 27; *v. Hippel,* t. II, pág. 337, nota 1; *Baumann,* Allg. Teil, págs. 411 y ss.; *Dreher,* § 16 Anm. 7; *Bockelmann,* Allg. Teil, pág. 75; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 15 Anm. 57; *SK (Rudolphi),* § 16 Anm. 35; *Stratenwerth,* Allg. Teil I, número 278.

La opinión contraria, que pretende estimar en estos casos tentativa de asesinato y homicidio imprudente,[78] desconoce que lo decisivo es el *primer* acto dolosamente cometido y que la desviación del curso causal resulta inesencial, ya que los casos en que el autor se emplea a sí mismo de forma inconsciente como instrumento de la consumación de su hecho entran perfectamente en el ámbito de la imputación objetiva sin requerir ninguna clase de valoración divergente en su favor. Sólo sería posible una solución distinta cuando en el caso concreto hubiese que negar la imputación objetiva del resultado producido únicamente por el segundo acto.[79]

7. Del par de conceptos error de tipo y error de prohibición es preciso distinguir **otros casos de error.**

a) Si el autor conoce el contenido objetivo de un elemento del tipo, pero yerra sobre su significado jurídico-penal (por ej., no considera que la placa de matrícula de un vehículo constituya un documento, o que un perro sea una cosa), concurrirá un **error de subsunción,**[80] que en sí resulta irrelevante, pues la afirmación del dolo no puede requerir más que el conocimiento del significado en el sentido de la "valoración paralela en la esfera del profano". Normalmente, el error no afecta aquí al tipo, sino a la punibilidad del hecho. Si a pesar de la presencia del conocimiento del significado, falta la conciencia del injusto, porque el autor cree permitido el hecho a causa de un error de subsunción, concurrirá un error de prohibición (BGH 9, 341 [347]; 13, 135 [138]; 15, 332 [338]).

Ejemplos: El autor declara no haber advertido que la obtención de cartillas adicionales de comida en tiempos de racionamiento constituye una "ventaja patrimonial" (RG 51, 237 [239]) o que tiene en funcionamiento un "instituto de crédito" si financia negocios aplazados (BGH 4, 347 [352]). El acusado alega que no consideraba que una muchacha de 16 años fuese una "aprendiz" (BGE 78 IV 41). El asesino, que conocía todas las circunstancias del hecho, se escuda en no haber tomado por "alevoso" su comportamiento (BGH 22, 77 [80]).

b) El *error en el ámbito de la culpabilidad* no constituye ni error de tipo ni de prohibición. Se reconoce generalmente que es irrelevante el error sobre la propia capacidad de culpabilidad. Siguen las reglas propias el error

78 Así *Engisch,* Untersuchungen, pág. 72; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, páginas 348 y ss.; *Frank,* § 59 Anm. IX; *Hartung,* SJZ 1949, 68; *Maiwald,* ZStW 78 (1966), págs. 54 y ss.; *LK (Schroeder),* § 59 Anm. 130; *Backmann,* JuS 1972, 199.

79 En esta línea, *Jakobs,* Studien, págs. 99 y ss.; *Schmidhäuser,* Allg. Teil, pág. 404.

80 Cfr. *Baumann,* Allg. Teil, págs. 425 y ss.; *Backmann,* JuS 1973, 300; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 15 Anm. 46; *Lackner,* § 15 Anm. II 2b; *SK (Rudolphi),* § 16 Anm. 23; *Welzel,* Lehrbuch, págs. 173 y ss.; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, pág. 349; *Schmidhäuser,* Allg. Teil, pág. 408; *Stratenwerth,* Allg. Teil I, número 259; *Wessels,* Allg. Teil, págs. 47 y ss.; también *v. Weber,* GA 1953, 161, cuya teoría de los "conceptos complejos" no puede, sin embargo, compartirse (cfr. *supra,* § 26 IV 2, nota 56).

sobre los elementos del tipo de culpabilidad (cfr. *infra*, § 42 III 1) y sobre las causas de exculpación (cfr. *infra*, § 48 II).

c) El *error sobre causas personales de exclusión de la pena* (cfr. *infra*, § 52 III 1) se trata por algunos como error de tipo.[81] Lo correcto es, sin embargo, no fijarse en ese caso en la representación del autor, sino en la situación objetiva, puesto que las causas personales de exclusión de la pena no forman parte del tipo y, consiguientemente, tampoco puede afectar al contenido de injusto del hecho el error sobre las mismas.[82]

Ejemplo: La creencia del diputado de que también una declaración efectuada en los pasillos del Bundestag se halla amparada por el § 36, no le exime de responsabilidad.[83]

d) También es irrelevante el *error sobre las condiciones objetivas de punibilidad* (cfr. *infra*, § 53 III 1), puesto que constituyen limitaciones de la punibilidad introducidas por razones político-criminales que en ningún caso pueden afectar al contenido de injusto del hecho.

Ejemplo: En el § 330a, el dolo se refiere únicamente al colocarse en el estado de embriaguez, y no al hecho cometido durante dicho estado ni, tampoco, a la posibilidad de que en la misma situación pudieran producirse acciones punibles de cualquier clase (de otro modo, BGH 10, 247).

e) El *error sobre la punibilidad* no se refiere a la antijuricidad del hecho, sino a su consecuencia jurídica. Tenía importancia para la teoría de *Feuerbach* de la coacción psicológica, puesto que se basaba en el conocimiento de la conminación penal, que se entendía destinada a despertar los motivos inhibidores del hecho.[84] Pero, en cuanto se ve el contenido preceptivo de la norma jurídica en el imperativo decisivo para la conducta del hombre, deviene irrelevante el error sobre la punibilidad (RG 2, 268 [269]; 54, 152 [161]).

f) Por último, es irrelevante *el error sobre los presupuestos de procedibilidad*, como la exigencia de denuncia previa (BGH 18, 123 [125]).[85]

* * *

I. La exigencia de comisión dolosa del hecho

En Derecho español no puede decirse, como en el alemán que la exigencia de dolo constituya la regla general y la punibilidad de la imprudencia la excepción que haya de preverse en cada caso por la ley. A diferencia del StGB, nuestro CP prevé un sistema abierto *de incriminación de la imprudencia, mediante las* cláusulas generales *contenidas en los arts. 565, 586 3.° y 600. Éstas permiten,* en principio, *la punibilidad de la realización imprudente de todo hecho que de mediar "malicia" constituiría cualquiera de los tipos (dolosos) previstos en el CP. Mas ello no significa que todo delito pueda cometerse por imprudencia. La falta del dolo puede implicar la ausencia de otros elementos inherentes a la figura delictiva correspondiente y entonces no podrá decirse que "si mediare malicia" (esto es: con sólo que mediare malicia) la acción* ya *"constituiría delito" (como exigen los arts. 565, 586 3.° y 600). Esto es lo que sucederá siempre que la ausencia de dolo conlleve necesariamente la de otros* elementos subjetivos del injusto *(así, p. ej., si la muerte del recién nacido no tiene lugar dolosamente, no se entiende que puede cometerse* "para *ocultar la deshonra*" [*art. 410*]*) o algún* otro elemento *del delito de que se trate (así, p. ej., la "violencia" del art. 496 I no es imaginable faltando el dolo;*[1] *como tampoco es imaginable la "suposición" de parte no dolosa). Por lo mismo, tampoco cabrá la realización imprudente del tipo cuando el mismo requiera una* modalidad particular de dolo, *como la intención o el dolo directo (de 2.° grado), excluyendo otras (así, el dolo eventual, o éste y el dolo directo de 2.° grado). En estos casos tampoco podría decirse que la sola concurrencia de "malicia" implicaría la presencia del delito doloso, pues la "malicia" no garantiza la concurrencia de dolo directo (de 2.° grado), ya que también cabe en aquel concepto el "dolo eventual", ni de la intención, pues también es "malicia" el dolo directo (de 2.° grado). No cabrá, pues, la comisión imprudente respecto de tipos en que expresamente se empleen términos como "de propósito" (como en los arts. 411, 418 y 419 CP), "intencionadamente" (art. 534 CP), etc. En cambio, no hay motivo suficiente para negar la posibilidad de imprudencia cuando la ley se limita a expresar la exigencia general de dolo (como puede suceder cuando acude a expresiones como "a sabiendas" — así en el art. 421 y en el 563 bis b 3.° — o "maliciosamente" (así en los arts. 359, 499 bis penúlt. párr.).*[2]

Este planteamiento sólo en parte coincide con el mantenido por la doctrina dominante. Ésta sostiene que no resulta posible la comisión culposa respecto de tipos que requieren elementos subjetivos, *ya sean especiales elementos subjetivos del injusto, ya consistan en la exigencia de dolo.*[3] *Esto último se funda en la creencia (causalista) de que normalmente el tipo no requiere el dolo, de lo que se desprende que cuando excepcionalmente la ley lo requiere, lo hace para impedir la comisión imprudente*[4] *o, en todo caso, establece con ello un requisito* específico *de la figura de delito cuya ausencia impide la imprudencia, porque ésta presupone la concurrencia de todos los requisitos específicos del tipo de que se trate.*[5] *Respecto de los tipos portadores de elementos subjetivos, la imposibilidad de imprudencia sería también consecuencia de la naturaleza intencional que la presencia de tales elementos implica en el delito. Tal planteamiento no puede, por de pronto, compartirse*

81 Así *Schönke/Schröder/Cramer*, § 16 Anm. 33; *Eser*, Strafrecht I, números 20 A 21 y ss.; *Wessels*, Allg. Teil, págs. 90 y ss.; *Mezger/Blei*, Bes. Teil, página 149.

82 Así *Kohlrausch/Lange*, § 247 Anm. VII; *LK (Schroeder)*, § 59 Anm. 69; *Maurach*, Bes. Teil, pág. 228; *Welzel*, Lehrbuch, págs. 356 y ss.; *Dreher*, § 16 Anm. 31; BGH 23, 281; OLG Stuttgart MDR 1970, 162.

83 Cfr. también *Dreher*, § 173 Anm. 8.

84 *Feuerbach*, Lehrbuch, § 93 requiere por ello la conciencia de la punibilidad del hecho.

85 Cfr. *LK (Schroeder)*, § 59 Anm. 71; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 Anm. 35.

1 Cfr. *Mir Puig*, Coacciones, en ADPCP 1977, p. 92 s. y RJCat. 801 s.

2 Así *Córdoba Roda*, Notas I p. 324 y, con una restricción, Comentarios I 19.

3 Por todos vid. *Torío López*, Sobre los límites de la ejecución por imprudencia, en ADPCP 1972, p. 57 y 64. Este autor propone, no obstante, invertir el planteamiento corriente que parte de la posibilidad de la imprudencia como *regla*, requiriendo examinar primero si el tipo de delito correspondiente (de injusto y de culpabilidad) es *materialmente* adecuado a la modalidad culposa, para lo que no bastaría la sola posibilidad *conceptual-formal* de ésta: pp. 53, 78 ss., 82 y 88.

4 Así *Rodríguez Devesa*, PG p. 463.

5 Así *Antón Oneca*, PG p. 224.

por quien entienda que el dolo constituye un elemento necesario *del tipo de los delitos dolosos (cfr.* supra *Adiciones D.° esp. § 24 III 3 d). Pero es que, además, los arts. 565, 586 3.° y 600 no permiten excluir la comisión culposa más que cuando la falta de "malicia" implique la de* otros *elementos específicos, y no cuando lo único que falte sea la "malicia" (con independencia de que sea expresa o tácitamente requerida por el tipo doloso), que precisamente es lo que debe suceder siempre para que proceda la imprudencia.*

Importa destacar, finalmente, que lo dicho vale únicamente para la imprudencia respecto del tipo en el sentido estricto del texto (como tipo positivo). Por ello, dado que en Derecho español suele aceptarse la aplicabilidad de la imprudencia tanto al error sobre los presupuestos de una causa de justificación (error de tipo permisivo) como para el error de prohibición (cfr. supra *Notas D.° esp. § 24 III 3 d), habrá que entender que las restricciones establecidas a la posibilidad de comisión culposa no obstan a la subsistencia de la posibilidad de imprudencia respecto del tipo permisivo (negativo) o del error de prohibición (así, p. ej., en el delito de detenciones ilegales es inimaginable la imprudencia respecto del tipo positivo, pero en cambio es perfectamente posible que la misma concurra en caso de error sobre el ejercicio de un derecho, oficio o cargo).*[6]

Todo lo anterior perdería aplicación si prosperase la nueva regulación de la imprudencia prevista por el Proyecto 1980, que acoge el sistema de incriminación especial y excepcional de la imprudencia (art. 18), como el Derecho alemán.

2. En España se ha discutido profusamente el significado de términos como "voluntarias" (art. 1 CP), "malicia" (arts. 565, 586 3.°, 600 y 2 CP) e "intención" (art. 8 8.° y 565 in fine*), y su relación con el concepto dogmático de dolo.*

Respecto del vocablo **"voluntarias"**, *la doctrina más importante se divide en torno a estas dos posiciones:* a) *su equiparación al dolo, y* b) *su entendimiento como "dependencia de* una *voluntad" (como requisito general del concepto de acción.*[7] *Personalmente, creo que su sentido depende de su objeto de referencia. En el art. 1 I son las* "acciones *y* omisiones *penadas por la ley", y penados por la ley lo son tanto los comportamientos previstos en los tipos dolosos (p. ej., la acción de "matar"), como las* conductas *descuidadas castigadas en los arts. 565, 586 3.° ó 600 CP (p. ej., la acción de conducir a excesiva velocidad): la acción u omisión voluntaria penada por la ley será, en el primer caso, la dolosa, mientras que en el segundo será la imprudente. De ahí que cuando la ley requiere que la voluntariedad se refiera no a una acción, sino a la* comisión de un delito *(como en el art. 1 III), la voluntariedad ha de equivaler al dolo, porque el delito imprudente no se comete,* como tal delito, *voluntariamente.*[8] *La "voluntariedad" es, pues, un concepto psicológico, no jurídico-penal, que puede o no coincidir con el dolo, según se refiera o no a un tipo doloso.*

La **"malicia"**, *en cambio, sí se corresponde con el dolo, desde el momento en que los arts. 565, 586 3.° y 600 CP la contraponen a la imprudencia.*[9] *Ello*

6 En contra *Torío López,* Límites p. 84.

7 Cfr. por todos *Córdoba Roda,* Comentarios I p. 22 ss.

8 Cfr. *Mir Puig,* Preterintencionalidad en RJCat 1979, p. 82 ss (II 3 *b*).

9 En este sentido *Antón Oneca,* PG p. 205; *Rodríguez Devesa,* PG p. 448; *Cuello Calón,* PG 436 ss. En contra *Córdoba Roda,* Notas I p. 309 s., que considera

plantea la cuestión de que acaso sea preciso en nuestro Derecho manejar un concepto de dolo como "dolus malus" *(cfr.* supra *Adiciones D.° esp. § 24 III 3 d).*

Queda, finalmente, el término **"intención"**, *que el art. 8 8.° contrapone a la "culpa" y el 565 i. f. a la imprudencia. De estos preceptos cabría extraer la conclusión de que la "intención" equivale al dolo,*[10] *lo que correspondería a la terminología italiana (el art. 43 CP italiano equipara "delito doloso" y "según la intención") y la traducción francesa* (intention) *e italiana* (intenzione) *del término alemán* Vorsatz *(dolo) en el CP suizo.*[11] *Ello suscita la cuestión de si en el CP español cabe en el dolo el eventual, que difícilmente puede definirse como "intención" (*vid. infra *III 2 A).*

El Proyecto 1980 zanja la problemática terminológica introduciendo en la definición de delito el término "dolosas" (art. 17).

II. Esencia y contenido del dolo

1. Sobre la posibilidad de que en el CP español deba emplearse un concepto de dolo que incluya el conocimiento de la antijuricidad (como "dolus malus"), por imperativo del término "malicia",[12] *cfr.* supra *Adiciones al Derecho español § 24 III 3 d.*

2. También en Derecho español puede afirmarse que el dolo debe abarcar todos *los elementos del tipo. Ello se desprende con carácter general de la exigencia de "malicia" que se deduce de los arts. 565, 586 3.° y 600 CP, y lo confima específicamente para ciertas circunstancias modificativas el art. 60 II CP. Por una parte, la exigencia genérica de "malicia" impone la necesidad de que se conozcan y quieran* todos *los elementos del tipo: no sólo los que integran el núcleo del verbo que designa la acción típica (p. ej.: el "simulare" ser responsable o víctima de un delito en el art. 338), sino también las circunstancias en que debe tener lugar (p. ej., que tal simulación se produzca "ante Autoridad competente"). Ello se debe a que el dolo no es la voluntad de realizar* una *acción, sino* la *acción típica, y ésta sólo es la que tiene lugar en las circunstancias previstas por el tipo (en el ejemplo propuesto, no constituye acción típica toda simulación de ser responsable o víctima de un delito, sino sólo la que se produzca ante Autoridad competente).*[13] *Por otra parte, el artículo 60 II confirma, indirectamente, la necesidad de conocimiento de las circunstancias atenuantes o agravantes que consistieren en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla. Aunque se refiere a la cuestión de la comunicabilidad de las circunstancias a los intervinientes en el delito que las conozcan, permite disipar la posible duda de si la exigencia de conocimiento alcanza también a las circunstancias modificativas. Pero la finalidad esencial del precepto impide extraer* a sensu contrario *la conclusión de que la omisión del requisito de conocimiento en su párrafo I, en*

la malicia como concepto complejo que alude, por una parte, al dolo (natural) y, por otra, al conocimiento de la antijuricidad.

10 Vid. autores citados a favor en nota anterior.

11 Cfr. *Antón Oneca,* PG p. 206.

12 En este sentido *Rodríguez Devesa,* PG p. 448; *Antón Oneca,* PG p. 206; *Cuello Calón,* PG p. 437 ss.

13 De otra opinión *Córdoba Roda,* Notas I p. 322 ss. Cfr. *Gimbernat Ordeig,* Estudios p. 126 nota 8.

referencia a las circunstancias personales, *excluye la necesidad de que éstas sean comprendidas por el dolo. Lo único que persigue el art. 60 es declarar que, mientras las circunstancias objetivas del párrafo II* se comunican *a cuantos intervinientes en el delito las* conozcan, *las personales del párrafo I* sólo *afectarán a aquellos en quienes* concurran *(y no a otros aunque las conozcan), lo que es perfectamente comprensible. Pero esto no obsta a la posibilidad de que, para que "concurran" en un sujeto, las circunstancias personales deban ser conocidas por él.*[14] *Para las circunstancias personales que afectan al tipo ello se desprende de la exigencia general de "malicia" y, en particular, de la esencia de las mismas, la cual haría injustificable que operasen sin ser conocidas por el autor (así, p. ej., en las circunstancias de parentesco o en las de reiteración y reincidencia). En cambio, no precisarán ser conocidas las circunstancias que disminuyen la imputabilidad, porque la virtualidad de ésta no depende de su conocimiento por el afectado.*

*El art. 60 sólo se refiere a las circunstancias atenuantes o agravantes en sentido técnico, esto es, las previstas en los arts. 9, 10 y 11 CP, que operan según las reglas de los arts. 61 y ss. (*arg. ex *art. 58 CP). Mas ello no es óbice a que la necesidad de conocimiento confirmada por el párrafo II de aquel artículo deba estimarse también, por lo menos, en relación con las circunstancias cualificativas previstas en la Parte Especial. Así se desprende ya de la exigencia de que la "malicia" abarque a* todos *los elementos del tipo, pero podría confirmarse también acudiendo a una extensión analógica* in bonam partem *del art. 60 II.*[15]

El Proyecto 1980 mantiene inalterado el contenido del actual art. 60 en su art. 77. Además introduce la siguiente declaración en su art. 20: "El error probado e invencible sobre un elemento... que agrave la pena, excluye... la agravación en su caso." Nada dice en cambio este precepto respecto al error **vencible** *sobre un elemento que agrave la pena, lo que es criticable, ni al error sobre elementos* **atenuantes.**

III. Clases de dolo

1. En España la **terminología** *relativa a las clases de dolo es paralela a la empleada en Alemania. Acaso la peculiaridad más notable consista en la interpretación del término legal "intención" como comprensivo* por lo menos *de la intención en el sentido del texto y del dolo directo (de segundo grado)*[16] *y, según un sector, incluso del dolo eventual.*[17] *Ello dificulta el manejo de la terminología "intención" (Absicht) en el sentido dogmático del texto, aunque sin duda es éste el que mejor cuadra a la palabra. De ahí que se haya propuesto, para evitar la confusión de terminología legal y dogmática, la expresión de "dolo de propósito" para designar la primera forma de dolo,*[18] *o se prefiera para ello la expresión empleada por* Mezger *de "dolo directo de primer grado" (frente al dolo directo de segundo grado, que en el texto se denomina simplemente dolo directo),*[19] *que tiene la ventaja de que no acude al término "propósito", también empleada por la ley.*

2. A) *Ya se ha dicho* supra *I 2 que la doctrina española se halla dividida en torno a la consideración del* **dolo eventual.** *Mientras que un sector niega la posibilidad de incluirlo en el dolo y lo remite a la imprudencia temaria,*[20] *la doctrina acaso dominante considera necesario considerarlo una forma de dolo.*[21] *La primera posición parte de la incompatibilidad del término legal "intención", entendido como expresivo del dolo, con la estructura del dolo eventual; y, en particular, se argumenta que la inclusión de éste en la modalidad de imputación dolosa determinaría la necesidad de cobijarlo en el "propósito" del art. 1 III CP (lo que supondría tener que admitir la insatisfactoria consecuencia de que en el dolo eventual se actúa "de propósito"), si se quiere evitar el absurdo de tener que considerar aplicable al dolo eventual el régimen del art. 50 CP según su entendimiento por la doctrina.*[22] *Pero esta segunda objeción desaparece si, como creo correcto, se limita el art. 50 a los supuestos que poseen la estructura propia de los casos de* error in persona *y* aberratio ictus *a que alcanza el art. 1 III, esto es: los que suponen la comisión de un delito* doloso *(que esto significa la comisión voluntaria de un delito que requiere el art. 1 III, cfr.* supra *I 2), pero distinto al que se* proponía.[23] *Siendo así, no sólo no es preciso equiparar dolo (y por tanto dolo eventual) y propósito, sino que el art. 1 III ofrecería precisamente un fundamento expreso para la inclusión del dolo eventual (fuera del propósito) dentro de la imputación dolosa. Su tratamiento según el art. 50, cuando la diferencia entre lo propuesto y lo ejecutado con dolo eventual afecte a la calificación del delito, y con arreglo al art. 9 4.°, cuando dicha diferencia permanezca dentro del mismo delito cometido con dolo eventual, no resulta entonces insatisfactorio. Es más, la atenuación prevista en el art. 9 4.°, resultaría muy oportuna para matizar la diferente gravedad del dolo eventual y la "intención", hasta el punto de que sería oportuno generalizarla acudiendo a la atenuante analógica del art. 9, 10.°, cuando la falta de intención que implique el dolo eventual alcanzase a todo el mal cometido y no sólo supusiera preterintencionalidad por exceso — hipótesis* a fortiori *merecedora, con mayor motivo, de atenuación, que por tanto podría conducir incluso a la estimación de la atenuante como muy calificada en los casos en que el dolo eventual raye con la culpa consciente, con la posibilidad de rebajar la pena en uno o dos grados (art. 61, 5.° CP).*

Este planteamiento lleva, como se ve, a incluir, por una parte el dolo eventual en la imputación dolosa y a distinguir, por otra, la "intención" y el dolo eventual. Ambas conclusiones resultan satisfactorias, la primera por

14 A esta tesis, defendida por mí ya en La reincidencia p. 994 s., se ha adherido *Díez Ripollés*, Naturaleza de las circunstancias... en ADPCP 1977, p. 649. En contra la doc. dom.; así *Rodríguez Devesa*, PG p. 655 s.

15 Así *Antón Oneca*, PG p. 213.

16 Así *Córdoba Roda*, Notas I p. 321; *Rodríguez Devesa*, PG p. 447 ss.

17 Así *Antón Oneca*, PG p. 205 s.

18 Así *Antón Oneca*, PG p. 200.

19 Así *Gimbernat Ordeig*, Estudios p. 125 s.; *Rodríguez Devesa*, PG p. 444; *Mir Puig*, Coacciones, ADPCP 1977, p. 292.

20 Así *Rodríguez Muñoz*, Notas II p. 168 ss.; *Rodríguez Devesa*, PG p. 449; *Ferrer Sama*, Comentarios al CP, Murcia I 1946 p. 34.

21 Así *Cuello Calón*, PG p. 438 s.; *Antón Oneca*, PG p. 206 s.; *Jiménez de Asúa*, Tratado V p. 586, 618; *Córdoba Roda*, Notas I p. 320 y Comentarios I p. 20 s.; *Gimbernat Ordeig*, Estudios p. 146.

22 Cfr. *Rodríguez Muñoz*, Notas II p. 169 s.; *Rodríguez Devesa*, PG p. 449.

23 Cfr. *Mir Puig*, Preterintencionalidad, RJCat 1979, p. 82 s. III 3 b), e *infra*, en estas notas, V 4.

razones dogmáticas y la segunda por consideraciones semánticas. El obstáculo que ello pudiera encontrar en el art. 8, 8.°, que no prevé más conceptos que los de "intención" y "culpa", puede resolverse incluyendo parte del dolo — como tal, no como imprudencia — en el término "culpa", el cual, como en Derecho romano y todavía en el Derecho civil actual, puede interpretarse con más amplitud que el de "imprudencia" manejado por el CP.[24] *El término genérico para expresar el dolo sería, entonces, el de "malicia".*

B) *La mayor parte de los autores que en España aceptan incluir el dolo eventual en la modalidad dolosa de imputación se manifiestan a favor de la* teoría del consentimiento.[25] *No obstante,* Gimbernat, *comentando la importante STS 2 diciembre 67, defiende brillantemente la* teoría de la probabilidad *(que considera acogida por aquella S.), a la vez que resalta los defectos de la teoría del consentimiento, en parte resumidos en el texto (cfr.* supra § *29 III d bb). Importa destacar, sin embargo, que* Gimbernat *incluye entre los argumentos manejados a favor de la teoría de la probabilidad algunos próximos a la formulación del texto, como lo prueba que cite en este sentido a* Jescheck *y a otros autores que en cambio éste alega en su favor (en especial a* Welzel, *por cuya fórmula del "contar con la posibilidad" muestra el autor español expresa inclinación).*[26] *Ello resulta expresivo de la proximidad real de la teoría de la probabilidad y la actualmente generalizada en Alemania.*

La diferencia entre la teoría pura *de la probabilidad, rechazada en el texto, y la adoptada por la doctrina alemana dominante actual estriba en que ésta cree introducir un elemento* voluntativo *junto a la sola representación de la probabilidad, que varía según las formulaciones. En la del texto se acude en este sentido a la exigencia de que el autor "se conforme" o "resigne"* (sich abfindet) *con la realización del tipo; pero en su alcance efectivo ello no dista tanto como pudiera parecer de la fórmula de* Welzel *que ve con simpatía* Gimbernat, *del "contar con la producción del resultado", pues a la hora de distinguir el dolo eventual y la culpa consciente coinciden ampliamente* Welzel *y* Jescheck: *ambos consideran que lo que diferencia a la culpa consciente del dolo eventual es que en él el autor "confía"* (vertraut), *lo desee o no, en que no va a producirse el delito. Lo mismo confirma que si* Jescheck *afirma que el "conformarse con el resultado" y el "confiar en su ausencia" son conceptos complementarios (cfr.* supra § *29 III 3 c),* Welzel *sostiene lo mismo de los conceptos de "contar con" el resultado y "confiar" en su ausencia.*[27] *De ello ha de seguirse lógicamente que — como no cabe una zona intermedia entre el dolo eventual y la culpa consciente — el "conformarse" tiene en* Jescheck *un sentido coincidente en sus resultados con el "contar con" de* Welzel.

La posibilidad de la coincidencia que, según vemos, resulta entre una formulación que únicamente expresa un concepto intelectualista (el "contar con") y otra que alude a un momento voluntativo (el "conformarse"), se debe, a mi entender, a que ciertas versiones de la teoría de la probabilidad, como la del "contar con" no implican negar la necesidad de un momento

[24] Así *Córdoba Roda,* Notas I p. 321.

[25] Así *Antón Oneca,* PG p. 202; *Cuello Calón,* PG p. 424 s.; *Córdoba Roda,* Comentarios I p. 20; *Jiménez de Asúa,* Tratado V p. 586 y 618. Otras referencias en *Gimbernat,* Estudios p. 132 s.

[26] Cfr. *Gimbernat Ordeig,* Estudios p. 146 nota 72.

[27] Cfr. *Welzel,* Allg. Teil, p. 68.

voluntativo, sino que permiten hallar en la opinión del sujeto acerca de las probabilidades existentes de producción del delito el dato del que se deriva la presencia del momento voluntativo necesario para el dolo.[28] *Pues bien, éste es el planteamiento que me parece preferible: de la conciencia de que existe la concreta probabilidad de producción del delito deriva necesariamente el* "querer" *necesario para el dolo eventual.*

Debe partirse de que también en nuestro Derecho — como lo exige el término "voluntarias" del art. 1 I — el dolo implica no sólo "conocer", sino también "querer", elemento este último que debe trazar la frontera definitiva *entre el dolo y la imprudencia. Mas ¿qué significa "querer"? No necesariamente "perseguir", "pretender" ni "desear": la confusión del "querer" con estos conceptos explica el erróneo intento de la teoría del consentimiento (como "teoría de la aprobación") de exigir para el dolo eventual la "aprobación" por el sujeto del hipotético resultado,*[29] *como también que desde el punto de vista opuesto se deduzca la consecuencia de que el "querer" (así concebido) no es preciso para el dolo.*[30] *Semánticamente, para "querer" no es preciso tanto, basta con* "aceptar", *aunque sea con indiferencia o incluso a disgusto, como forma de "conformarse con" — para emplear la terminología del texto, que se ha extendido en Alemania —: quien "acepta", siquiera sea sólo "conformándose", se dice que "quiere". Por eso el dolo directo de segundo grado implica el "querer" las circunstancias que el sujeto sabe necesarias, que por este conocimiento no puede sino "aceptar" al actuar. Y por eso, también, cabe, y es preciso, buscar un momento auténticamente voluntativo en el dolo eventual, que deberá responder a la idea de "aceptación" en el sentido (no valorativo) expresado. Ésta se produce tanto cuando el sujeto sabe que el delito constituye una consecuencia necesaria de su hacer, como cuando se dice: "si pasa, que pase" (aunque sea a disgusto y "resignándose" a la posible adversidad). Entonces "acepta" la posibilidad (eventualidad) del resultado. He aquí, pues, la posibilidad del "querer" en el dolo eventual, única frontera admisible entre el dolo y la imprudencia.*

El problema es, entonces, cómo decidir cuándo *se da aquella aceptación. La respuesta ha de buscarse a partir de la conciencia de la probabilidad del delito, aunque entendida no como conocimiento de posibilidades actuales, sino como juicio de* pronóstico *sobre si va a producirse o no el delito. Si en el dolo directo de segundo grado se entiende que la conciencia de la* probabilidad *rayana en la seguridad de la producción de aquél ha de* implicar *su aceptación (cfr.* supra § *29 III 2), también cuando el sujeto considera probable que tenga lugar el delito (la estructura formal es la misma) en el sentido de que* no "descarta" *que en su caso concreto se vaya a producir, sino que "cuenta con" tal posibilidad, y* no obstante *decide actuar y correr el riesgo, no puede sino "aceptar" (por lo menos como "conformarse con") la peligrosidad de su conducta como capaz de producir el delito, por mucho que pueda "preferir" o "desear" que no tenga lugar. Tal aceptación del peligro basta para el dolo, porque éste debe referirse al hecho prohibido y la ley sólo puede prohibir* conductas, *no resultados. El Derecho sólo puede prohibir*

[28] Cfr. *Welzel,* Allg. Teil, p. 70. Pero no es que — como dice este autor — el "contar con" sea un momento voluntativo, sino que del mismo se deriva necesariamente la voluntad.

[29] Cfr. *Welzel,* Allg. Teil, p. 69 (además de lo que se dice en el texto).

[30] Así *Gimbernat Ordeig,* Estudios p. 142 s.

realizar conductas objetivamente peligrosas para bienes jurídicos (cfr. supra *§ 24 III 4 c).*[30 bis] *Cuando el sujeto no descarta que su conducta pueda lesionar un bien jurídico-penal ni cree posible "confiar en" que no vaya a ser así y pese a tal conciencia de su virtualidad concretamente lesiva lleva adelante su comportamiento, realiza voluntariamente la acción que le prohíbe la norma. Concurre* dolo *eventual. Cuando el sujeto, en cambio, "confía" en ("piensa") que no va a realizarse el delito, no "cree" (al menos en su caso concreto)*[31] *que el mismo vaya a tener lugar, y ello implica que no puede "aceptar" la posibilidad futura del resultado, pues descarta que vaya a ser realidad. En este caso el sujeto no "quiere" la eventualidad del delito:* imprudencia.

Todo lo anterior podría resumirse como sigue: es "querer" y, por tanto, constituye dolo decidir actuar pese a considerar seguro (dolo directo de segundo grado) o concretamente probable (dolo eventual) que ello determine la producción del delito. Éste es el sentido en que empecé por afirmar que la conciencia de la probabilidad deriva necesariamente (si se decide actuar, claro está) el "querer". *Y por ello considera suficiente el CP requerir en general la "malicia", que sólo alude a la conciencia del mal, o a veces a expresiones como "a sabiendas", para manifestar la exigencia de dolo.*

Pero el planteamiento expuesto no sería válido, probablemente, para una concepción del injusto como la tradicional, centrada en la causación del resultado *y no sólo — como propuso — en la infracción de la norma por una conducta, pues querer la acción reconocida como peligrosa no implica forzosamente querer el resultado que pueda producir (piénsese en quien, pese a considerar muy probable el resultado y no creer posible confiar en que no se produzca, actúa* sólo en la esperanza *de que no tenga lugar y hace votos por que no sea así).*[31 bis]

IV. Finalidad y dolo

Desde el prisma de la doctrina finalista se sostiene en nuestro país la existencia de finalidad en todas las formas de dolo,[32] *como en sustancia se hace en el texto: cfr.* supra *§ 29 IV 2). Ello no se considera incompatible con la afirmación de que también en los delitos de imprudencia se halla presente una voluntad final relevante para el Derecho penal, de modo que no se equiparan los conceptos de dolo y finalidad.*[33] *Es en otro sentido, desde una concepción causalista, en el que* Rodríguez Mourullo *niega la posibilidad de identificar el dolo y la finalidad.*[34]

30 bis Cfr. *Mir Puig*, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, Barcelona, 1979, pp. 43 ss., 52.

31 Lo que importa es el "peligro concreto", no el "abstracto", según la distinción de *Schmidhäuser*, Allg. Teil, p. 434.

31 bis Cfr. *Mir Puig*, Función de la pena y teoría del delito p. 52 nota 72.

32 Así *Córdoba Roda*, Comentarios I p. 27.

33 Cfr. *Córdoba Roda*, Comentarios I p. 28.

34 Cfr. *Rodríguez Mourullo*, PG I p. 257 s. Frente a lo que este autor argumenta en relación con los ejemplos de violación, de falso testimonio y de omisión de socorro cabe alegar lo dicho *supra* II 2.

V. *El error de tipo*

1. En España la **terminología** *de "error de hecho" y "error de derecho", ya abandonada en Alemania, concurre todavía*[35] *junto a la de "error de tipo" y "error de prohibición", que no obstante, se impone decisivamente.*[36]

2. El **tratamiento del error sobre elementos esenciales** del tipo parte *en nuestro país de los principios señalados en el texto: si es vencible procede la* imprudencia *(art. 565, 586 3.° ó 600) y si es invencible, en principio — salvo lo que se dirá sobre preterintencionalidad —, la* impunidad[37] *(por atipicidad: no concurre ningún tipo, ni doloso ni imprudente, ni por tanto ninguna acción u omisión voluntaria penada por la ley (art. 1 CP).*

El mismo tratamiento prevé, aunque de forma expresa, el art. 20 Proyecto 1980. Respecto al error vencible precisa que éste se valorará como tal "atendidas las circunstancias del hecho y la personalidad del autor".

3. El **error sobre elementos accidentales** *del tipo (esto es, los que no condicionan la existencia del delito de que se trate) debe regirse, en principio, por reglas análogas a las establecidas en el texto.*[37] *Así:*

a) *El* **desconocimiento de elementos accidentales que elevan la pena** *impide la apreciación de éstos, sea porque así se deduce expresamente del artículo 60 II (para las circunstancias agravantes de la Parte General que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla), sea por la exigencia general de dolo y la necesidad de conocimiento que se desprende de la* ratio *de los demás elementos típicos accidentales que elevan la pena (agravantes personales como las de parentesco, reiteración y reincidencia, o elementos cualificativos previstos en la Parte Especial), De ello resulta la imposibilidad de aplicar la pena más grave y que subsista únicamente el tipo básico doloso, ya que no cabe estimar imprudencia respecto del tipo cualificado o agravado, porque ello requeriría que la ausencia de "malicia" implicase que el hecho dejara de constituir* el "delito" *cometido (arts. 565, 586 3.° y 600) y aquí la falta de dolo respecto a la cualificación o agravación no impide que* el "delito" correspondiente *— que sigue siendo* el mismo *aun sin cualificar o agravar — se haya cometido mediante malicia. El art. 20 I Proyecto 1980 confirma expresamente el mismo tratamiento para el caso de error invencible. Se mantiene inalterado el art. 60 II en art. 77 II del Proyecto.*

El **desconocimiento de elementos accidentales que disminuyen la pena** *se halla previsto por el art. 60 II (art. 77 II Proyecto 1980) para las circunstancias atenuantes de la Parte General que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla con el mismo criterio que para las agravantes: impide la atenuación (así, eximentes in-*

35 Cfr. *Cuello Calón*, PG p. 441 ss.; *Antón Oneca*, PG p. 210 s. Esta terminología todavía es dominante en la jurisprudencia.

36 Cfr. *Córdoba Roda*, El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito, Barcelona, 1962, p. 565 s.; *Rodríguez Devesa*, PG p. 593 ss.; *Gimbernat Ordeig*, Estudios p. 101 ss.; *Cerezo Mir*, Notas p. 113 s.; *Jiménez de Asúa*, Tratado IV p. 520 ss.

37 El planteamiento siguiente siempre sigue caminos propios y no se ajusta a la doc. dom.: cfr. *Rodríguez Devesa*, PG p. 655 s., que por lo demás no contempla el tema con criterio exhaustivo. La exposición más completa: *Jiménez de Asúa*, Tratado VI p. 601 ss.

completas que rebajan lo injusto objetivo, como las de legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber (art. 9, 1.°), las atenuantes que posean este mismo significado objetivo, como, acaso, las de provocación o amenaza (art. 9, 5.°) y ofensa (art. 9, 6.°), o las análogas a ellas (art. 9, 10.°). Si el desconocimiento recae sobre circunstancias atenuantes "personales" de la Parte General (art. 60 I CP; art. 77 I Proyecto 1980) o elementos privilegiantes previstos en la Parte Especial, la solución debe partir de que su ratio *exige el conocimiento: así, si disminuyen lo injusto de la acción por causa de los* motivos *(así, motivos morales, altruistas o patrióticos, art. 9, 7.°), no deben rebajar la pena, pues el motivo no puede operar si no es conocido.*

b) ***La suposición errónea de elementos accidentales que elevan la pena*** *no puede determinar este efecto, sino que deja subsistente la presencia del tipo base. No cabría, en efecto, afirmar concurso del delito base consumado con el delito cualificado o agravado* frustrado *— lo que, según el art. 71 CP (art. 88 Proyecto 1980), llevaría a la pena del más grave en su grado máximo —, porque para que existiese frustración sería preciso que "*el *delito" no se hubiera llegado a realizar (art. 3 CP; art. 25 Proyecto 1980) y aquí se ha cometido — porque el delito cualificado o agravado es el* mismo *delito que el delito base ejecutado. Si* ***la suposición afecta a elementos accidentales que disminuyen la pena,*** *la situación será análoga a la de desconocimiento de un elemento que eleva la pena: debe estimarse necesariamente la rebaja de la pena, porque no cabría la concurrencia del tipo base imprudente, ya que* el *delito cometido sigue siendo doloso.*

4. En el CP existe una regulación específica para los supuestos de error que implican ***preterintencionalidad:*** *aquellos en que se quería producir un mal distinto a otro propuesto, como* error in persona *y* aberratio ictus *relevantes o* error in effectu. *El art. 1 III contiene el principio general según el cual "el que cometiere voluntariamente un delito o falta, incurrirá en responsabilidad criminal aunque el mal causado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar". Es frecuente considerar este precepto como criticable expresión del "*versari in re illicita*", lo que se cree poder deducir del hecho de que la ley no requiera ni siquiera imprudencia respecto del resultado efectivamente acaecido.*[38] *Mas ello no resulta justificado ni a la vista de la historia del precepto, que en el CP 1848 remitía a la pena señalada al delito voluntariamente cometido, ni a la de su redacción actual, que sigue como entonces requiriendo la ejecución voluntaria de* un solo delito: *la diferencia en el mal causado no puede originar* otro *delito además de aquél. Sólo el delito voluntariamente ejecutado puede engendrar, pues, la responsabilidad criminal a que se refiere el art. 1 III; y un* delito *sólo puede* cometerse voluntariamente *en cuanto tal cuando es doloso (cfr.* supra *en estas Notas I 2). No sólo lo imprevisible, sino también la imprudencia caen fuera del art. 1 III.*[39]

En su actual redacción, el art. 1 III no precisa el concreto tratamiento que merecen los casos de error que contempla, sino que el mismo se deduce de los arts. 9, 4.°, y 50. Para distinguirlos debe partirse del criterio propuesto por Silvela: *será aplicable la atenuante 4.ª cuando la diferencia de mal existente no llegue a determinar un cambio de "delito", mientras que habrá que acudir al art. 50 cuando el mal ejecutado constituya un delito distinto al propuesto.*[40] *Mas, en contra de la doctrina dominante, que incluye en el artículo 50 supuestos de* error in effectu *como el de quien queriendo producir lesiones causa la muerte de la víctima,*[41] *debe restringirse el ámbito de este precepto a casos como los de* error in persona *y acaso* aberratio ictus *relevantes que posean la estructura requerida por el art. 1 III, del cual el artículo 50 constituye un mero desarrollo: un solo delito ejecutado doloso, aunque distinto del propuesto. Así, p. ej., cuando creyendo matar a su padre alguien da muerte a un extraño, supuesto en que el único delito ejecutado (homicidio) es doloso, ya que el padre también es un hombre, pero distinto al propuesto (parricidio).*[42] *Por otra parte, el art. 9, 4.°, sólo puede aplicarse a los casos en que el mal resultante, aparte de tener lugar dentro de un delito doloso no distinto al propuesto, no origine un tipo cualificado que tenga señalada pena más grave que la modalidad típica proyectada, ya que, si así fuera, según las reglas del error (*supra *V A a) no sería ya aplicable el tipo cualificado (ni siquiera atenuado), sino el correspondiente al mal intentado. Así, contra lo que suele afirmarse, no cabría aplicar el art. 9, 4.°, a la causación de ceguera (art. 420, 1.°) cuando sólo se quería producir lesiones graves de menor entidad.*[43]

6. Los conceptos y la terminología empleados en el texto para referirse a las clases de error que plantean la cuestión del ***grado de concreción necesario en el dolo*** (error in persona vel in objecto, *sobre el proceso causal,* aberratio ictus *y* dolus generalis), *se manejan en España con el mismo sentido y desde las posiciones expresadas,*[44] *con las particularidades de regulación contempladas en el número 5 anterior. No tan diferenciados se hallan, en cambio, los conceptos considerados en el texto en V 7, no obstante existir en general coincidencia en cuanto a su tratamiento.*[45]

§ 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; *Engisch,* Bemerkungen zu

38 Así *Rodríguez Muñoz,* Notas II p. 32; *Cuello Calón,* PG p. 446; *Rodríguez Devesa,* PG p. 600.

39 En este resultado viene a coincidir *Antón Oneca,* PG p. 210. Sobre las importantes dificultades que, por otra parte, plantea no obstante el art. 8, 8.°, en rel. con el 64, y su posible superación cfr. *Mir Puig,* Preterintencionalidad, RJCat 1979, pp. 68 ss. (II 1 Ac).

40 Cfr. *Silvela,* El Derecho penal II p. 137.

41 Por todos cfr. *Muñoz Conde,* RJCat. 1974 p. 886 ss.

42 Cfr. *Mir Puig,* Preterintencionalidad RJCat. 1979, pp. 90 ss. (II 3 Ac). En favor también de la restricción del art. 50 al *error in persona* y *aberratio ictus* la jurisprudencia del TS y *Cerezo Mir,* el versari in re illicita..., en ADPCP 1962, p. 58 s. En favor del error in persona también *Gimbernat Ordeig,* Delitos página 206.

43 Cfr. *Mir Puig,* Preterintencionalidad RJCat 1979, pp. 98 s. (II 4).

44 Vid. *Antón Oneca,* PG p. 213 s. y 210; *Jiménez de Asúa,* Tratado VI páginas 611 ss.; *Rodríguez Devesa,* PG p. 592 ss.; *Cuello Calón,* PG p. 444 ss.

45 Así, sobre error de subsunción cfr. *Antón Oneca,* PG p. 214; *Jiménez de Asúa,* Tratado VI p. 552 ss. Sobre el error acerca de la imputabilidad, cfr. *Antón Oneca,* PG p. 212 s.

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, 315; *Goldschmidt*, Normativer Schuldbegriff, Festgabe für R. v. Frank, t. I, 1930, pág. 428; *Hegler*, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915), pág. 19; *el mismo*, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verberchensbegriffs, Festgabe für R. v. Frank, t. I, 1930, pág. 251; *Jescheck*, Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre, ZStW 73 (1961), pág. 179; *Kadečka*, Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff, ZStW 59 (1940), pág. 1; *Mezger*, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924), pág. 205; *el mismo*, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, Festschrift für L. Traeger, 1926, pág. 187; *Nagler*, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, Festschrift für K. Binding, t. II, 1911, pág. 273; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955; *Nowakowski*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, 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; *Platzgummer*, Die "Allgemeinen Bestimmungen" des StGE im Lichte der neueren Strafrechtsdogmatik, JBl 1971, 236; *Polaino*, Los elementos subjetivos del injusto en el C. Penal español, 1972; *Schudt*, Die subjektiven Unrechtselemente in der neueren Entwicklung, tesis, München 1951; *Sieverts*, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, 1934; *Waider*, Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen..., 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; *Zimmerl*, Zur Lehre vom Tatbestand, Straf. Abh. Heft 237, 1928; *Zipf*, Die Problematik des Meineids..., Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 415.

I. Esencia, descubrimiento y delimitación de los elementos subjetivos del tipo

1. El dolo constituye el núcleo de lo injusto personal de la acción en los hechos dolosos, por lo que puede caracterizarse como el elemento subjetivo *general* del tipo. El dolo determina el curso, la dirección y la meta de la acción. Sin embargo, con frecuencia se añaden al dolo **especiales elementos subjetivos del tipo**, que también integran lo injusto personal de la acción en cuanto caracterizan más precisamente la voluntad de actuar del autor. Como modificaciones de la voluntad típica de la acción, manifiestan en la misma medida que el dolo la **estructura de la finalidad** (cfr. *supra*, § 29 IV) y, como éste, se hallan referidos al bien jurídico protegido, al objeto de la acción o a las modalidades de su lesión (cfr. *supra*, § 24 III 3b). Las dos expresiones "elementos subjetivos del injusto" y "elementos subjetivos del tipo" son sinónimas; la primera se fija en la pertenencia de todo este grupo de elementos a lo *injusto* de una clase de delito, mientras que la segunda indica que tales elementos han de integrar la estructura del *tipo*. Normalmente, los elementos subjetivos del

tipo sirven para *constituir* lo injusto de una determinada figura delictiva, aunque con menor frecuencia se emplean también para dar lugar a tipos *cualificados* o *privilegiados* a partir del delito base.[1]

2. El *descubrimiento* de los elementos subjetivos del injusto (cfr. *supra*, § 22 III 2b)[2] se remonta a *Fischer*, el que primero demostró para el Derecho Civil, en especial en relación a determinadas causas de justificación, que a menudo no es un suceso objetivo en cuanto tal lo que se prohíbe, "sino que se prohíbe o se permite según la actitud interna con que el autor comete el hecho".[3] Sobre fenómenos similares en Derecho Penal ya habían llamado la atención *Nagler*[4] y *Graf zu Dohna*.[5] Poco después, *Hegler*[6] y *M. E. Mayer*[7] consiguieron casi simultáneamente la ordenación sistemática de estos casos. Aunque ambos todavía veían la antijuricidad material únicamente en la dañosidad social del hecho, ya advirtieron que a menudo contribuyen a determinarla los fines perseguidos por el autor. De forma parecida, *Sauer*[8] mostró que los elementos subjetivos del injusto caracterizan a menudo el tipo de delito. El pleno desarrollo de la teoría de los elementos subjetivos del injusto se debe a *Mezger*.[9] Mientras que los elementos subjetivos se contemplan por los autores antiguos todavía como excepción de una antijuricidad determinada en principio por el comportamiento corporal exterior, los partidarios de la sistemática moderna ven en su existencia una confirmación del concepto personal de injusto.[10] Pese a que ha encontrado decididos enemigos desde la perspectiva de la concepción de la antijuricidad anclada puramente en el mundo exterior,[11] la teoría de los

1 Sobre el volumen numérico del empleo de elementos subjetivos del tipo en la Parte Especial, cfr. *Schudt*, Die subjektiven Unrechtselemente, pág. 121.

2 Sobre la historia dogmática, cfr. *Mezger*, GS 89 (1924), págs. 208 y ss.; *Sieverts*, Subjektive Unrechtselemente, págs. 4 y ss.; *Waider*, Subjektive Rechtfertigungselemente, págs. 173 y ss.

3 *H. A. Fischer*, Die Rechtswidrigkeit, págs. 288 y ss.

4 *Nagler*, Binding-Festschrift, pág. 286 Anm. 8.

5 *Graf zu Dohna*, GS 65 (1905), págs. 310 y ss.

6 *Hegler*, ZStW 36 (1915), págs. 31 y ss.; *el mismo*, Frank-Festgabe, t. I, páginas 251 y ss.

7 *M. E. Mayer*, Lehrbuch, págs. 12, 185 y ss.

8 *Sauer*, Grundlagen, pág. 344.

9 *Mezger*, GS 89 (1924), págs. 259 y ss.; *el mismo*, Traeger-Festschrift, páginas 197 y ss.; *el mismo*, Lehrbuch, págs. 168 y ss.; La posición final de *Mezger* en Moderne Wege, págs. 22 y ss. se aproxima ya al concepto personal de injusto.

10 Así *Braun*, Subjektive Unrechtselemente, págs. 22 y ss.; *Gallas*, Gleispach-Festscrift, pág. 58; *Welzel*, ZStW 58 (1939), pág. 507; *E. Wolf*, Typen der Tatbestandsmäßigkeit, pág. 61.

11 Así *Zimmerl*, Lehre vom Tatbestand, págs. 29 y ss. (que alude en la página 34 a las consecuencias en orden a la posición sistemática del dolo); *Goldschmidt*, Frank-Festgabe, t. I, págs. 458 y ss.; *Beling*, Lehre vom Tatbestand, páginas 11 y ss.; *Class*, Grenzen, págs. 175 y ss.; *Wegner*, Strafrecht, págs. 111 y ss.; *H. Mayer*, Lehrbuch, págs. 104 y ss. En contra, sobre todo la antigua escuela austríaca; cfr. *Rittler*, t. I, págs. 121 y ss.; *Nowakowski*, Grundriß, págs. 54 y ss.; *Kadečka*, ZStW 59 (1940), págs. 1 y ss. Pero entretanto se ha producido el tránsito hacia el reconocimiento de los elementos subjetivos del injusto gracias a *Nowakowski*, JBl 1972, 25 y *Platzgummer*, JBl 1971, 238. Sobre el actual estado de la doctrina austríaca, *Engisch*, Rittler-Festschrift, págs. 167 y ss. y *Jescheck*, ZStW 73 (1961), págs. 197 y ss. En Suiza siguen la doc. dom. en Alemania *Germann*, Verbrechen, pág. 43; *Noll*, Rechtfertigungsgründe, pág. 41;

elementos subjetivos del tipo ha logrado imponerse en Alemania. La opinión mantenida por *Oehler*,[12] según la cual los elementos subjetivos del injusto constituyen en realidad elementos de culpabilidad, es tan poco convincente como mantener el otro extremo de que ninguno de los elementos de la actitud interna pertenece a la culpabilidad, sino sólo al tipo subjetivo[13] (cfr. *infra*, § 42 II 3a).

3. No todas las componentes de un precepto penal que describen factores psíquicos constituyen elementos subjetivos del injusto. Por el contrario, es preciso distinguir entre éstos y los **elementos del tipo de culpabilidad.** La delimitación ha de decidirse con arreglo a los mismos criterios empleados para la distinción general de injusto y culpabilidad. Así, sólo contribuyen a determinar lo injusto del hecho aquellos elementos subjetivos de un precepto penal que caracterizan la voluntad de actuar del autor, afectando al modo de comisión, al objeto de la acción protegido por el tipo, o al bien jurídico. Son, por el contrario, elementos de la culpabilidad todas aquellas circunstancias que contribuyen a caracterizar la formación de la voluntad del autor, en cuanto dejan traslucir en un sentido más o menos negativo la actitud interna de la que ha surgido la decisión de cometer el hecho (cfr. con mayor detalle *infra*, § 42 II 3).[14]

II. Los elementos subjetivos del tipo en el Derecho vigente

La *clasificación de los elementos subjetivos del tipo* resulta *discutida* en sus detalles,[15] pero la cuestión pierde importancia en cuanto se incluye también el dolo en el tipo de injusto. Sólo conserva entonces significación práctica la delimitación frente a los elementos de culpabilidad.

1. El primer grupo comprende los **"delitos de intención"** (delitos de tendencia interna trascendente). Se habla de intención en este sentido cuando el autor persigue un resultado que ha de tener presente para la realización del tipo, pero que no precisa alcanzar. Se distingue entre delitos de resultado cortado y delitos mutilados de dos actos (cfr. *supra*, § 26 II 5).[16]

a) En los *delitos de resultado cortado* la acción típica se completa por la persecución de un resultado exterior que está más allá del tipo objetivo y que ha de producirse por sí sólo, esto es, sin la intervención del autor, con posterioridad al hecho. Ejemplos: el envenenamiento (§ 229), el hurto impropio (§ 252), la extorsión (§ 253), la estafa (§ 263), el quebrantamiento de condena (§ 288), el cohecho activo (§ 233).

b) En los *delitos mutilados de dos actos*, por el contrario, el autor ha de querer producir *por propia actuación*, tras la realización del tipo, el resultado situado más allá del tipo objetivo. Ejemplos: La falsificación de moneda (§ 146), el rapto (§ 236), el hurto (§ 242), el robo (§ 249), la falsificación de documentos (§ 267), el incendio especialmente grave (§ 307 n.° 2).

2. El segundo grupo comprende los **"delitos de tendencia".** (Delitos de tendencia interna intensificada). La característica de este grupo es que la acción se halla dominada por la dirección de la voluntad del autor, la cual le confiere su impronta particular o una especial peligrosidad para el bien jurídico protegido.

a) En primer lugar, pertenecen a este grupo los *delitos sexuales* (§§ 174 y ss.), que por su propia naturaleza requieren que la acción no sólo contradiga gravemente en lo externo el sentimiento de pudor, sino que se realice con ánimo lúbrico (cfr. la frase de Mephisto en la escena de los alumnos del "Fausto", sobre la Medicina).

b) Otro grupo de delitos requiere una dirección de voluntad en el autor que manifieste una *tendencia especialmente peligrosa* para el bien jurídico protegido. Ejemplos de ello son el ánimo de obtener una ventaja patrimonial (§ 181a 1 núm. 2), la intención de enriquecimiento (§ 259), la intención de desfavorecer (§ 274 I núm. 1), el proceder argucioso (§ 109a) o alevoso (§ 223a).

c) Pertenecen también a los delitos de tendencia los tipos que prevén los elementos constitucionales de profesionalidad (*Gewerbsmässigkeit*, §§ 180a I, II núm. 1, III 181 a II, 260, 292 III, 293 III, 302d, 302e, 302f II número 1; y *Geschäftsmässigkeit*, § 144) y habitualidad (§§ 292 III, 293 III, 302d, 302e).[17] La relación con el contenido de injusto del tipo radica aquí en la especial intensidad de una voluntad cuyo titular pretende procurarse una fuente de ingresos por la repetida comisión del hecho, o se ve movido por una tendencia al delito correspondiente, o tiene intención de hacer del hecho punible una parte de su ocupación profesional (cfr. *infra*, §§ 66 VI 1).

d) Pueden denominarse delitos de tendencia en sentido amplio los *tipos con "palabras finales de actividad"* (cfr. *supra*, § 24 III 2d), en los que,

Schwander, Das schweiz. StGB, pág. 73. En distinto sentido, *Schultz*, Einführung I, págs. 117 y ss.; indeciso *Hafter*, Allg. Teil, pág. 96. También *Bettiol*, Diritto penale, págs. 283 y ss. admite también excepcionalmente elementos subjetivos del injusto. Se adhiere a la doctrina alemana *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal, págs. 343 y ss.; cfr. también *Polaino*, Los elementos subjetivos, 1972. La doctrina francesa trata el problema bajo el rótulo "dol spécial"; cfr. *Merle/Vitu*, Traité, págs. 586 y ss.; la holandesa, bajo el término "oogmerk"; cfr. *Pompe*, Handboek, págs. 170 y ss.; *van Bemmelen*, Ons strafrecht, págs. 141 y ss.; *D. Hazewinkel-Suringa*, Inleiding, págs. 161 y ss.

12 *Oehler*, Berliner DJT-Festchrift, pág. 278; *el mismo*, Das objektive Zwekmoment, págs. 62 y ss.

13 Así *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 336; *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 59; también *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núms. 327 y ss.

14 También *Wessels*, Allg. Teil, págs. 29, 72; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 63, 122; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 249.

15 Cfr. la clasificación de *Sieverts*, Subjektive Unrechtselemente, págs. 140 y ss., que se basa en *Hegler*, *Mezger* y *E. Wolf*. También *Baumann*, Allg. Teil, páginas 293 y ss.; *Bockelmann*, Allg. Teil, págs. 57 y ss.; *LK (Heimann-Trosien)*, Einleitung Anm. 58 y ss.; *Preisendanz*, Vorbem. V 3c.

16 Así *Binding*, Lehrbuch Bes. Teil, I, pág. 12.

17 En distinto sentido, *Nowakowski*, JBl 1972, 25, que incluye los elementos constitucionales en la culpabilidad.

pese a describirse un determinado suceso exterior, lo decisivo es la dirección conferida por el autor hacia el resultado.[18]

3. Un tercer grupo de tipos dotados de elementos subjetivos lo constituyen los **"delitos de expresión".**[19] En ellos, el tipo requiere que concurra en el autor un estado interior de conocimiento que se halle en contradicción con el comportamiento exterior. Es el caso de los delitos de falso testimonio (§§ 153, 154, 156), en cuanto que lo injusto de la acción que les es propio se vea en la contradicción existente entre lo que se dice y lo que se sabe (teoría subjetiva)[20] y, en todo caso, cuando el testimonio se refiera a un hecho exterior. Otro ejemplo lo ofrece la omisión de denuncia de un delito (§ 138), que presupone que el autor cuente con un conocimiento fidedigno del delito presente.

4. Finalmente, debe incluirse entre los elementos subjetivos del injusto la parte interno-psicológica de los **impropios elementos de la actitud interna,** que no expresan ningún juicio de valor ético-social independiente, sino sólo la cara subjetiva de especiales elementos subjetivos del injusto (por ej., "cruelmente", "con alevosía" en el § 211 II, "gravemente contrario a las normas del tráfico" en el § 315c I, número 2[21] (cfr. *infra,* § 42 II 3a).

III. Tratamiento de los elementos subjetivos del tipo

Los elementos subjetivos del tipo constituyen, como el dolo, **parte integrante del tipo de injusto** de la correspondiente clase de delito. De ahí que deban concurrir también cuando haya de imponerse una medida de seguridad o de corrección a un inimputable, pues de lo contrario faltaría el presupuesto de una acción conminada con pena.

2. En la **coautoría** los elementos subjetivos requeridos por el tipo deben concurrir en **todos los sujetos,** ya que sólo tiene lugar una imputación recíproca entre los coautores respecto de los elementos del tipo objetivo (BGH 24, 284 [285]) (cfr. *infra,* § 63 I 3b). Por el contrario, en la **inducción** y la **complicidad** basta que el elemento subjetivo del tipo concurra **en el autor** y el partícipe lo sepa (cfr. *infra,* § 64 III 2b y IV 2d).

3. La **tentativa** requiere la concurrencia de todos los elementos subjetivos del tipo de la correspondiente clase de delito, puesto que lo único que falta en la tentativa es la consumación del tipo objetivo (cfr. *infra,* § 49 III 1b).

18 Cfr. *v. Weber,* Aufbau, págs. 8 y ss.; *el mismo,* Grundriß, pág. 73.
19 Así *Mezger,* Lehrbuch, pág. 173.
20 Así, por ejemplo, *Gallas,* GA 1957, 325; *Zipf,* Maurach-Festschrift, página 426.
21 Cfr. *Schmidhäuser,* Allg. Teil, págs. 246 y ss.; *Wessels,* Allg. Teil, página 29. La clasificación es, por lo demás, dudosa y polémica. *Dreher,* § 16 Anm. 13, 19 y *Stratenwerth,* Allg. Teil I, núm. 324.

* * *

I. 1. La doctrina española ha acogido unánimemente la doctrina de los elementos subjetivos del injusto,[1] *aunque el TS emplea con mayor frecuencia para estos casos la expresión "dolo específico", que es rechazada por la doctrina dominante.*[2]

2. Desde un criterio de distinción de injusto y culpabilidad diferente al empleado por Jescheck, *me he inclinado a incluir también en el tipo de injusto (en el "delito", según la terminología del CP) los elementos subjetivos del hecho que caracterizan la* **actitud interna** *del sujeto.*[3]

II. La **clasificación** *de los distintos grupos de elementos subjetivos del injusto que ofrece el texto se halla ampliamente difundida en nuestro país.*[4]

III. Es perfectamente aplicable al Derecho español el **tratamiento** *descrito en el texto para los elementos subjetivos del tipo. El sistema tradicional de la incriminación abierta de la imprudencia ha conducido además en nuestro país a la conclusión de que los tipos portadores de elementos subjetivos no pueden cometerse por imprudencia (cfr.* supra *Adiciones al § 29 I). En la medida en que los elementos subjetivos presupongan el dolo, ello puede fundamentarse del modo siguiente: el art. 565 I CP requiere para el tipo imprudente que el hecho objetivo constituyera* ya *"delito" (doloso) "si mediare malicia", y los tipos portadores de elementos subjetivos no se realizarían — no constituirían* todavía *"delito" — añadiendo sólo al hecho objetivo la malicia, pues faltarían aún los elementos subjetivos del tipo correspondiente.*[5] *Si prospera la reforma de la imprudencia propuesta por el Proyecto 1980 (que propone el sistema de* numerus clausus, *como en Alemania) resultará innecesaria esta construcción.*

Subsección C

La exclusión de la antijuricidad

§ 31 Fundamentos generales de la justificación de acciones típicas

Baumgarten, Notstand und Notwehr, 1911; *Graf zu Dohna,* Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande 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; *Engisch,* Die Einheit der Rechtsordnung, 1935; *el mismo,* Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971; *Fletcher,* Indivi-

1 Cfr. *Polaino Navarrete,* Los elementos subjetivos del injusto, Sevilla, 1972, p. 247; *Cuello Calón,* PG p. 351 s.; *Antón Oneca,* PG pp. 179 s.; *Rodríguez Devesa,* PG, pp. 390 s.; *Rodríguez Mourullo,* PG pp. 328 ss.
2 Cfr. *Jiménez de Asúa,* Tratado V 1956, p. 543; *Quintero Olivares,* El alzamiento de bienes, Barcelona, 1973, p. 111.
3 Cfr. *Mir Puig,* Delito y falta, ADPCP 1973, pp. 332 ss.
4 Cfr., p. ej.: *Rodríguez Devesa,* PG p. 391.
5 Cfr. *Mir Puig,* Matrimonios ilegales, ADPCP 1974, pp. 461 s.

dualisation of excusing conditions, Southern California Law Review 74 (1974), página 1.269; *Heimberger*, Zur Lehre vom Ausschluß der Rechtswidrigkeit, 1907; *Herdegen*, Der Verbotsirrtum in der Rechtsprechung des BGH, en: 25 Jahre BGH, 1975, pág. 195; *Hruschka*, Extrasystematische Rechtsfertigungsgründe, Festschrift für E. Dreher, 1977, pág. 189; *Armin Kaufmann*, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 393; *Arthur Kaufmann*, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung..., Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 327; *Kern*, Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64 (1952), pág. 255; *Klinkhardt*, Der administrative Waffengebrauch der Bundeswehr, JZ 1969, 700; *Koch*, Der Einfluß von Zwang und Notstand auf die Verantworlichkeit des Täters im französischen Strafrecht, tesis, Freiburg 1968; *Kratzsch*, § 53 StGB und der Grundsatz nullum crimen sine lege, GA 1971, 65; *Lange*, Gesetzgebungsfragen bei den Rechtfertigungsgründen, Festschrift für H. v. Weber, 1963, pág. 162; *Lekschas/Loose/Renneberg*, Verantwortung und Schuld im neuen StGB, 1964; *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, 1965; *el mismo*, Die Rechtfertigungsgründe und das Erfoldernis pflichtgemäßer Prüfung, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 165; *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, 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, 19; *Oehler*, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959; *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª ed., 1973; *Rudolphi*, Inhalt und Funktion des Handlungsunwerts..., Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 51; *Sax*, Der verbrechenssystematische Standort der Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, JZ 1977, 326; *Schaffstein*, Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre, MDR 1951, 196; *Schmidhäuser*, Der Unrechtstatbestand, Festschrift für K. Engisch, 1969, página 433; *Eb. Schmidt*, Befehlsdurchsetzung und Waffengebrauch, NZWehrr 1968, 161; *Schröder*, Die Not als Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgrund im deutschen und schweizerischen Schafrecht, SchwZStr 76 (1960), pág. 1; *Stooß*, Die Strafrechtswidrigkeit, ZStW 24 (1904), pág. 319; *Stratenwerth*, Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 (1956), pág. 41; *Waider*, Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen..., 1970; *Warda*, Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 143; *v. Weber*, Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, JZ 1951, 261; *Welzel*, Der übergesetzliche Notstand und die Irrtumsproblematik, JZ 1955, 142; *Widmaier*, Die Teilbarkeit der Unrechtsbewertung, JuS 1970, 611; *Witte*, Die strafrechtliche Beurteilung der Durchsetzung von Befehlen mit der Waffe, tesis, 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. Relación entre norma prohibitiva y proposición permisiva

1. Tras las conminaciones penales se hallan normas de comportamiento que el legislador juzga tan esenciales al interés de la paz jurídica de la comunidad, que las ha provisto de la más grave sanción

de que dispone. Las infracciones de tales normas se describen en las distintas formas de delitos. El tipo es el portador del contenido de injusto de cada clase de delito (cfr. *supra*, § 25 I 2). Tipicidad de una acción significa, por tanto, que el hecho reúne aquellos elementos de injusto que fundamentan una determinada clase de delito. Surge, así, *como punto de partida de la teoría de las causas de justificación*, la cuestión de por qué la antijuricidad ha de discutirse todavía una vez que se ha comprobado la tipicidad de la acción, pues, si el tipo es el portador del contenido de injusto de cada clase de delito, la tipicidad de la acción debería implicar la antijuricidad. **¿Qué significa,** frente a esto, **"exclusión de la antijuricidad"?**[1] De todos es sabido que es posible la justificación de un comportamiento típico, pues la vida nos enseña a menudo que bajo ciertas condiciones, acciones que en sí mismas se hallan prohibidas con una pena *pueden* y a menudo, incluso, *deben* realizarse.

Ejemplos: Actúa conforme a Derecho quien se defiende con violencia del ladrón nocturno (§ 223). El homicidio doloso del condenado (§ 212) en el cumplimiento de la pena de muerte, como la privación de libertad en la ejecución de una pena de prisión (§ 239), no sólo resultan lícitos, sino que constituyen un acto de justicia punitiva. De igual modo, no sólo actúa de conformidad a Derecho, sino también según su deber el empresario que por encargo del propietario procede a la demolición de un edificio (§ 305), o el gerente de una sociedad de responsabilidad limitada que hace patente al contable la sospecha imperiosa de conductas de apropiación (§ 185).

2. El fundamento de la exclusión de la antijuricidad de acciones típicas se encuentra en que el ordenamiento jurídico no sólo consta de **prohibiciones,** sino también de *autorizaciones* que levantan la prohibición bajo determinados presupuestos.[2] Las autorizaciones toman la forma de **proposiciones permisivas** que se contraponen a los tipos de injusto como *tipos de justificación*.[3] Cuando concurre una causa de justificación pierde su virtualidad de deber jurídico en el caso concreto la norma prohibitiva contenida en el tipo de injusto. El tipo de injusto no puede en sí mismo cobijar los elementos del tipo de jus-

1 Cfr. sobre esto *Graf zu Dohna*, Recht und Irrtum, págs. 1 y ss.; *el mismo*, Verbrechenslehre, pág. 28; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 361 y ss.

2 Cfr. *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 89; *Dreher*, Heinitz-Festschrift, páginas 218 y ss.; *Gallas*, Beiträge, págs. 34 y ss.; *Herdegen*, BGH-Festschrift, página 207; *Lackner*, § 13 Vorbem. 3; *LK (Hirsch)*, 51 Vorbem. 6; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 4; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 80 y ss.; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 53. Sobre la relación que desde la perspectiva de la teoría del Derecho existe entre los imperativos y las autorizaciones *Engisch*, Gerechtigkeit, páginas 46 y ss. Denomina "extrasistemáticas" las causas de justificación que eliminan el deber de obedecer la norma y no sólo establecen una excepción dentro del sistema *Hruschka*, Dreher-Festschrift, pág. 190. *Sax*, JZ 1977, 332 y ss. no entiende las indicaciones del § 218a como causas de justificación, sino como "presupuestos negativos del merecimiento de pena".

3 Sobre esto, con más detalle, *Noll*, ZStW 77 (1965), pág. 8.

tificación, porque sólo se halla destinado y sólo resulta apropiado para reunir aquellos elementos fundamentadores del injusto que caracterizan el tipo *(Typus)* de la figura delictiva (cfr. *supra*, 25 I 2 y III 2). Pero en una acción pueden concurrir, junto a los elementos que corresponden al supuesto normal de una determinada clase de delito, otras circunstancias que posiblemente excluyan el juicio de antijuricidad porque de la esencia del injusto se deduzca que el hecho resulta aprobado por el ordenamiento jurídico en su conjunto. Por ello, el juicio definitivo de antijuricidad se basa en dos órdenes de ideas: por una parte, en la comprobación de la tipicidad de la acción, por otra, en el examen de la cuestión de si interviene una causa de justificación. Si ambas cuestiones encuentran una respuesta afirmativa, resultará excluida la antijuricidad. Sin embargo, la acción justificada seguirá siendo típica. La acción típica y en particular su resultado no pueden desaparecer, sino que únicamente resultan aprobados jurídicamente. El tipo aparece, así, como una categoría autónoma de valoración jurídico-penal, que representa una señal admonitoria para todos los ciudadanos, destinada a indicar por dónde discurren los límites de una norma prohibitiva sancionada jurídico-penalmente **(función de llamada del tipo).**[4]

La caracterización de las contranormas como "proposiciones permisivas" sólo resulta, en rigor, comprensible desde la perspectiva del Derecho Penal. El verdadero sentido de las causas de justificación es, sin embargo, otro; constituyen proposiciones jurídicas autónomas cuya principal misión no es justificar algo prohibido, sino servir a fines propios y de más vasto alcance: por ejemplo, la protección del Derecho contra el injusto (legítima defensa), la realización de las sentencias penales (ejecución de la pena), el aseguramiento del poder de disponer sobre el cuerpo (consentimiento), el derecho fundamental a la libre expresión de las ideas (salvaguardia de intereses legítimos). Nos enfrentamos, pues, con un *concurso de normas independientes* que se resuelve en favor de la preferencia de la causa de justificación sobre la norma prohibitiva por la razón de que, cuando se realizan sus requisitos, se produce una situación atípica que anula en el caso concreto el mandato de la norma correspondiente al tipo de injusto.

3. Suele entenderse que la relación de tipo y causa de justificación responde al esquema de *regla-excepción*. Con ello no se alude a la mayor o menor frecuencia de los casos de una u otra parte, como lo muestra el ejemplo de la ejecución de la pena privativa de libertad. No obstante, en sentido lógico puede afirmarse que los tipos penales contienen "reglas" que encuentran "excepciones" en las causas de justificación, pues para que éstas concurran deben darse presupuestos atípicos. Lo normal es siempre la pretensión de respeto del mandato de la norma. Por ello, la tipicidad de la acción se caracteriza también como **"indicio de la antijuricidad".**[5] Quiere decirse con ello que la realización del tipo fundamenta la antijuricidad del hecho concreto en tanto no intervenga, excepcionalmente, una causa de justificación.

4 Cfr. con más detalle *Naka*, JZ 1961, 210. Contra lo que opina *SK (Samson)*, § 32 Vorbem. 11, el tipo constituye una *categoría valorativa jurídica independiente*, aunque no se hallen asociadas a la pura constatación de la tipicidad consecuencias jurídicas, pues ello no obsta a su función admonitoria.

II. Sistemática de las causas de justificación

1. La ciencia se ha esforzado, por distintas vías, en elaborar los **principios superiores de la justificación del actuar típico,** con objeto de aprehender sistemáticamente las causas de justificación reconocidas por la ley, así como para obtener y formular nuevas proposiciones permisivas.[6] Debe distinguirse entre teorías *monistas*, que creen poder conseguir la explicación de todas las causas de justificación con ayuda de un solo criterio, y teorías *pluralistas*, que reconducen la exclusión del injusto a una pluralidad de ideas jurídicas. Una teoría monista sólo parece posible en la actualidad si se construyen las causas de justificación sobre la base de un principio totalmente abstracto y, por ello, forzosamente en extremo formal, como el principio del "preferente pretensión de respeto del bien",[7] el principio del "beneficia más que daña",[8] la fórmula de la "aplicación del medio adecuado para la consecución de un fin reconocido por el ordenamiento jurídico",[9] la idea rectora de la "ponderación de valores",[10] o la "correcta regulación social de intereses y contraintereses".[11] Pero si se busca esclarecer la estructura y el alcance de las *distintas* causas de justificación, se hace ineludible un punto de vista que ponga de manifiesto la diversidad de su contenido material.[12] Por ello, generalmente se reconoce, incluso por los defensores de teorías monistas, que las particulares causas de justificación manifiestan estructuras diversas.

5 Así la doctrina dom. siguiendo a *M. E. Mayer*, Lehrbuch, pág. 10, nota 21, páginas 52 y 182, cfr. *Baumann*, Allg. Teil, págs. 266 y ss.; *Dreher*, § 1 Vorbem. 8; *Lackner*, § 13 Vorbem. II; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 185; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 4; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 353 y ss.; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 80; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 26. En el mismo sentido también RG 63, 215 (218). Contra la teoría de la virtualidad indiciaria, *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 285 y ss.

6 Sobre la evolución histórica cfr. *Heimberger*, Ausschluß der Rechtswidrigkeit, págs. 6 y ss.

7 Así *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 288.

8 Así *Sauer*, Allg. Strafrechtslehre, pág. 56.

9 Así *Graf zu Dohna*, Die Rechtswidrigkeit, págs. 48 y ss.; *el mismo*, Recht und Irrtum, pág. 14; *el mismo*, Verbrechenslehre, pág. 31.

10 Así *Noll*, ZStW 77 (1965), pág. 9.

11 Así *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, pág. 15.

12 En este sentido, la doc. dom. parte hoy de la teoría pluralista; cfr. *Baumann*, Allg. Teil, págs. 301 y ss.; *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 91; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 364; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 7; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 51.

2. Si se parte del concepto de injusto, entran en juego *dos* ideas rectoras, que, en distintas combinaciones con otras consideraciones valorativas, ofrecen el fundamento de los tipos de justificación. La primera es la **idea de la ponderación de bienes,**[13] que corresponde a la concepción del delito como lesión de un bien jurídico (injusto del resultado) y conduce a la pregunta: *¿qué efecto ha tenido el hecho?* La segunda es la **idea del fin,** que corresponde a la concepción del delito como actuación antinormativa de la voluntad (injusto de la acción) y plantea el interrogante: *¿qué perseguía el autor?* Otra posibilidad se desprende de las consideraciones que pueden llevar al legislador a justificar el comportamiento típico. Así, el **principio del interés preponderante** frente al interés de protección del bien jurídico lesionado (legítima defensa, estado de necesidad) y la **idea de falta de interés** en la protección jurídico-penal (consentimiento, consentimiento presunto).[14] Sobre la base de estos principios generales, en cada causa de justificación intervienen los más distintos puntos de vista valorativos con diferente entidad y en combinaciones diversas,[15] como la afirmación del Derecho, la necesidad, la proporcionalidad, la garantía de libertad y, en especial, "la ordenación de los bienes jurídicos hacia la autonomía del individuo".[16]

3. Para aprehender el sentido de las distintas causas de justificación debe partirse del concepto de *antijuricidad material* (cfr. *supra*, § 24 I 2), pues la justificación significa que una acción, aunque en sí misma opuesta a una norma general prohibitiva, aparece en el caso concreto de tal forma configurada que debe aceptarse en beneficio de valores superiores la lesión o puesta en peligro del objeto de la acción protegido *y* aprobarse también el fin perseguido por el autor. En otras palabras, a consecuencia de la intervención de la contranorma, **desaparecen o se contrarrestan,** del todo o en su mayor parte, **tanto el injusto del resultado, como el de la acción.**[17] Mas no puede decirse sobre el principio fundamental común a *todas* las causas de justificación, ya que éstas se basan en particular en combinaciones del todo diversas de factores justificantes.

Ejemplos: En la legítima defensa (§ 32) lo decisivo es la autoprotección frente al agresor y la afirmación del Derecho, no importando en cambio, en

13 En el sentido amplio de "ponderación de intereses" es entendido por *Binding*, Handbuch, pág. 760 y *R. Merkel*, Kollision, págs. 49 y ss.; en el sentido estricto de protección de bienes *Stoo*β, ZStW 24 (1904), pág. 328; en el sentido espiritualizado de colisión de "exigencias de respeto" *Schmidhäuser*, Engisch-Festschrift, págs. 450 y ss.

14 Así *Blei*, Allg. Teil, págs. 118 y ss.; *Dreher*, Heinitz-Festschrift, página 218; *Lenckner*, Notstand, pág. 135; *Mezger*, Lehrbuch, pág. 205; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Anm. 7.

15 Cfr. *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, págs. 26 y ss.

16 Cfr. sobre esto *Stratenwerth*, ZStW 68 (1956), págs. 44 y ss.

17 Cfr. con más detalle *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, páginas 48 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 13.

principio, la relación valorativa existente entre los bienes lesionado y amenazado. En la defensa de cosas (§ 228 BGB) la autoprotección sigue siendo la única idea fundamental, pero entra en juego, además, la ponderación de bienes, cuando el daño resulta desproporcionado al peligro. El estado de necesidad de Derecho Civil (§ 904 BGB), en atención a la lesión de la autonomía del propietario, que resulta afectado por la intervención, pero que no participa en el suceso, concurre únicamente en caso de peligro de un daño desproporcionado. En el estado de necesidad justificante, además de existir una clara diferencia valorativa entre los intereses contrapuestos, el hecho debe constituir un "medio adecuado" (§ 34 StGB; § 16 OWiG). En los derechos inherentes a un cargo público (por ej., § 127 II StPO) y en la salvaguardia de intereses legítimos (§ 193) la justificación se rige preferentemente por el fin perseguido por el autor, por lo que en estos casos aquélla presupone la cuidadosa comprobación de las circunstancias (cfr. *infra*, § 31 IV 3). En el consentimiento importa la libertad de disposición del titular del bien jurídico, la cual encuentra, sin embargo, sus fronteras en las representaciones valorativas superiores de la comunidad (§ 226a).

4. El catálogo de causas de justificación nunca queda cerrado, puesto que tampoco cesan de desarrollarse los correspondientes principios sociales de orden. Así, el art. 20 IV GG reconoce en la actualidad un "derecho de resistencia", el BGHZ 27, 290 contempla también una "situación análoga a la legítima defensa" y el BGH 20, 342 (368) atribuye al ciudadano un "derecho de censura" frente a infracciones graves del orden constitucional.

III. Origen y tipificación de las causas de justificación

1. El ordenamiento jurídico cuenta con un solo *concepto unitario de antijuricidad.* Lo único que varía según las distintas parcelas del Derecho son las *consecuencias jurídicas* de la acción antijurídica (por ejemplo, indemnización de perjuicios en el Derecho Civil, anulación de un acto administrativo en el Derecho Administrativo, reparación en Derecho Internacional, penas y medidas en el Derecho Penal). En consecuencia, también las causas de justificación deben deducirse del ordenamiento jurídico en su conjunto. Así lo impone el principio de **unidad del ordenamiento jurídico**[18] (RG 61, 242 [247]; BGH 11, 241 [244]). Significa que, por ejemplo, en caso de concurrencia de una causa de justificación según el Derecho Civil o el Derecho público, resultará también de inmediata aplicación en Derecho Penal.[19] Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que las proposiciones permisivas

18 Cfr. *Engisch*, Einheit der Rechtsordnung, págs. 55 y ss.; *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 90; *Kern*, ZStW 64 (1952), pág. 262; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 27; *Lange*, v. Weber-Festschrift, pág. 166; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 364 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 28; *SK (Samson)*, § 32 Vorbem. 19.

19 Cfr. E 1925, § 20: "No concurre una acción punible cuando la antijuricidad del hecho resulta excluida por el Derecho público o privado".

pueden hallarse vinculadas a tipos determinados, de modo que no sea lícita su automática extensión a tipos distintos.

Ejemplos: Así, la salvaguardia de intereses legítimos (§ 193) únicamente justifica lesiones del honor, y resulta inaplicable al ámbito de la acusación falsa (§ 164) (RG 72, 96 [98]; 74, 257 [261]). Asimismo, el § 226a debería limitarse a las lesiones corporales, para que el principio de las buenas costumbres no lleve a restringir con carácter general la libertad de disposición del individuo sobre su esfera de dominio (cfr. *infra*, § 34 III 1).

2. Del *carácter ilimitado de las fuentes de que proceden* se sigue que no resulta posible, ni en la ley ni en la exposición científica, la enumeración exhaustiva de todas las causas de justificación imaginables. Ni tampoco podría el legislador estatal regular por sí solo todas las causas de justificación, puesto que en parte escapan a su competencia, como sucede respecto de las reglas generales del Derecho Internacional (por ej., sobre represalias, sobre acciones bélicas ajustadas al Derecho Internacional, o sobre las atribuciones de fuerzas de ocupación) o con relación a las causas de justificación supralegales. Finalmente, piénsese que tanto las condiciones materiales como las concepciones valorativas de la Sociedad se hallan sujetas a cambios que siempre pueden determinar la aparición de nuevas causas de justificación (cfr. *supra*, § 31 II 4). De ahí la *imposibilidad* de una regulación legal cerrada. Junto a la ley deberán, pues, contar también entre las fuentes de proposiciones permisivas el **Derecho Internacional**, el **Derecho consuetudinario** y el **Derecho supralegal** presidido por las concepciones superiores de la comunidad (Derecho natural).

Ejemplos: Así, del Derecho Internacional se desprende el derecho a las represalias de guerra (BGH 23, 103 [107]). El estado de necesidad supralegal (cfr. *infra*, § 33 IV) se convirtió, tras su reconocimiento para el aborto por RG 61, 242, paulatinamente y por la vía del Derecho consuetudinario, en una causa general de justificación que hoy se halla regulada por la ley (§ 34 StGB; § 16 OWiG). El derecho de corrección de los maestros procede igualmente del Derecho consuetudinario (BGH 11, 241 [247], y la legítima defensa del Estado, limitada a los casos de amenaza a la existencia del mismo, no puede fundarse en el § 32, sino en Derecho supralegal, pues la agresión a la existencia del Estado pone en peligro el presupuesto fundamental de un orden colectivo basado en el Derecho (sólo a partir de esta limitación es sostenible RG 63, 215 [220]). Y viceversa, el Derecho supralegal ha determinado una importante restricción de la facultad de usar armas para la ejecución de órdenes militares establecida por el § 10 V 2 SG (anterior § 124 MStGB).[20]

20 Así *Witte*, Durchsetzung von Befehlen mit der Waffe, pág. 92. Entiende completamente excluido por el § 10 V 2 SG el derecho al uso de armas; de acuerdo *Doehring*, Befehlsdurchsetzung, págs. 18 y ss. de acuerdo *Eb. Schmidt*, NZWehrr 1968, 161 y ss. Cfr. también *Klinkhardt*, JZ 1969, 700.

3. **La función de garantía** de la Ley Penal no resulta cuestionada por la admisión de causas de justificación supralegales o consuetudinarias, por la razón de que no determinan aplicaciones, sino restricciones de la punibilidad. Téngase presente, además, que el reconocimiento de causas supralegales de justificación no incide en el alcance de los tipos de delito, que es a lo que se refiere, sobre todo, el art. 103 II GG (cfr. *supra*, § 15 III 2c). Han de reputarse, pues, lícitas tanto la creación de nuevas causas de justificación supralegales, como la interpretación restrictiva de causas justificantes ya existentes.[21] No obstante, por razones de seguridad y de igualdad jurídicas, el legislador debería cuidar de prever en lo posible las causas de justificación.[22] En la medida en que la práctica reconozca causas supralegales de justificación, éstas no deberán limitarse al caso particular, sino entenderse como reglas generales susceptibles de extensión a supuestos análogos.[23]

IV. Los elementos subjetivos de justificación

1. Según la opinión dominante, para la justificación del actuar típico no basta que se den los presupuestos *objetivos* de la correspondiente causa de justificación. Por el contrario, el autor debe haber **conocido** la concurrencia de la situación justificante del hecho y haber **actuado en el ejercicio** de la facultad que le confiere, o bien **en cumplimiento** del deber que le impone.[24] En la Jurisprudencia se ha impuesto también, ampliamente, la **teoría de los elementos subjetivos de justificación.**

Ejemplos: Requieren la voluntad defensiva en la legítima defensa: RG 54, 196 (199) y BGH 3, 194 (198). El actuar "en" salvaguardia de intereses legítimos ha de constituir en el supuesto del § 193 un motivo para el autor (RG 61, 400; BGH 2, 111 [114]. Según RG 62, 137 [138], para que el aborto resulte justificado presupone una "cuidadosa comprobación" de la indicación alegada, lo que en todo caso incluye *también* la voluntad de salvación. Requieren que se persiga la finalidad educativa en el ejercicio del derecho de corrección: RG 67, 324 (327) y BGH 11, 241 (257). El esta-

21 Cfr. *Dreher*, Heinitz-Festschrift, pág. 222; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 28; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 Anm. 24. En distinto sentido, *Kratzsch*, GA 1971, 65 y ss.

22 De ahí que el § 34 regule el anterior estado de necesidad "supralegal" y el § 218a las causas de justificación de la interrupción del embarazo.

23 Cfr. con más detalle *Würtenberger*, Rittler-Festschrift, págs. 136 y ss.; *Noll*, SchwZStr 80 (1964), págs. 168 y ss.

24 Así *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 95; *Eser*, Strafrecht I, núms. 11 A 8 y ss.; *Lenckner*, Notstand, págs. 187 y ss.; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 36; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 370; *Niese*, Finalität, pág. 17; *Rudolphi*, Maurach-Festschrift, pág. 57; *Schaffstein*, MDR 1951, 199; *SK (Samson)*, § 32 Vorbem. 23. Por el contrario, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 14 y *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 482, consideran suficiente una actuación "con conocimiento" de la situación justificante. En el derecho de corrección y en la salvaguardia de intereses legítimos esta opinión conduce a resultados insatisfactorios.

do de necesidad justificante requiere que la intervención ocurra "para conjurar el peligro" (§ 34).

Para una *teoría personal del injusto*, que haga depender decisivamente lo injusto de la acción de la dirección de la voluntad del autor, resulta evidente la exigencia de que la intención del autor se dirija, en todas las causas de justificación, a una meta socialmente estimable,[25] pues sólo en tal caso desaparecerá en el hecho el desvalor de la acción.[26] Pero también desde la perspectiva de la *teoría del fin* es natural la consideración de elementos subjetivos de justificación, ya que para ella importa lo que quería alcanzar el autor.[27] En cambio, una teoría del injusto orientada hacia el *resultado* de la acción tenderá a rechazar por completo los elementos subjetivos de justificación[28] o, por lo menos, a admitirlos solamente en ciertas causas de justificación.[29] Tras la admisión en el § 34 de la finalidad de salvación, no cabe duda de que no puede seguir negándose con carácter absoluto la virtualidad de los elementos subjetivos de justificación.

2. La diferencia que separa las distintas concepciones doctrinales posee, en la práctica, menor importancia de lo que a primera vista cabría suponer, puesto que también los que se oponen a los elementos subjetivos de justificación castigan al autor por tentativa cuando actúa desconociendo una causa de justificación objetivamente concurrente.[30] La discrepancia de las posiciones se reduce, así, a la cuestión de si, en caso de que falte la voluntad dirigida al ejercicio de la facultad, debe castigarse por *tentativa* o por un *delito consumado*, lo que no deja de ser relevante dada la fragmentaria punibilidad de la tentativa y la atenuación facultativa de la pena que comporta. Los representantes consecuentes de la teoría personal del injusto,[31] así como la Jurisprudencia (BGH 2, 111 [114]), se han decidido en favor de la consumación, mientras que otros partidarios de la teoría de los elementos subjetivos de justificación sólo admiten la tentativa.[32]

25 Destaca, con razón la conexión de la cuestión con las premisas de la teoría del delito, *Waider*, Subjektive Rechtfertigungselemente, págs. 167 y ss.

26 Así *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 368 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 13; *SK (Samson)*, § 32 Vorbem. 23; *Welzel*, Lehrbuch, págs. 83 y siguientes.

27 Cfr. *Graf zu Dohna*, Verbrechenslehre, pág. 32; *v. Liszt/Schmidt*, páginas 199, 207.

28 Así *Nowakowski*, ZStW 63 (1951), pág. 319; *Oehler*, Das objektive Zweckmoment, págs. 165 y ss. Pero también en este punto *Nowakowski*, JBl 1972, 27 ha cambiado de postura.

29 Así *Baumann*, Allg. Teil, pág. 307; *Waider*, Subjektive Rechtfertigungselemente, págs. 108 y ss.

30 Cfr. *Nowakowski*, ZStW 63 (1951), pág. 319; *Baumann*, Allg. Teil, página 307.

31 Así *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 41; *Niese*, Finalität, pág. 18, nota 37; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 92; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert, págs. 259 y ss. También así *Blei*, Allg. Teil, pág. 130; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 292; *Dreher*, § 32 Anm. 14.

32 Así *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 372; *Kohlrausch/Lange*, § 43 Vorbem. VI; *Eser*, Strafrecht I, núm. 11 A 12; *Lenckner*, Notstand, págs. 185 y ss.; *Rudolphi*, Maurach-Festschrift, pág. 58; *Schaffstein*, MDR 1951, 199; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 15; *SK (Samson)*, § 32 Vorbem. 24; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 489; *v. Weber*, JZ 1951, 263; *Wessels*, Allg. Teil, página 54.

Lo correcto es aplicar a este caso las reglas correspondientes a la tentativa.[33] Ciertamente, debe admitirse que el tipo del precepto penal se realiza en su totalidad, incluido el resultado, pero éste, a causa de la situación de justificación que objetivamente concurre, no resulta desvalorado por el ordenamiento jurídico y, por tanto, debe negarse la presencia del *injusto del resultado*.[34] Se da, así, la situación jurídica correspondiente a la tentativa, ya que no puede mediar diferencia alguna en orden a la antijuricidad entre el supuesto de que el resultado típico falte en cuanto tal y el de que, aun produciéndose, no pueda ser valorado como injusto.

Ejemplo: El médico que practica un aborto sin saber que se dan en la embarazada los presupuestos objetivos de una indicación médica que justifica la interrupción del embarazo (§ 218a I), debe ser castigado únicamente por aborto intentado (§ 218 IV 1) (en sentido distinto, BGH 2, 111 [114 y ss.]). El deudor que se defiende contra una actuación oficial antijurídica del agente judicial, sin conocer dicha antijuricidad, comete únicamente una tentativa (no punible) de resistencia (KG GA 1975, 213 [215]).

3. A diferencia de la voluntad dirigida al ejercicio de la causa de justificación, la **comprobación cuidadosa** de los presupuestos objetivos de la causa de justificación *no constituye un elemento subjetivo de justificación general*. Por el contrario, debe reconocerse al autor la causa de justificación en toda su virtualidad cuando, pese a no haber comprobado cuidadosamente sus presupuestos objetivos, éstos concurren y aquél actúa en atención a la situación justificante.

Ejemplo: El médico, en base a un examen superficial de la embarazada, llega a la conclusión correcta de que la interrupción del embarazo se halla médicamente indicada (§ 218a I), en atención a lo cual practica la intervención (en distinto sentido, RG 62, 137 [138]).

La inobservancia del deber de comprobación *sólo* puede ser relevante en el caso de que en realidad *no* concurran los presupuestos objetivos de la causa de justificación, pues sólo en ellos se suscita la cuestión de la valoración que merece el error del autor sobre los mismos (cfr. *infra*, § 41 III 2 y 3).[35] No cabe exigir una comprobación

33 La objeción de la analogía prohibida que opone *Nowakowski*, JBl 1972, 28, nota 55, puede contestarse con el argumento de que de otro modo concurriría un delito consumado, por lo que en definitiva resulta analogía en favor del autor. Además, no se trata de una ampliación de tipos penales.

34 Así *Lenckner*, Notstand, págs. 195 y ss.

35 Cfr. *Welzel*, JZ 1955, 143; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 319.

destinada únicamente a probar la escrupulosidad cuando en definitiva concurre la causa de justificación.

Solamente debe requerirse la comprobación cuidadosa de los presupuestos por parte del autor respecto de aquellas causas de justificación en que el ordenamiento jurídico aprueba una *acción en sí objetivamente incorrecta* en atención al fin perseguido por el autor y a la incertidumbre que existe en el momento del hecho, puesto que en tales supuestos la causa de justificación sólo puede beneficiar al que, por lo menos, ha hecho todo lo que estaba a su alcance para informarse de la forma más completa posible acerca de la situación objetiva.[36] Así sucede en la salvaguardia de intereses legítimos (§ 193), en los casos de consentimiento presunto de la víctima en que al fin resulta que no coinciden la voluntad real y la presumida y, finalmente, en todas aquellas intervenciones oficiales en que el funcionario actúa conforme a Derecho, pese a no verificarse la concurrencia de los presupuestos que él suponía (por ej., la detención provisional con arreglo al § 127 StPO, cuando ulteriormente se constata la inculpabilidad del sospechoso). En todos estos casos sólo estará justificado el hecho cuando el autor hubiera llegado a la convicción de que estaba facultado para realizar la acción típica en base a una cuidadosa comprobación.

Ejemplo: El autor no puede alegar la salvaguardia de intereses legítimos en relación a la manifestación de una acusación lesiva para el honor que luego se demuestra infundada, si no ha cumplido previamente con el deber de comprobar cuidadosamente los hechos imputados (BGH 14, 48 [51]).

4. Para la comprobación de la causa de justificación en los casos de incertidumbre debe acudirse a un **juicio** objetivo **ex ante** desde la perspectiva del autor. Lo mismo vale cuando la causa de justificación se basa en un peligro (por ej., § 34). En los demás casos los presupuestos objetivos de las causas de justificación deben enjuiciarse **ex post.**[37]

V. La suposición errónea de causas de justificación

1. El autor puede desconocer una causa de justificación objetivamente concurrente y actuar, por ello, sin el necesario elemento subjetivo de justificación, lo que conduce al resultado de tener que aplicar la pena correspondiente a la tentativa (cfr. *supra*. § 31 IV 2). Pero es más frecuente que aquél suponga erróneamente la concurrencia de una causa de justificación y posea, así, la voluntad de la acción correspondiente a la situación justificante, pese a que objetivamente no se produce la causa de justificación supuesta. Existe entonces o bien un **error de permisión** (error de prohibición indirecto) (cfr. *infra*, § 41 III 1), o bien un **error de tipo permisivo** (cfr. *infra*, § 41 III 2). En ambos casos importa la valoración del contenido de *culpabilidad* del hecho.

2. La estimación de una plena exclusión del *injusto* (y no sólo de la culpabilidad) cuando el error sobre la presencia de una causa de justificación sea inevitable,[38] conduce a la absoluta subjetivización de las causas de justificación y no resulta compatible con la ley.

VI. Efectos de las causas de justificación

1. La presencia de una causa de justificación excluye la antijuricidad de la acción típica, esto es, **ésta sigue siendo típica, pero se halla permitida.** Ello distingue la virtualidad de las causas de justificación de la propia de otras circunstancias que excluyen la punibilidad.[39]

36 Cfr. *Lenckner*, H. Mayer-Festschrift, págs. 178 y ss.; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 39; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 19. En contra *SK (Samson)*, § 32 Vorbem. 28.

37 Así *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 20. Fijar la atención con carácter general en un juicio ex ante supondría una subjetivización de las causas de justificación incluso en el ámbito en que importa la comprobación objetiva de elementos típicos; pero así *Armin Kaufmann*, Welzel-Festschrift, página 402; *Münzberg*, Verhalten und Erfolg, págs. 235 y ss. y 345 y ss.

38 Así *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert, pág. 290. En contra *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 20.

39 En el *extranjero* sólo cabe encontrar la distinción clara de causas de justificación y de exculpación en los Derechos que guardan estrecha relación con la dogmática alemana. Así sucede especialmente en Austria (cfr. *Rittler*, tomo I, págs. 131 y ss. y 235 y ss.; *Nowakowski*, Grundriß, págs. 56, 77), en Suiza (cfr. *Schröder*, SchwZStr 76 [1960], págs. 12 y ss.; *Schultz*, Einführung I, páginas 162, 185), en Italia (*Bettiol*, Diritto penale, págs. 300 y ss. y 462 y ss.) y en España (cfr. *Antón Oneca*, Derecho Penal, pág. 237; *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal, pág. 423). La doctrina holandesa se halla en plena evolución *Pompe*, Handboek, págs. 130 y ss. rechaza todavía la distinción del estado de necesidad justificante y exculpante, mientras que *van Bemmelen*, Ons Strafrecht, pág. 205 la efectúa en relación a todas las circunstancias concurrentes. También así, ahora, *D. Hazewinkel-Suringa*, Inleiding, pág. 229. La distinción de causas de justificación y de exculpación se conoce, ciertamente, en el Derecho Penal francés (cfr. *Stefani/Levasseur*, Droit pénal général, págs. 151 y ss. [faits justificatifs], págs. 297 y ss. [causes de non-imputabilité]), pero se lleva a cabo con menor claridad, como se pone de manifiesto en especial en el tratamiento del "état de nécessité" (cfr. sobre esto *Koch*, Zwang und Notstand, págs. 72 y ss.). En el Derecho inglés, aunque se distinguen terminológicamente la "justification" y la "excuse", generalmente se reúnen en el concepto procesal de "defences" (cfr. *Glanville Williams*, Criminal Law, págs. 722 y ss.; *Grünhut*, Das englische Strafrecht, págs. 204 y ss.). Tampoco en el Derecho americano se distingue nítidamente entre la falta de antijuricidad y la de culpabilidad (cfr. *Honig*, Das amerikanische Strafrecht, págs. 142 y ss.); sin embargo, en el Model Penal Code se mantienen separados los "Principios generales de la responsabilidad" (artículo 2) y los "Principios generales de la justificación" (art. 3), lo que en definitiva conduce a la contraposición arriba efectuada. Cfr. también *Fletcher*, Southern California Law Review 47 (1974), págs. 1.280 y ss. En el Derecho Penal de la RDA, la legítima defensa (§ 17), el estado de necesidad (§ 18), la coacción (§ 19) y la colisión de deberes (§ 20) se designan como causas de justificación (*Strafrecht der DDR* [*Neuhof/Orschekowsky*], § 17 Vorbem. 1), pero se permite legítima defensa frente a una acción cometida en estado de coacción

Las *causas de exclusión de la culpabilidad* (por ej., estado de necesidad exculpante, § 35) sólo eliminan la reprochabilidad de la formación de la voluntad, no la antijuricidad del hecho. Las *causas personales de exclusión de la pena* (por ej., § 36) y las *condiciones objetivas de punibilidad* (por ej., suspensión de pagos y declaración de quiebra en los supuestos de los §§ 283 VI, 283b III, 283c III, 284 IV) dejan subsistente el injusto y la culpabilidad y únicamente afectan a la punibilidad del hecho, por lo que constituyen "*excuses absolutoires*" en el sentido de la doctrina francesa. Los *presupuestos de procedibilidad* (por ej., la denuncia, § 248a) no cuentan entre los elementos materiales de la punibilidad, sino que sólo condicionan la perseguibilidad del hecho.

De la justificación de una acción típica se siguen importantes *consecuencias*.

Frente a las acciones justificadas se halla excluida la legítima defensa, ya que falta la antijuricidad de la agresión. Si el hecho principal se halla justificado no cabe tampoco ninguna forma de participación punible, puesto que ésta requiere la comisión dolosa de un hecho *antijurídico*, pero sí es posible la autoría mediata (caso del instrumento que actúa con arreglo a Derecho). Finalmente, al sujeto que actúa justificadamente no puede imponérsele ninguna medida de seguridad según el § 61, aunque al realizar el hecho se hallase enajenado o plenamente embriagado.

2. **Todas** las causas de justificación poseen la **misma virtualidad**,[40] tanto si se limitan a permitir la acción típica (por ej., legítima defensa de particular) como si la exigen (por ej., auxilio necesario por la Policía). Sólo cabe distinguir entre acciones "permitidas", "meramente no prohibidas" y "jurídicamente neutrales"[41] en el sentido de que las dos últimas no realizan en absoluto el tipo de ninguna ley penal, mientras que las acciones permitidas son típicas pero se hallan amparadas por la presencia de una causa de justificación.

3. Las causas de justificación únicamente permiten ataques a los bienes jurídicos a cuyo titular se refiere la proposición permisiva, por ejemplo, bienes jurídicos del agresor (§ 32), del que consiente (§ 226a) o del propietario o poseedor de la cosa de la que emana el

(*ibídem*, § 19 Anm. 4). Una clara distinción en *Lekschas/Loose/Renneberg*, Verantwortung, págs. 99 y ss. y *Lekschas/Renneberg*, Lehrbuch, pág. 129.

40 De ahí que las causas de justificación sean aplicables en principio cumulativamente. Sólo excepcionalmente existe especialidad con la consecuencia de que la acción no resulte justificada si faltan los *específicos* presupuestos de una causa de justificación bajo la que cabe subsumir el supuesto de hecho, por mucho que concurran los presupuestos de otra causa de justificación (así, por ej., § 904 BGB en relación con el § 34 StGB, § 26 BJagdG frente al § 228 BGB); cfr. sobre esto *Warda*, Maurach-Festschrift, pág. 166; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 33.

41 Efectúan esta distinción *Baumgarten*, Notstand und Notwehr, pág. 30; *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, pág. 168; *Binding*, Handbuch, pág. 765; *Arthur Kaufmann*, Maurach-Festschrift, pág. 327. En contra, con razón, *Baumann*, Allg. Teil, págs. 273 y ss.; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 44; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 8.

peligro (§ 228 BGB) o que va a procurar la salvación en el estado de necesidad (§ 904 BGB). Por el contrario, **la lesión de intereses jurídicamente protegidos de terceros** seguirá siendo, en principio, **antijurídica**, aunque se produzcan como consecuencia de que se yerre la acción permitida (cfr. RG 58, 27 y *supra*, § 29 V 6c).

Se da una *excepción* en los casos de *necesidad*, cuando la acción justificada vulnera al mismo tiempo preceptos que primordialmente sirven a la protección del orden público en sentido amplio, pues la idea de la defensa provisional o restauración de la paz jurídica inspira también los derechos basados en la necesidad. A menudo el hecho no será ni siquiera antijurídico (cfr. en la actualidad, § 117 OWiG; § 167 I núm. 1 en relación con § 167 de la anterior redacción; sobre esto, RG 21, 168 [171]). Pero ello no siempre sucede. Así, excepcionalmente, el conductor ebrio podría dejar su coche atravesado en la calzada (§§ 316, 315b I núm. 2) para evitar un secuestro (OLG Celle NJW 1969, 1.775).[42] En cambio, la falsificación de documentos (§ 267) destinada a evitar una agresión a una relación amorosa (RG 48, 215 [217]) se halla tan poco justificada como la violación del secreto de la correspondencia por parte de un funcionario de Correos que tiene por objeto la protección respecto de denuncias falsas dirigidas a sus superiores (§ 354) (RG JW 1928, 662).

VII. Atenuación de la pena por justificación incompleta

1. La antijuricidad material es **graduable** (cfr. *supra*, § 24 I 3a). Ello vale tanto para el tipo de injusto como para las causas de justificación. La completa justificación de una acción requiere la total realización del tipo de justificación, con arreglo a sus elementos objetivos y subjetivos. Pero existen casos en los que no se realiza completa sino parcialmente una causa de justificación.[43]

Ejemplos: Aunque el lesionado consintió en los malos tratos, el hecho se opuso, pese a ello, a las buenas costumbres (§ 226a). En el estado de necesidad concurre cierta diferencia en el valor de los bienes, pero no la suficiente para que pueda decirse que el interés protegido es esencialmente superior al lesionado (§ 34 StGB; § 16 OWiG).

Por otra parte, cabe mencionar los casos en que el autor sobrepasa los límites de una causa de justificación concurrente, de suerte que el hecho no resulta cubierto total, sino sólo parcialmente. También en estos supuestos debe estimarse concurrente la antijuricidad en menor grado al que correspondería de no haberse dado la causa de justificación.

42 *Widmaier*, JuS 1970, 614 intenta en tales casos apoyar la justificación en un estado de necesidad justificante o en una "ponderación general de intereses". También así, *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 46.

43 Cfr. para lo que sigue *Noll*, ZStW 68 (1956), págs. 184 y ss.

Ejemplos: El agredido se excede en su defensa del límite de lo necesario (§ 32 II). El maestro sobrepasa los límites del derecho de corrección, básicamente concurrente, al inferirle a un alumno una leve lesión.

2. Según el Derecho alemán, en todos los casos de disminución del injusto por justificación incompleta sólo resulta la **atenuación de la pena** dentro del marco de la penalidad típica correspondiente. Más justo sería, como hace el Derecho suizo para la legítima defensa (artículo 33 II 1 StGB suizo), otorgar al juez la facultad de atenuar la pena sin la limitación representada por la clase y cuantía de la pena señalada en el tipo.[44]

* * *

I. Norma prohibitiva y proposición permisiva

En la doctrina española se ha tomado recientemente la relación entre estos dos conceptos como argumento del que depende la validez de la concepción imperativa *de la norma. Un autor sigue la formulación de* Bockelmann *según la cual la existencia separada de normas permisivas frente a las normas prohibitivas pone de manifiesto que no todas las normas penales son imperativas, pues la permisión no implica en sí misma imperativo alguno.*[1] *Personalmente, en cambio, he combatido este planteamiento negando que las proposiciones jurídicas en las que se prevén causas de justificación constituyan normas independientes: a mi juicio, son disposiciones complementarias,* limitadoras del imperativo *que se desprende de las proposiciones jurídicas que definen las figuras de delito. La norma penal* completa *se forma de la puesta en relación de ambas clases de proposiciones jurídico-penales.*[2] *Ello no obsta a la posibilidad de que, a su vez, las proposiciones permisivas encierren en sí mismas* otras *normas imperativas, lo que sucede cuando la causa de justificación no sólo permite realizar el tipo (positivo), sino que expresa el* deber *de hacerlo (p. ej.: cumplimiento de un deber).* En este caso, *la función complementaria de limitar el imperativo de la prohibición penal tiene lugar mediante el establecimiento de otro imperativo. Pero ello no es necesario (piénsese en la legítima defensa o en el estado de necesidad, que se limitan a crear facultades, no deberes), lo que prueba que lo* específico *de la función de permisión es sólo limitar el imperativo penal.*

II. Sistemática de las causas de justificación

La reconducción de todas las causas de justificación a los dos principios enunciados en el texto de interés preponderante *y de la* falta de interés *(II, 2), que se remonta a* Mezger, *ha encontrado acogida a partir de este*

44 Así *Kern*, ZStW 64 (1952), pág. 267. Cfr. también *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 47; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 22.

1 Cfr. *Bajo Fernández*, Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma, en el libro Estudios penales, presentado por *Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1977, p. 18.

2 Cfr. *Mir Puig*, Introducción p. 31.

autor.[3] Rodríguez Muñoz *matiza en este sentido que todas las causas de justificación previstas* en el Código Penal *responden sólo al primer principio*[4] *(pues el consentimiento, expresión del segundo, no se prevé expresamente). Por el contrario,* Luzón *ha venido a poner de relieve, en relación a la legítima defensa, la innecesariedad e inconveniencia de acudir a principios tan generales.*[5]

Por lo que se refiere a la doble virtualidad requerida en el texto para las causas de justificación, de supresión del desvalor de la acción *junto al del* resultado, cfr. infra IV.

III. Origen y tipificación de las causas de justificación

1. Por supuesto que es válido para el Derecho español el planteamiento del texto, según el cual la justificación debe partir de la unidad del ordenamiento jurídico, *que impide considerar antijurídica penalmente una conducta lícita según otra rama del Derecho. Una particularidad de nuestro Derecho es que ello viene confirmado de forma expresa en el art. 8, 11.° CP, con arreglo al cual está exento de responsabilidad penal "el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo".*[6] *Este precepto no debe entenderse como restricción del principio formulado en el texto con arreglo al cual las causas de justificación deben deducirse de la totalidad del ordenamiento jurídico, pues, aunque previsto en el Código penal, dicho precepto no hace sino remitir al resto del Derecho, y no sólo a los casos a que podría limitar la circunstancia una interpretación* estricta *de conceptos como el de "derecho" (así, que lo entendiese como "derecho subjetivo" en sentido técnico). El art. 8, 11.° debe interpretarse en el sentido amplio de que toda conducta* permitida, *genérica o específicamente, por un sector del Derecho se halla justificada penalmente.*

2. Sobre la admisibilidad en Derecho español de **causas de justificación supralegales** *(vid. supra, Adiciones de Derecho español al § 24, I), baste recordar que la jurisprudencia y un importante sector de la doctrina, se oponen a esta posibilidad, mientras que otra dirección, que suscribo, entiende que no se opone a la prohibición de analogía, que debe reducirse, según su sentido político-criminal, a los supuestos en que se perjudica al reo. Añadiré aquí que en algún caso ni siquiera es preciso acudir a la analogía, ya que lo único que ocurre es que la ley no prevé* expresamente *la justificación, lo cual, no obstante, se deduce de su* sentido material. *Piénsese, por ejemplo,*

3 En este sentido *Rodríguez Muñoz*, Notas I p. 412; *Rodríguez Devesa*, PG p. 481 (aunque vid. nota 5). *Gimbernat* sostiene que "el principio de adecuación del medio a fin informa... todas las causas de justificación": Notas al tomo I de *Quintano Ripollés*, Tratado de la Parte Especial del Derecho penal, 2.ª ed., Madrid, 1972, p. 970 nota.

4 Cfr. *Rodríguez Muñoz*, Notas I p. 412.

5 Cfr. *Luzón Peña*, Aspectos esenciales de la legítima defensa, Barcelona, 1978, pp. 85 ss., en particular p. 92. Su opinión de que no es necesario ni acertado reconducir a un principio general como el del conflicto a la ponderación de intereses el fundamento de la legítima defensa se halla compartida en este punto por *Rodríguez Devesa*, PG p. 534, en contradicción con lo que afirmaba en la teoría general de las causas de justificación (p. 481).

6 Cfr. *Córdoba Roda*, Notas I p. 365.

en el consentimiento de la víctima, la necesidad de cuya eficacia puede deducirse de la esencia de ciertos delitos (cfr. infra *Adiciones de Derecho español al § 34 I).*

En relación a la terminología ***"derecho consuetudinario"*** *manejada en el texto, debe notarse que en la doctrina alemana alcanza a expresar aquellas construcciones teóricas aceptadas por la doctrina dominante que han determinado una jurisprudencia constante hasta el presente. En cuanto constituyan* interpretaciones *del "Derecho legal" o, a lo sumo,* analogia in bonam partem, *no deberán estimarse contradictorias con el principio de legalidad.*

IV. Los elementos subjetivos de justificación

1. En España se halla en discusión la teoría de los elementos subjetivos de justificación.[7] *Por mi parte, entiendo que es preciso que el sujeto no sólo realice objetivamente la situación prevista en la causa de justificación (supresión del desvalor del resultado), sino también* conozca y quiera *dicha situación (supresión del desvalor de la acción). Considero necesario el elemento subjetivo de justificación entendido como contrapartida del dolo en las causas de justificación. No creo, en cambio, que resulte exigible por principio que además el sujeto actúe* exclusiva y principalmente *por este motivo (entendiendo el elemento subjetivo de justificación como la contrapartida de los elementos subjetivos del injusto). En nuestro Derecho lo prueba el hecho de que sólo en la legítima defensa de extraños (art. 3, 6.°) la ley requiere que el que actúa lo haga "*en *defensa de la persona o derechos" del extraño — lo que puede interpretarse como exigencia de conocimiento y voluntad de defensa — y* a la vez *que el mismo "no sea* impulsado por *verganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo". Ello permite deducir* a sensu contrario *que en la legítima defensa propia (art. 8, 4.°) y de parientes (art. 8, 5.°) no es preciso más que lo primero, o sea, conocer y querer la defensa, aunque se efectúe por motivos de venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo. Lo anterior impide la exigencia* general *de una motivación legítima, a lo que no obsta que en alguna causa de justificación particular pudiera deducirse de la ley. Baste notar, sin embargo, que en las causas de justificación que responden a un* deber *de actuar del sujeto (así, art. 8, 11.°) sería particularmente inconveniente condicionar la justificación a algo más que el conocer y querer el deber de actuar, pues al Derecho interesa que el sujeto actúe, cualquiera que sea el motivo por el que lo haga.*

2. No puede decirse, como en Alemania, que en nuestro país posea escasa trascendencia práctica la admisión o no de elementos subjetivos de justificación, pues en España la polémica que plantea su ausencia no gira sólo en torno al dilema de estimación de tentativa o consumación, *sino al de* impunidad *por justificación o castigo por* consumación. *Si bien, en efecto, desde el prisma finalista se mantiene, como en Alemania, la solución de la consumación,[8] el rechazo de los elementos subjetivos de justificación conduce a considerar justificada plenamente la conducta desprovista de tales elementos.[9] Esta posición es, acaso,* formalmente *más coherente que la alemana de*

7 A favor, desde el prisma finalista, *Córdoba Roda,* Notas I p. 370 ss.; en contra, *Rodríguez Devesa,* PG p. 482.

8 Así *Córdoba Roda,* Comentarios I, pp. 247 ss., 253 y 258.

9 Cfr. *Rodríguez Devesa,* PG p. 482.

la tentativa, pues si la justificación no requiere un elemento subjetivo, parece lógico que tenga lugar aunque éste falte. Mas desconoce, como la solución finalista, la estructura material *que distingue al caso planteado. Como subraya claramente el texto, la falta del elemento subjetivo de justificación origina una situación materialmente coincidente con la de la tentativa: no se produce lo injusto del resultado, pero sí lo injusto de la acción. Tan inadecuado es castigar por consumación como considerar plenamente justificado el hecho. Mas la solución de la tentativa (en España:* frustración*) sólo sería admisible por* analogía *(cfr.* supra *nota 33), ya que literalmente sería difícilmente sostenible, tanto si se admite como si se rechaza la necesidad del elemento subjetivo de justificación: si se admite, el hecho no estará justificado cuando falte este elemento, por lo que no podrá decirse que no se haya producido el delito, según requiere el art. 3; si se rechaza, el hecho estará justificado plenamente aunque esté ausente aquel elemento subjetivo, lo que no parece fácilmente compatible con la punición por frustración. En cuanto la aplicación* analógica *de la frustración no operaría en contra, sino a* favor *del reo (cfr.* supra *nota 33), no se hallaría ciertamente vedada, más en nuestro CP existe otra posibilidad más inmediata que hace innecesario el recurso a la analogía: la* eximente incompleta *prevista en el art. 9, 1.°. Si el elemento subjetivo de justificación (entendido como mero conocer y querer la situación de justificación) cuenta entre los de las eximentes, y su falta no hace desaparecer toda base de éstas, sino sólo una parte (la correspondiente al desvalor de la acción), será formalmente posible y materialmente correcto optar por la vía inmediata del art. 9, 1.°.*

V. La eximente incompleta

Una característica peculiar del Código penal español es la previsión de una circunstancia atenuante de efectos extraordinarios (art. 9, 1.°; art. 27, 1.° Proyecto 1980) para el caso de que falte alguno de los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad según los distintos números del artículo 8. El art. 66 permite en este caso la rebaja de la pena en uno o dos grados[9 bis] *por debajo de la pena típica — y no sólo una atenuación dentro del marco típico usual, como en el Derecho alemán —. Dos cuestiones plantea esta "eximente incompleta": la de si cabe respecto de todas las eximentes y la de si puede fundarse en la ausencia de cualquier requisito de las mismas.*

La primera cuestión debe responderse negativamente, ya que por una parte, la minoría de edad *(art. 8, 2.°; art. 26, 2.° Proyecto 1980) se da o no se da y la ley prevé en el art. 9, 3.°, en relación con el 65 (art. 27, 3.°, en rel. con art. 80 Proyecto 1980), una regulación específica para los mayores de 16 (de 15 en el Proyecto) y menores de 18, y por otra parte, esto mismo sucede con relación al* caso fortuito *(art. 8, 8.°, en relación con el art. 64).*[10]

9 bis El art. 81 Proyecto 1980 impone en este caso la atenuación sólo en *un* grado, siguiendo la criticable tónica de limitación del arbitrio atenuador del juzgador, que caracteriza las reglas de medición de la pena en el Proyecto: cfr. *Mir Puig,* El sistema de sanciones, en RJCat 1980, en prensa.

10 Cfr. *Córdoba Roda,* Comentarios I p. 409; *Rodríguez Devesa,* PG p. 598 s. Por fortuna el art. 64 no encuentra paralelo en el Proyecto 1980: cfr. *Mir Puig,* El sistema de sanciones, en RJCat 1980, en prensa.

Más discutible es si la eximente de fuerza irresistible del art. 8, 9.° (27, 9.° Proyecto 1980), consiste su apreciación incompleta.[11] *Todas las demás pueden plantear la posibilidad de la eximente incompleta. Nótese, en todo caso, que el art. 9, 1.°, no sólo se refiere a las causas de justificación, sino a toda clase de eximentes.*

También merece respuesta negativa la segunda cuestión planteada: la eximente incompleta no *puede fundarse en la falta de* cualquiera *de los requisitos previstos por las distintas causas del art. 8. La doctrina y la jurisprudencia coinciden en distinguir, a estos efectos, entre requisitos* esenciales y no esenciales: *sólo la falta de los segundos determina la estimación de la incompleta, no motivando la ausencia de un requisito esencial ni la exención ni la atenuación del art. 9, 1.°.*[12] *Cuáles son unos y cuáles otros, resulta del examen particular de cada eximente.*

§ 32 *La legítima defensa*

Arzt, Notwehr, Selbsthilfe, Bürgewehr, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, página 77; *Baumann*, Notwehr im Straßenverkehr? NJW 1961, 1.745; *el mismo*, Rechtsmißbrauch bei Notwehr, MDR 1962, 349; *Baumgarten*, Notstand und Notwerth, 1911; *Beale*, Retreat from a Murderous Assault, HarvLR 16 (1903), página 567; *Bein*, Zur Angemessenheit einer Notwehrhandlung, NJ 1973, 146; *Bertel*, Notwehr gegen verschuldete Angriffe, ZStW 84 (1972), pág. 1; *Bockelmann*, Menschenrechtskonvention und Notwehrrecht, Festschrift für K. Engisch, 1969, página 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; *Busse*, Nötigung im Straßenverkehr, 1968; *Deubner*, Anmerkung zu BGH vom 26-2-1969, NJW 1969, 1.184; *Dubs*, Notwehr..., SchwZStr 89 (1973), pág. 337; *Echterhölter*, Die Europäische Menschenrechtskonvention in der juristischen Praxis, JZ 1956, 142; *Maria Gabriele Franke*, Die Grenzen der Notwehr im französischen, schweizerischen und österreichischen Strafrecht, tesis, Freiburg 1976; *Gallas*, Anmerkung zu OLG Stuttgart vom 21-4-1948, DRZ 1949, 43; *Geilen*, Eingeschränkte Notwehr unter Ehegatten, JR 1976, 314; *Grosso*, Difesa legittima e stato di necessità, 1964; *Gutmann*, Die Berufung auf das Notwehrrecht als Rechtsmißbrauch? NJW 1962, 286; *Henkel*, Recht und Individualität, 1958; *el mismo*, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 249; *Himmelreich*, Erforderlichkeit der Abwehrhandlung..., GA 1966, 129; *Hirsch*, Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs, Festschrift für E. Dreher, 1977, pág. 211; *Hruschka*, Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, Festschrift für E. Dreher, 1977, pág. 189; *Kerll*, Das englische Notwehrrecht, tesis, Freiburg 1977; *Kinnen*, Notwehr und Nothilfe als Grundlagen hoheitlicher Gewaltanwendung, MDR 1974, 631; *Kratsch*, Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht, 1968; *el mismo*, § 53 StGB und der Grundsatz nullum crimen sine lege, GA 1971, 65; *el mismo*, Das (Rechts-)Gebot zu sozialer Rücksichtnahme..., JuS 1975, 435; *Krüger*, Die Bedeutung der Menschenrechtskonvention für das deutsche Notwehrrecht, NJW 1970, 1.483; *Kühl*, Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts, 1974; *Lenckner*, Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff, GA 1961, 299; *el mismo*, "Gebotensein" und "Erforderlichkeit" der Notwehr, GA 1968, 1; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 24, 356, JZ 1973, 253; *Marchal*, De l'état de légitime défense en droit pénal belge, Rev dr pén crim 47 (1967), pág. 943; *Oetker*, Hilfeleistung in Staatsnotwehr und Staatsnotstand, GS 97 (1928), página 411; *el mismo*, Notwehr und Notstand, Festgabe für R. v. Frank, t. I, 1930, página 360; *Partsch*, Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention, en: *Bettermann/Neumann/Nipperdey*, Die Grundrechte, t. I, 1, 1966, pág. 235; *Ritter*, Der Volksgenosse als Helfer in Volksnot, GS 115 (1941), página 239; *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, 1.821; *Rudolphi*, Inhalt und Funktion des Handlungsunwerts..., Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 51; *Rupprecht*, Die tödliche Abwehr des Angriffs auf menschliches Leben, JZ 1973, 263; *Schaffstein*, Notwehr und Güterabwägungsprinzip, MDR 1952, 132; *Schmidhäuser*, Über die Wertstruktur der Notwehr, Festschrift für R. Honig, 1970, pág. 185; *Eb. Schmidt*, Das Problem des übergesetzlichen Notstands, Mitt IKV, tomo V, 1931, pág. 131; *R. Schmidt*, Der rechtswidrige Angriff bei der Notwehr, NJW 1960, pág. 1.706; *R. Schmitt*, Tonbänder im Strafprozeß..., JuS 1967, 19; *Schröder*, Anmerkung zu BGH vom 1-8-1961, JR 1962, 187; *el mismo*, Notwehr bei schuldhaftem Vorverhalten..., JuS 1973, 157; *Schroeder*, Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 127; *el mismo*, Zur Strafbarkeit der Fluchthilfe,..., JZ 1974, 113; *Suppert*, Studien zur Notwehr und "notwehrähnlichen Lage", 1973; *Woesner*, Die Menschenrechtskonvention in der deutschen Strafrechtspraxis, NJW 1961, 1.381.

I. Esencia de la legítima defensa

1. La idea que sirve de base a la legítima defensa sigue siendo la siguiente: **el Derecho no tiene por qué ceder al injusto** (RG 21, 168 [170]),[1] por mucho que este principio haya experimentado crecientes restricciones esenciales por virtud del principio de consideración social. Pero, ¿cómo resolver la contradicción existente entre la facultad de autodefensa del individuo y el monopolio de la protección jurídica que en el orden social moderno corresponde fundamentalmente al Estado?

La autorización para defender el Derecho contra el injusto, como facultad del ciudadano individual, puede fundarse de dos formas distintas.[2] *Por una parte*, la legítima defensa puede concebirse *jurídico-individualmente*, como derecho que por naturaleza corresponde a todo hombre de autoafirmarse mediante la defensa de su propia persona frente al ataque antiju-

11 Ver el estado de la doctrina en *Rodríguez Devesa*, PG p. 660. Yo me inclino por la negativa, por entender que, no cabiendo un grado intermedio entre la acción y su ausencia, la fuerza *resistible* sólo puede atenderse cuando disminuye la culpabilidad produciendo *miedo* en el sujeto, insuperable (art. 10, 10.°) o superable [eximente incompleta de miedo (art. 9, 1.° en relación con el 10, 10.°)].

12 Por todos cfr. *Córdoba Roda*, Comentarios I p. 410.

1 Así la doc. dom.; cfr. *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 91; *Preisendanz*, § 32 Anm. I; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Anm. 1, con más referencias. Destaca con razón que con esta fórmula se alude al injusto que consiste en una "agresión actual", *Hirsch*, Dreher-Festschrift, pág. 223, nota 43.

2 Cfr. para lo que sigue *H. Mayer*, Lehrbuch, págs. 199 y ss.; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 192; *LK (Baldus)*, § 53 Anm. 1; *Lenckner*, GA 1961, 309; *Schröder*, JuS 1973, 158; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 428. Sobre la evolución histórica *Schroeder*, Maurach-Festschrift, págs. 128 y ss.; *Suppert*, Studien, páginas 43 y ss.

rídico de otro. En este sentido, en la antigüedad se consideró derecho originario de la persona no necesitado de ulterior fundamentación: *naturalis ratio permittit se defendere.* Limitado a la protección de la vida y la integridad física, en cuanto supremos bienes jurídicos del individuo, tal concepción se encuentra también en el Derecho romano tardío: *vim vi repellere licet. Por otra parte,* sin embargo, la legítima defensa puede entenderse también *jurídico-socialmente.* En este sentido, es el *ordenamiento* jurídico el que no tiene por qué ceder al injusto. La autodefensa del agredido se presenta al mismo tiempo, entonces, como salvaguardia del orden pacífico general cuando falta la presencia del auxilio de la autoridad: *deficiente magistratu populus est magistratus.* Así, en el Derecho germánico se permitía dar muerte al ladrón sorprendido *in fraganti.* Ambas concepciones jurídicas se encuentran en la CCC carentes de conexión (art. 139 y 150). Hasta fines del siglo XVIII, y, por obra del Derecho natural, no se creó un concepto general de legítima defensa, en el que se unieron la idea de la autoafirmación del individuo frente a una agresión antijurídica y la de la pérdida por el agresor del derecho a la paz conferido por el contrato social.

2. La facultad de **autoprotección** y la idea de la **afirmación del Derecho** se hallan también en la base de la configuración de la legítima defensa en el Derecho vigente, aunque todavía prevalece el punto de vista individualista, como corresponde a la tradición liberal del StGB.[3] El aspecto *jurídico-individual* se manifiesta en que la legítima defensa sólo puede ejercerse para proteger bienes jurídicos individuales y no, en cambio, el orden público o el ordenamiento jurídico. El interés general en la salvaguardia del orden jurídico únicamente hace aparición, pues, a través de la protección del particular. La concepción jurídico-individual de la legítima defensa explica, asimismo, que en principio sea irrelevante la relación existente entre el valor del bien jurídico protegido y el del lesionado. Importa únicamente la defensa del particular contra la agresión antijurídica, y no el menoscabo que como consecuencia haya de soportar el agresor. Por ello, la idea según la cual no cabe exigir una "*turpis fuga*" al agredido (RG 16, 69 [72]) debe explicarse también desde la perspectiva de la concepción jurídico-individual de la legítima defensa. El aspecto *jurídico-social* se manifiesta, en cambio, en la ilimitada admisión del auxilio necesario y en la restricción de la legítima defensa cuando

3 En la bibliografía antigua se subrayaba ante todo la idea de la autodefensa; cfr. *Binding,* Handbuch, pág. 732; *Baumgarten,* Notstand und Notwehr, pág. 102; *Oetker,* Frank-Festgabe, t. I, pág. 375. Hoy se destaca igualmente en la Jurisprudencia y en la doctrina la idea de la afirmación del orden jurídico; cfr. BGH 24, 356 (359); BGH MDR 1972, 791; *Dreher,* § 32 Anm. 2; *H. Mayer,* Lehrbuch, págs. 201 y ss.; *SK (Samson),* § 32 Anm. 1; *Roxin,* ZStW 75 (1963), pág. 566; *el mismo,* Kriminalpolitik, pág. 26, fija su atención únicamente en la afirmación del Derecho, lo que no obstante desconoce el sentido que corresponde a la legítima defensa. En sentido crítico, cfr. *Schmidhäuser,* Honig-Festschrift, pág. 193 y Allg. Teil, pág. 341. *Roxin,* ZStW 83 (1971), página 387; *Hirsch,* Dreher-Festschrift, págs. 218 y ss.

desaparece el interés de afirmación del Derecho, así como en los supuestos de extrema desproporción de bienes (cfr. *infra,* § 32 III). En este contexto debe situarse, también, el deber de ejercer la legítima defensa de la forma menos lesiva posible. Sin embargo, el principio del interés general en la salvaguardia del orden jurídico, que contribuye a fundar la legítima defensa, no debe confundirse con un supuesto *carácter penal* de la autodefensa, que conduciría, entre otras consecuencias, a la de que sólo fuera admisible la defensa respecto de agresiones culpables.[4]

3. La legítima defensa es una **causa de justificación.** Quien se defiende de una agresión antijurídica actual, obra *conforme a Derecho.* En la actualidad lo reconoce expresamente el § 32 I, que viene a coincidir con el § 227 I BGB. La exigencia de que la defensa "resulte requerida" *(Gebotenheit)* se tomó conscientemente de la regulación precedente (anterior § 53 I), por entenderse que ofrecía una base para las restricciones de la legítima defensa aconsejadas por la ética social (cfr. BT-Drucksache V/4.095, pág. 14, e *infra,* § 32 III).[5]

II. Estructura de la legítima defensa

La definición clásica de legítima defensa reza: "Legítima defensa es la defensa que resulta necesaria para hacer frente a una agresión antijurídica actual contra uno mismo o contra un tercero" (§ 32 II StGB; § 15 II OWiG; § 227 II BGB).

1. La situación de legítima defensa viene determinada por una **agresión antijurídica actual** contra un bien jurídico susceptible de defensa. Deberá empezarse, pues, por considerar este grupo de elementos.

a) El concepto de **agresión** transciende con mucho al de la *vis* del Derecho romano. Constituye agresión toda lesión o puesta en peligro por parte de una persona[6] de un interés del autor o de otra persona protegido por el ordenamiento jurídico.[7] Aun que el uso normal de la lengua entiende por agresión un comportamiento doloso y activo, ninguno de estos dos requisitos es necesario jurídicamente. No es preciso que la "agresión" se realice intencionalmente ni, tampoco, con dolo eventual, sino que basta una conducta imprudente o incluso

4 Pero así *Wegner,* Strafrecht, pág. 123; *H. Mayer,* Grundriß, pág. 99; *SK (Samson),* § 32 Anm. 15; *Schmidhäuser,* Honig-Festschrift, págs. 196 y ss. y Allg. Teil, págs. 348 y ss.

5 Cfr. sobre esto *Stree,* en: *Roxin* y otros, Einführung, págs. 35 y ss.

6 Las agresiones de animales deben enjuiciarse con arreglo al § 228 BGB. Así RG 34, 295 (297) y la doc. dom.; cfr. *LK (Baldus),* § 53 Anm. 4; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, pág. 376.

7 Cfr. con más detalle *R. Schmidt,* NJW 1960, 1.706. *Schmidhäuser,* Allg. Teil, pág. 346, destaca con razón que sólo puede constituir agresión un comportamiento peligroso en concreto, no una tentativa inidónea. En este caso faltaría el interés de autoprotección.

del todo inculpable, con tal de que implique una amenaza de lesión de un interés jurídicamente protegido.[8] Mas el comportamiento del agresor debe poseer la cualidad de acción (cfr. *supra*, § 23 IV).

Ejemplos: El cochero que durante el reparto de leche pone en peligro por imprudencia a otros vehículos, deberá soportar que otra persona responsable de la lechería intervenga en la conducción de los caballos (OGH 1, 273 [274]). En principio no se halla excluida la legítima defensa frente a enfermos mentales, niños y sujetos que actúan bajo error (BGH 6, 263 [272]). Por el contrario, la legítima defensa no será posible respecto de las obstaculizaciones y molestias usuales en el tráfico rodado, porque tales situaciones se hallan inevitablemente ligadas a las actuales circunstancias OLG Düsseldorf NJW 1961, 1.783; coincidiendo en la conclusión *Baumann*, (NJW 1961, 1.745). Únicamente concurrirá una agresión cuando se emplee violencia reprochable en el sentido del § 240.[9]

El concepto de agresión tampoco requiere necesariamente un comportamiento activo. Pero no son de fácil delimitación los casos en que puede considerarse constitutiva de agresión la pura inactividad. La cuestión depende en gran medida del sentimiento jurídico. En todo caso, deberá reputarse como agresión la omisión si existe un deber sancionado *jurídico-penalmente o jurídico-administrativamente* (en distinto sentido, OLG Stuttgart NJW 1966, 745 [748]) de actuar, como sucede en los delitos de omisión pura y en los casos de deber de garante respecto de la evitación del resultado.[10]

Ejemplos: En principio podrá defenderse legítimamente el conductor al que se impide la entrada en un espacio de aparcamiento situado en una calle de uso común, por el procedimiento de interponerse un sujeto que pretende reservar la plaza para otro vehículo que todavía no ha llegado (§ 1 II StVO) (BayObLG NJW 1963, 824; cfr. también OLG Hamburg NJW 1968, 662).[11] Constituye también una agresión a la inviolabilidad de la morada el allanamiento de morada por permanencia no autorizada (§ 123 segunda alternativa) (RG 72, 57 [58]), y una agresión a la libertad el no

8 Así la doc. dom.; *LK (Baldus)*, § 53 Anm. 2; *Baumann*, Allg. Teil, página 310; *Dreher*, § 32 Anm. 4; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Anm. 3. En distinto sentido, *Wegner*, Strafrecht, pág. 123; *H. Mayer*, Lehrbuch, págs. 203 y ss.; *Schaffstein*, MDR 1952, 136; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 342; *SK (Samson)*, § 32 Anm. 15. *Hirsch*, Dreher-Festschrift, págs. 224 y ss. requiere un comportamiento del agresor "por lo menos descuidado"; a ello se opone el que haría inadvertible la situación por el agredido. Con mayor motivo vale esto mismo frente a *Hruschka*, Dreher-Festschrift, pág. 202, que incluso requiere la "conciencia de la antijuricidad" en el agresor.

9 Cfr. sobre esto, con más detalle, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Anm. 9, con abundantes referencias.

10 De acuerdo *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 376; *Lackner*, § 32 Anm. 2a; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 415; *LK (Baldus)*, § 53 Anm. 3; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 84; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 60. En sentido crítico, *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 92; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Anm. 1.

11 Otros "casos de aparcamiento" en *Busse*, Nötigung im Straßenverkehr, páginas 43, 124 y ss.

poner en libertad a un recluso tras haber concluido el tiempo de la condena. Por el contrario, no constituye agresión la omisión del desalojo de una vivienda una vez finalizado el arrendamiento, ya que el arrendatario continúa en posesión de la cosa arrendada (RG 19, 298); en este caso únicamente cabe la autotutela del § 229 BGB.

No existe agresión en la riña, en tanto no se aparte de la misma de forma inequívoca uno de los contrincantes o se utilicen armas peligrosas contra lo convenido (RG 72, 183; BGH GA 1960, 213).

b) Es susceptible de defensa **todo interés jurídicamente protegido:** no sólo la vida y la integridad física, sino también la libertad, el honor (RG 21, 168 [170], y el último incluso frente a un militar superior, RG 69, 265 [268]), la propiedad y la posesión (aun de la antijurídica, RG 60, 273 [278]), el derecho de caza (RG 55, 167) el derecho a la propia imagen (OLG Hamburg MDR 1972, 622), la inviolabilidad de la morada (BGH GA 1956, 49), el patrimonio, las relaciones familiares (RG 48, 215),[12] la facultad de disfrutar el uso común (BayObLG NJW 1963, 824) y, por último, incluso la esfera íntima.[13]

Ejemplo: El observar de forma impertinente a una pareja puede, en cuanto lesión de la esfera íntima, constituir una agresión, salvo que tenga lugar en un parque público, lugar en que nadie puede pretender la protección de su esfera íntima (BayObLG NJW 1962, 1.782).

Los **bienes jurídicos del Estado** o de otras personas jurídicas de Derecho público son defendibles si poseen carácter individual. Así, la propiedad pública puede ser defendida por cualquiera de hurtos y daños (por ej., frente a un espía que intenta sustraer o inutilizar un nuevo aparato del Ejército Federal). Los bienes jurídicos de la colectividad también pueden defenderse si la agresión afecta de forma inmediata a un particular. En este sentido, cualquiera puede defenderse de actos exhibicionistas que presencie, pues el § 183 protege también el sentimiento de pudor del individuo. Por el contrario, el repeler las agresiones contra el orden público o el ordenamiento jurídico en su conjunto no corresponde al ciudadano, sino sólo al Estado y a sus órganos (BGH 5, 245 [247]; BGH VRS 40, 104 [107]; OLG Düsseldorf NJW 1961, 1.783; OLG Stuttgart NJW 1966, 745

12 En sentido restrictivo para el matrimonio, si la lesión ocurre con voluntad del otro cónyuge, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Anm. 5; también así OLG Köln NJW 1975, 2.344.

13 Para *Schroeder*, JZ 1974, 114, también la libertad de movimientos de los ciudadanos de la RDA debe constituir un bien jurídico susceptible de defensa, mas éste es un supuesto de los en que para la aplicación del propio Derecho ha de contemplarse un ordenamiento jurídico extranjero (cfr. *supra*, § 18 I 1), y éste no otorga la libertad de movimientos (evidentemente vulnerando el art. 12 II del Pacto Internacional sobre Derechos civiles y políticos de 19 dic. 1966, BGBl. 1973 II, pág. 1.534).

[748]).[14] Ningún particular estaría facultado para retirar con violencia de un escaparate un escrito pornográfico (§ 184), ni para colaborar en una carga de la Policía contra un grupo que ofreciera resistencia (§ 113), a no ser que hubiese que prestar auxilio a algún agente en peligro (pero cfr. también § 114 II y RG 25, 253). De los casos de protección del orden público por particulares debe distinguirse la *defensa del Estado*. Se trata aquí de la protección del supremo bien representado por el Estado mismo. Se admite entonces legítima defensa cuando el Estado resulta amenazado inmediatamente. Pero esta teoría conduce a consecuencias insostenibles.[15]

Ejemplos: Así, el RG admitió en una sentencia por asesinato político la legítima defensa por particulares frente a alta traición y traición del país como causa de justificación (RG 63, 215 [220]; la pregunta quedó sin respuesta en RG 64, 101 [103] y en la sentencia RG 56, 259 [286]). Esta concepción debe rechazarse porque la lucha política, sea interna o contra el extranjero, no puede llevarse por actos violentos de particulares con arreglo a los principios de la legítima defensa.[16]

Para justificar la utilización de violencia en la defensa del bien supremo del Estado por particulares puede acudirse, en todo caso, al *estado de necesidad justificante* (cfr. *infra*, § 33 IV y § 35 IV 4), que toma en consideración los intereses en juego, la clase y medida del peligro y la adecuación de la acción defensiva, por lo que puede adaptarse a la situación mejor que la legítima defensa.[17] Según esto, sólo resultaría justificada la defensa privada cuando el Estado no pudiera defenderse por medio de sus propios órganos, el peligro fuera inmediatamente actual y no quedase ninguna otra vía para evitar un grave e irreparable daño para el bien de la comunidad (por ej., un particular impide atravesar la frontera con violencia a un traidor que huye con secretos de Estado). El legislador ha regulado en la actualidad de forma positiva una parte del estado de necesidad del

14 De acuerdo la doc. dom.; cfr. *Arzt*, Schaffstein-Festschrift, págs. 84 y ss. (con observaciones críticas sobre la debilidad de los órganos encargados del orden); *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 92; *Blei*, Allg. Teil, pág. 132; *LK (Baldus)*, § 53 Anm. 39; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 377; *Lackner*, § 32 Anm. 2b; *SK (Samson)*, § 32 Anm. 9; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 61. Más ampliamente, *Schroeder*, Maurach-Festschrift, pág. 141.

15 En contra, también, *H. Mayer*, Lehrbuch, págs. 182 y ss.; cfr. también *Oetker*, GS 97 (1928), págs. 424 y ss. *LK (Baldus)*, § 53 Anm. 39. En favor de la legítima defensa del Estado aunque con restricciones, *Baumann*, Allg. Teil, página 351; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 391; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, número 416; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Anm. 7.

16 Cfr. sobre esto la tristemente célebre Ley de Medidas para la Defensa del Estado de 3 julio 1934 (BGBl., I, pág. 529), por la que habían de legalizarse los asesinatos cometidos al sofocar el golpe de Estado de Roma.

17 Admiten una causa de justificación política análoga al estado de necesidad *Eb. Schmidt*, Mitt IK V 1931, 156 y ss.; *Boldt*, ZStW 56 (1937), págs. 200 y ss.; *Ritter*, GS 115 (1941), págs. 242 y ss.; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 88. En contra del estado de necesidad justificante en defensa del derecho de autodeterminación de los sudtiroleses, con razón, BGH NJW 1966, 310 (311 y ss.).

Estado. El *Derecho de resistencia* subsidiario del ciudadano reconocido en el art. 20 IV GG se refiere a las agresiones contra los principios fundamentales de la Constitución expresados en el art. 20 I-III GG (cfr. *infra*, § 35 IV 4).

c) La agresión ha de ser **antijurídica,** lo que no supone que además deba ser punible. Es *antijurídica* toda agresión que vulnera objetivamente el ordenamiento jurídico. Basta para ello la producción del injusto del *resultado* (cfr. *supra*, § 24 III) 1). No es preciso un comportamiento doloso ni aun culpable por parte del agresor. De ahí que sea lícita la defensa frente a la agresión de ebrios (BGH 3, 217 [218]), enfermos mentales (RG 27, 44 [45]), niños y personas que actúan bajo error o imprudentemente (OGH 1, 273 [274]). La legítima defensa resulta posible incluso respecto del peligro de lesión que emana de una acción en sí no descuidada, por ejemplo, frente a un conductor que sin poderlo evitar resbala a causa de la nieve y se sube a la acera.[18] Las consecuencias inadecuadas que de ello podrían seguirse se evitan por el hecho de que en casos como los precedentes falta el interés en la afirmación del Derecho y, por consiguiente, sólo resulta admisible la autodefensa si el agredido no podía rehuir el ataque (cfr. *infra*, § 32 III 3a). No es antijurídica la agresión que a su vez se halla permitida por alguna norma jurídica como "intervención" lícita. Ésta es otra consecuencia de la unidad del ordenamiento jurídico. Por tanto, será antijurídica la defensa frente a la legítima defensa o a una actuación cubierta por el estado de necesidad jurídico-civil (§ 904 BGB), frente al derecho de corrección de los padres o frente a una detención provisional realizada tras las comprobaciones requeridas (§ 127 II StPO), aunque en realidad afecte a un inocente (RG 72, 305 [311]; también frente al agente judicial que practica erróneamente un embargo a quien resulta no ser deudor (RG 61, 297 [299]), frente a una manifestación injuriosa efectuada en salvaguardia de intereses legítimos (§ 193) o frente a actos de incautación por parte de fuerzas de ocupación que obren de acuerdo con el Derecho de gentes.

Ejemplos: El dueño de un restaurante no puede defenderse contra el cliente que utiliza sus instalaciones para defenderse de actos violentos de otros clientes, pues, según el § 904 BGB, el cliente actúa conforme a Derecho (RG 23, 116).

18 De acuerdo *Baumann*, Allg. Teil, págs. 310 y ss.; *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 93 (con un ejemplo aleccionador, pág. 83); *LK (Baldus)*, § 53 Anm. 7 y ss. Por el contrario, la doctrina mayoritaria requiere no sólo lo injusto del resultado, sino también el de la acción, cfr. *Hirsch*, Dreher-Festschrift, págs. 224 y ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 378; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Anm. 20; *Schaffstein*, MDR 1952, 132; *SK (Samson)*, § 32 Anm. 15. En sentido aún más estricto, *Schmidhäuser*, Honig-Festschrift, págs. 196 y ss., porque para él la desaparición del interés de afirmación del orden jurídico determina la eliminación de toda justificación para la legítima defensa. También así *Bertel*, ZStW 84 (1972), pág. 11.

d) Finalmente, la agresión ha de ser **actual.** Es actual la agresión que amenaza de forma inmediata, tiene lugar efectivamente o todavía continúa. La situación de legítima defensa empieza ya tan pronto como se presenta un peligro emanado de una agresión inminente que amenaza de forma inmediata al interés protegido (RG 61, 216 [217]). Ello depende de los medios de que dispone el agresor, y en especial de las armas que esgrima (RG 67, 337 [339]; BGH NJW 1973, 255). Lo decisivo es, a tales efectos, la situación *objetiva*, y no lo que crea el agredido.

Ejemplos: El guarda rural puede disparar sobre el cazador furtivo que, pese a habérsele conminado a arrojar el arma, huye con ella (RG 53, 132 [133]). Evidentemente, se supone que el cazador furtivo tenía la intención de disparar y no sólo de salvar la escopeta. Por el contrario, ningún participante en una manifestación política escoltada por la Policía puede llevar abierta una navaja, puesto que el peligro general de actos violentos no implica todavía la presencia de una agresión actual (RG 65, 159).

En los delitos permanentes la agresión será actual hasta tanto se prolongue el estado antijurídico.[19] La agresión continúa en tanto, aun producida ya la lesión del interés protegido, pueda todavía anularse total o parcialmente por medio de una reacción que siga inmediatamente a la agresión.

Ejemplo: Todavía es actual la agresión de los ladrones de fruta que emprenden la fuga con su botín al oír las voces del propietario, pese a que ya han consumado la sustracción. Según la opinión en otro tiempo dominante, en último extremo el propietario puede hacer uso de un arma de fuego si no le es posible detener de otro modo a los fugitivos (RG 55, 82 [84]).[20] Sobre la relación entre el valor de los bienes cfr. *infra*, § 32 III 3b, y acerca de la relación con la MRK cfr. *infra*, § 32 V.

El requisito de actualidad de la agresión no excluye la posibilidad de defensa mediante *perros fieros, disparos automáticos, cepos o cebos envenenados*, en cuanto no hayan de operar hasta el momento en que tenga lugar la agresión. Pero los riesgos que tales medios encierran deberá asumirlos el que los utilice para defenderse.

Debe rechazarse la *"legítima defensa preventiva"* que la Jurisprudencia permite, por ejemplo, para grabaciones magnetofónicas destinadas a evitar futuras extorsiones y otras agresiones (BGHZ 27, 284 [286 y ss.]; BGH 14, 358 [361]; 19, 325 [332]; OLG Celle NJW 1965, 1.677 [1.679]; OLG Frankfurt NJW 1967, 1.047).[21] Se trata, en realidad, de casos de

19 Cfr. *Dreher*, § 32 Anm. 10; *Kühl*, Die Beendigung, págs. 151 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Anm. 15.

20 Destaca, con razón, que hoy debería negarse la legítima defensa a causa de la evidente desproporción existente entre los bienes, *Bockelmann*, Allg. Teil, página 96.

21 La doctrina está en parte de acuerdo con esto; cfr. así *Suppert*, Studien, páginas 356 y ss.; *R. Schmitt*, JuS 1967, 19; *SK (Samson)*, § 32 Anm. 10; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 87. Pero como aquí, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Anm. 17, con más referencias.

estado de necesidad del § 34 que, por lo tanto, deben reunir los requisitos que en este precepto se establecen.

2. Ante una agresión antijurídica actual es lícita la **defensa necesaria.**

a) En primer lugar, la acción defensiva debe realizarse con **voluntad de defensa** (cfr. *supra*, § 31 IV 1). Puede concurrir también otros motivos, como el odio, la indignación o la venganza, con tal de que se dé la voluntad de defensa (RG 54, 196 [199]; BGH 3, 194 [198]; 5, 245 [247]; BGH *Dallinger* MDR 1972, 16).[22] Falta, en cambio, la referida voluntad cuando en una riña se confunden mutuamente la voluntad de agredir y la de defenderse (OLG Saarbrücken VRS 42, 419).

b) En segundo lugar, la acción defensiva sólo está justificada si resulta **necesaria.** La necesariedad ha de juzgarse según la totalidad de circunstancias en las que tienen lugar la agresión y la defensa, y en particular en base a la intensidad de la agresión, a la peligrosidad del agresor y su forma de proceder, así como en atención a los medios de que se disponga para la defensa (RG 72, 57 [58]). La necesariedad de la defensa debe enjuiciarse objetivamente y *ex ante*, es decir según la contemplación de las circunstancias desde la perspectiva de un tercero prudente colocado en la situación del agredido (cfr. *supra*, § 31 IV 4).[23] Éste no precisa, en cualquier caso, limitarse al mero rechazo de la agresión, sino que puede defenderse contraatacando (defensa ofensiva) (RG 16, 69 [71]). En principio, la comprobación de la necesariedad de la acción defensiva *no* requiere la ponderación de los valores respectivos de los bienes afectados (RG 55, 82 [85 y siguientes]; BGH GA 1969, 23; BGH VRS 30, 281).[24] Por consiguiente, el agredido puede llegar, si es preciso, a defenderse del apoderamiento violento de su billetero produciendo incluso la muerte de su agresor, siempre que no le quede ninguna posibilidad de defensa menos lesiva (sobre la cuestión de la aplicabilidad del art. 2 IIa MRK, cfr. *infra*, § 32 V). En el supuesto de que la acción de defensa determine consecuencias involuntarias de mayor alcance de lo necesario para repeler la agresión, el resultado más grave producido quedará cubierto también por la legítima defensa, pues sólo importa para ella la necesariedad de la *acción* defensiva.[25]

22 Según *Rudolphi*, Maurach-Festschrift, página 57; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Anm. 63; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núms. 437, 482, debe bastar el puro conocimiento de la situación de legítima defensa, mas el nuevo § 34 exige en todo caso para la legítima defensa la *intención* de salvación.

23 También así *Bockelmann*, Dreher-Festschrift, 247; *LK (Baldus)*, § 32 Anm. 22; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Anm. 34.

24 Así la concepción más generalizada; cfr. *Dreher*, § 32 Anm. 17, con más referencias.

25 También así *LK (Baldus)*, § 53 Anm. 23; *Maurach*, Allg. Teil, pág. 553; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 353; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 86. En distinto sentido, RG 56, 285.

Ejemplo: El agredido se defiende propinando un golpe con un casco de bombero a su agresor, de parecida envergadura física, el cual sufre como consecuencia una importante lesión en el oído (§ 224) (OLG Braunschweig NJW 1953, 997).

c) Pero, finalmente, la acción defensiva no puede ir más allá de lo necesario para repeler con eficacia la agresión. Del hecho de que la legítima defensa carece de carácter punitivo y únicamente sirve a la protección de intereses amenazados se desprende el **principio de la mínima lesión del agresor.** Según el mismo, el que se defiende debe elegir, de entre los medios de que dispone para una defensa eficaz, el menos dañoso y peligroso, sin que por ello deba llegar a rehuir a la agresión.[26] El § 32 no viene, en efecto, a sancionar la a menudo censurada "moral del homicida".

Ejemplos: No es, ciertamente, exigible que el agredido que se encuentra en una situación extremadamente peligrosa apunte a los pies de su agresor en vez de a su tronco, pues de otro modo la superioridad del contrincante haría insegura la defensa (BGH GA, 1965, 147). Pero el agredido debe solicitar el auxilio de terceros capaces y dispuestos a su defensa (RG 66, 244 [245]; 71, 133 [134]). Llegado el caso, debe pedir en seguida ayuda a la Policía para mantener la inviolabilidad de su morada (RG 72, 57 [59]; BGH VRS 30, 281). Cuando preste auxilio necesario la Policía, resultará amparada por el § 32.[27] Ahora bien, sólo es lícito disparar a matar intencionalmente cuando no basta para la protección del bien jurídico amenazado dejar fuera de combate al agresor (casos de los terroristas y de los rehenes) (cfr. *infra*, § 35 I 1 nota 1).[28]

III. Restricciones de la legítima defensa

1. La evolución moderna de la legítima defensa es la historia de su restricción en base a consideraciones ético-sociales. Tal evolución no implica **infracción del art. 103 II GG,** pese a que la limitación de la legítima defensa determina, lógicamente, una ampliación de la punibilidad en todos los preceptos penales a los que puede contraponerse aquélla en forma de proposición permisiva. El art. 103 II GG no es aplicable a las causas de justificación, ya que, a diferencia de la regulación de la imputabilidad (§ 20) o de la tentativa (§ 22), las mismas no cuentan entre las normas de la parte general que determinan de forma inmediata los presupuestos de la punibilidad o el grado de merecimiento de pena de los distintos delitos, sino que influyen sólo mediatamente en los límites de la punibilidad (cfr. sobre esto *supra*, § 15 III 2c). Pero, aun cuando se admitiese la aplicación del art. 103 II GG a las causas de justificación, ello no plantearía problemas de licitud respecto de las restricciones que hoy se efectúan de la legítima defensa, pues las mismas se siguen del sentido del § 32 y son compatibles con su tenor literal (interpretación restrictiva).[29]

26 Así la concepción más generalizada; cfr. RG 55, 82 (83); 71, 133 (134); BGH GA 1969, 23; *Dreher*, § 32 Anm. 16; *Lackner*, § 32 Anm. 2 y ss.; *LK (Baldus)*, § 32 Anm. 20; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 86.

27 Cfr. *Bockelmann*, Engisch-Festschrift, pág. 467; *el mismo*, Dreher-Festschrift, pág. 247; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 144; *Kinnen*, MDR 1974, 631; *Rupprecht*, JZ 1973, 264. En contra, *SK (Samson)*, § 32 Anm. 35.

28 Cfr. *Rupprecht*, JZ 1973, 263; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Anm. 39.

2. La Comisión especial para la reforma del Derecho Penal quiso ofrecer una base legal para las restricciones ético-sociales de la legítima defensa mediante el mantenimiento de la fórmula según la cual el hecho debe resultar "requerido" *(geboten)* por la legítima defensa (cfr. *supra*, § 32 I 3).[30] No obstante, el recurso a la cláusula referida resulta equivocado, porque, de una parte, la misma contiene únicamente un principio regulativo sin ulteriores criterios[31] y, de otra parte, la historia legislativa muestra que el requisito de que el hecho resulte "requerido" *(Gebotenheit)* equivale al de "necesariedad" *(Erforderlichkeit)*.[32] Las demás **cláusulas generales** utilizadas en la doctrina y la Jurisprudencia tampoco resultan acertadas, y sólo contribuyen a hacer insegura la delimitación de la legítima defensa. Así sucede con la exigibilidad,[33] con el principio de adecuación,[34] con la idea de la responsabilidad social,[35] con el principio de proporcionalidad,[36] y con la prohibición de abuso del Derecho.[37]

Ejemplos: La renuncia momentánea a la inviolabilidad de la morada sería exigible cuando el autor, al entrar en su vivienda determina una nueva agresión por parte de su imprevisible contrincante, que probablemente sólo hiriéndole de muerte podría repeler (BGH NJW 1962, 308).[38] A quien es agredido por un camorrista en una posada le sería exigible requerir la ayuda del posadero para evitar una reyerta (RG 71, 133 [134]).[39] Frente a la agresión del marido, la mujer sólo podría elegir un medio de defensa posiblemente mortal si aquél atenta contra su vida (BGH NJW 1969, 802 con comentario discrepante de *Deubner*, NJW 1969, 1.184).

29 Cfr. *Lenckner*, GA 1968, 9; *Stree*, en: *Roxin* y otros, Einführung, página 36, en contra de *Kratzsch*, GA 1971, 75 y ss.

30 En esto se basan también, por ejemplo, *Baumann*, Allg. Teil, págs. 317 y ss.; *Dreher*, § 32 Anm. 18; *Himmelreich*, GA 1966, 129; *Lackner*, § 32 Anm. 3a.

31 Así, con razón, *LK (Baldus)*, § 53 Anm. 29; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, páginas 382 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Anm. 44; *Stree*, en: *Roxin* y otros, Einführung, págs. 35 y ss.

32 Cfr. *Bockelmann*, Honig-Festschrift, pág. 24.

33 Así RG 66, 244; BGH *Dallinger* MDR 1958, 12; *Henkel*, Mezger-Festschrift, pág. 272; *el mismo*, Recht und Individualität, pág. 67; *Himmelreich*, GA 1966, 130; *Busse*, Nötigung im Straßenverkehr, pág. 133.

34 Así E 1925, § 21 II; BGH NJW 1969, 802; BayObLG NJW 1963, 825.

35 Así *Kratzsch*, Grenzen der Strafbarkeit, págs. 175 y ss.

36 Así *Eser*, Strafrecht I, núms. 9 A 18 y ss.; *Schroeder*, Maurach-Festschrift, pág. 137.

37 Así BGH 24, 356 (359); BGH NJW 1962, 308; *Schröder*, JuS 1973, 153; *Roxin*, NJW 1972, 1.821.

38 En contra, *Schröder*, JR 1962, 186; *Gutmann*, NJW 1962, 286.

39 En contra, *Roxin*, ZStW 75 (1963), pág. 564.

3. Las restricciones ético-sociales de la legítima defensa no pueden basarse en cláusulas generales de carácter formal que menoscaben la seguridad jurídica, sino que deben ponerse en relación con los principios fundamentales que constituyen y limitan aquella causa de justificación. Una parte de los casos admitidos por la doctrina y la Jurisprudencia pueden explicarse por la falta del interés en la afirmación del Derecho, mientras que otros casos se basan en la extrema disminución del interés de autoprotección en comparación con la puesta en peligro del agresor.

a) **Frente a *niños, jóvenes inmaduros, ebrios, enfermos mentales, sujetos que actúan bajo error, imprudentemente o en estado de necesidad* (§ 35), no es precisa la afirmación del ordenamiento jurídico,** pues su vigencia no se pone en entredicho, o lo hace sólo de forma irrelevante, por la agresión de aquéllos. En estos casos el fundamento de la legítima defensa radica únicamente en la facultad de autodefensa. Ello significa que el agredido ha de limitarse a la protección de los bienes y que sólo puede lesionar al agresor si no puede rehuirle sin abandonar el interés protegido.[40]

Ejemplos: Frente a expresiones injuriosas de un ebrio en una posada es preciso limitarse a una respuesta verbal y a rehuir, por lo demás, el ataque (BGH 3, 217); sin embargo, las consideraciones para con los ebrios no son ilimitadas (BGH GA 1956, 49; OGH austríaco JBl 1973, 273). El propietario de un terreno no puede emplear perros ni armas de fuego contra los paseantes que utilizan un camino privado que atraviesa su terreno creyendo erróneamente que era público (BayOLG MDR 1965, 65). El propietario de un automóvil no puede arrollar al dueño de un taller de reparaciones que, en la creencia errónea de que existía un derecho de prenda de la empresa, intercepta el paso del vehículo (AG Bensberg NJW 1966, 733).

La idea de la disminución esencial del interés de afirmación del Derecho sirve también de base a la restricción de la legítima defensa entre *sujetos unidos por estrechas relaciones personales*. El deber de consideración y protección de la otra parte predomina en estos casos con tanta claridad, que el atacado no puede emplear un medio de defensa posiblemente mortal si a él sólo le amenaza una lesión corporal leve (BGH NJW 1969, 802; GA 1969, 117; NJW 1975, 62 sobre la relación entre cónyuges; cfr. BGH *Dallinger* MDR 1958, 13 sobre la relación entre compañeros de trabajo).[41]

40 Así la doc. dom., cfr. *Blei*, Allg. Teil, págs. 130 y ss.; *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 96; *LK (Baldus)*, § 53 Anm. 32; *Lenckner*, GA 1961, 313; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 385 y ss.; *Roxin*, Kriminalpolitik, pág. 28; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 430. *Hruschka*, Dreher-Festschrift, pág. 206 y *Hirsch*, Dreher-Festschrift, págs. 228 y ss. proponen aplicar a estos casos el estado de necesidad del § 228 BGB (cfr. *infra*, § 33 II).

41 Cfr. sobre esto *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Anm. 53. En sentido crítico respecto de la legítima defensa de cónyuges, *Geilen*, JR 1976, 316 y ss.; *Deubner*, NJW 1969, 1.184. En contra por el art. 103 II GG *Kratzsch*, JuS 1975, 435 y siguientes.

El interés en la afirmación del Derecho debe negarse, además, cuando el autor ha provocado intencionalmente la agresión con objeto de poder lesionar impunemente a su agresor bajo la cobertura de la legítima defensa *(provocación intencional)*. Generalmente se excluye por completo en estos casos la justificación por legítima defensa,[42] pero lo correcto es no negar por completo al provocador el derecho a defenderse, sino sólo requerir que rehúya la agresión, aunque sea a costa de una leve lesión corporal.[43] Si resulta imposible rehuir, el provocador ha de poder defenderse, pues el Derecho no puede ponerlo ante el dilema insalvable de entregar sin resistencia su vida o integridad física al agresor o sufrir una pena.[44] La pena sólo resulta indicada para la acción de provocación en cuanto tal, en la medida en que la misma constituya una acción punible (por ej., una injuria).[45] Aunque no se halla totalmente excluido el interés de afirmación del Derecho, sí resulta aminorado en los casos en que el autor ha producido la situación de *legítima defensa* sin intención, pero *antijurídica y culpablemente*, mediante un comportamiento que determina como *consecuencia adecuada* la agresión (por ej., injurias, burlas). En tal caso, como también reconoce la doctrina dominante, el autor no pierde la facultad de defenderse, pero debe limitarse a oponer al agresor acciones defensivas de mínimo significado lesivo o de peligro. Sólo resultará lícita una lesión grave del agresor cuando el autor no pueda rehuirlo o ni siquiera haciéndolo le sea posible acudir a un medio de defensa más leve.[46]

Ejemplos: El autor, que había huido con su coche de un accidente de tráfico de poca importancia, tras haber dejado el vehículo, fue perseguido

42 Un sector niega la *voluntad defensiva* (así RG HRR 1940, núm. 1.143; BGH *Dallinger* MDR 1954, 335; *Kratzsch*, Grenzen der Strafbarkeit, pág. 39; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 62). Otro sector estima una "actio illicita in causa" (la provocación) (así *Baumann*, Allg. Teil, págs. 304 y ss. y 313; *Bertel*, ZStW 84 [1972], págs. 14 y ss.; *Dreher*, § 32 Anm. 23; *Kohlrausch/Lange*, II 2, antes de § 51; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, páginas 357 y ss.). Y un tercer grupo de autores niega todo derecho a la legítima defensa (así RG DR 1939, 364; *Lackner*, § 32 Anm. 3a; *Roxin*, ZStW 75 [1963], págs. 558 y ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 432; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 88; *SK* [*Samson*], § 32 Anm. 27).

43 Cfr. *Lenckner*, GA 1961, 301 y ss.; *Schröder*, JuS 1973, 150.

44 Así *Bockelmann*, Honig-Festschrift, págs. 29 y ss.; *Hruschka*, Dreher-Festschrift, pág. 208, nota 29 (estado de necesidad defensivo), *Lenckner*, JZ 1973, 256; *Schroeder*, Maurach-Festschrift, pág. 140. Diferenciando, *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 387 y ss.

45 Estiman una "*actio illicita in causa*" integrada de la provocación y del acto defensivo, *Bertel*, ZStW 84 (1972), págs. 14 y ss. y 21 y ss.; *Eser*, Strafrecht I, núms. 11 A 19 y ss.; *Dreher*, § 32 Anm. 23; *Schröder*, JuS 1973, 161; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Anm. 57. En contra, acertadamente, *Roxin*, ZStW 75 (1963), págs. 541 y ss.; *el mismo*, NJW 1972, 1.822, así como *SK (Samson)*, § 32 Anm. 26. Dubitativo, *Lackner*, § 32 Anm. 3a.

46 Así *Lenckner*, JZ 1973, 255; *Roxin*, NJW 1972, 1.821; *Schröder*, JuS 1973, 157.

por el conductor del otro automóvil, quien corría hacia él gritándole que iba a matarlo. Cuando éste consiguió alcanzarlo y se arrojó sobre él, el agredido le asestó varias puñaladas mortales con una navaja (BGH 24, 356 afirma en principio la legítima defensa, pero requiere la comprobación de que el autor podía, rehuyendo, ganar el tiempo necesario para empezar únicamente amenazando con la navaja o emplear el arma de forma menos peligrosa). El autor que a consecuencia de una riña en una posada, en que ha tomado parte, se encuentra en una situación extremadamente peligrosa, debe rehuir al agresor que le acomete sólo con los puños, sin que le sea lícito derribarle (BGH 26, 143). El adúltero, al ser sorprendido, no puede defenderse de la agresión del marido empleando medios peligrosos (OLG Hamm NJW 1965, 1.928). Quien se ha esforzado durante largo rato en contener la agresión motivada por un comportamiento impropio de su parte, puede acabar propinando un puñetazo intencionalmente (BGH 26, 256 y siguientes).

b) Ciertamente, en la legítima defensa no importa la relación de valores existente entre el bien jurídico agredido y el menoscabado por la acción defensiva, puesto que tanto el interés de autoprotección como el de afirmación del Derecho son independientes de dicha relación entre los bienes afectados. Pero el **interés de autoprotección** puede experimentar, al ponerse en relación con la puesta en peligro del agresor, una **extrema aminoración,** en cuyo caso deberá negarse también el interés en la afirmación del Derecho, ya que no puede constituir el sentido del ordenamiento jurídico permitir la defensa en favor de bienes de escaso valor o frente a agresiones irrelevantes a costa de importantes lesiones del agresor. Por lo tanto, la legítima defensa no concurrirá cuando exista una desproporción inadmisible entre el bien jurídico atacado y la lesión y puesta en peligro del agresor.[47]

Ejemplos: Un guardia no puede disparar contra un ladrón que huye con una botella de jarabe de 10 céntimos de valor (OLG Stuttgart DRZ 1949, 42, con nota aprobatoria de *Gallas*). El derecho a utilizar una plaza de aparcamiento no puede imponerse mediante la amenaza de atropellar a quien lo impide (BayObLG NJW 1963, 824). Un melocotonero no puede protegerse mediante una instalación eléctrica que causa la muerte del ladrón (OLG Braunschweig MDR 1947, 205).

Distinto a los casos de crasa desproporción entre los bienes afectados es el de la *defensa frente a meras incorrecciones ("Unfugabwehr")*. Aquí todo el proceso permanece en el ámbito de la insignificancia, por lo que a menudo habrá que negar ya la presencia de una

47 Así la doc. dom., cfr. *Dreher*, § 32 Anm. 20; *LK (Baldus)*, § 53 Anm. 31; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 386; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Anm. 50; *SK (Samson)*, § 32 Anm. 22. En distinto sentido, sobre todo, *Schmidhäuser*, Honig-Festschrift, pág. 198.

"agresión",[48] como sucede en los apretujones antideportivos que tienen lugar mientras se guarda cola para el telesquí o al subir desconsideradamente en un tranvía abarrotado. En el ámbito de lo insignificante puede, sin embargo, ser atacadas también posiciones jurídicas que no pueden desatenderse sin más, como ocurre, por ej., con el abandono indebido de las inmundicias en el jardín del vecino, las gamberradas impertinentes de estudiantes, las bromas pesadas de carnaval, las incorrecciones groseras en fiestas populares, o las intromisiones en los bailes. Pero en estos casos el interés amenazado es generalmente tan insignificante que toda defensa que vaya más allá de la pura repulsa verbal resultará incorrecta desde el punto de vista de la falta de importancia de todo el proceso.[49]

Ejemplo: El cliente de un bar al que, en el curso de un intercambio de palabras, otro cliente le pone con fuerza la mano sobre el hombro, no puede contestar con un puñetazo en el rostro (BGH LM § 53 núm. 3). El enfocar a otro con una linterna no constituye normalmente agresión alguna (KG JW 1935, 553).

IV. El auxilio necesario

1. La legítima defensa puede ejercerse por cualquiera en favor de un tercero que resulte agredido (§ 32 II "para apartar de sí *o de otra persona*"), sin que sea necesario, como en el estado de necesidad exculpante (§ 35), que se trate de un pariente o de otra persona igualmente próxima (auxilio necesario). Los **presupuestos del auxilio necesario** deben enjuiciarse según las circunstancias del tercero al que se presta ayuda. En especial, además de la voluntad defensiva del auxiliador, es precisa también la del agredido, pues nadie está legitimado para imponer a otro su auxilio si éste no desea defenderse o quiere hacerlo sin ayuda de un tercero (BGH 5, 245 [248]; BGH JZ 1976, 138).[50] Evidentemente, el tercero no precisa conocer la agresión (RG 55, 167). La prestación de auxilio no resulta, en principio, obligada, aunque del § 330c, del Derecho de familia o del Derecho público pueden desprenderse deberes de socorro.

2. El auxilio necesario también es lícito en favor del Estado o de otras Corporaciones de Derecho público, si se trata de la defensa de bienes jurídicos individuales **(auxilio necesario del Estado).** En cambio, está vedado al particular el auxilio necesario respecto del orden público o del ordenamiento jurídico en su conjunto, así como el auxilio necesario en favor del Estado mismo cuando persiga la protección de los bienes jurídicos es-

48 Cfr. *Oetkner*, Frank-Festgabe, t. I, págs. 360 y ss.
49 Cfr también *Arzt*, Schaffstein-Festschrift, págs. 82 y ss.
50 Cfr. *LK (Baldus)*, § 53 Anm. 19; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Anm. 25 y ss. De distinta opinión, *Schroeder*, Maurach-Festschrift, pág. 141; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 356.

tatales en sentido estricto (cfr. *supra*, § 32 II 1b). Sobre el auxilio necesario por parte de funcionarios de Policía, cfr. *supra*, § 32 II 2c).

V. Legítima defensa y convención de los derechos del hombre

Se discute la cuestión de si la legítima defensa del § 32 ha resultado restringida por la **Convención Europea para la Protección de los Derechos del Hombre y sus Libertades Fundamentales** de 1950 (BGBl. 1952 II, pág. 686), que se halla vigente con el rango de una ley federal ordinaria (BayVerfGH NJW 1961, 1.619). La MRK, en su art. 2 IIa, únicamente permite el dar muerte intencionalmente[51] a una persona (aparte de dos casos más) si tiene lugar como consecuencia del empleo de violencia de todo punto necesario para la defensa de otra persona frente a otra aplicación de violencia antijurídica. De ahí se deduce, con frecuencia, que el homicidio intencional sólo puede resultar justificado por la legítima defensa si tiene lugar para defender la vida, la integridad física o la libertad de una persona frente a una utilización de violencia antijurídica, de modo que, por ejemplo, el homicidio por arma de fuego del atracador que huye con el botín no resultaría incluido.[52] Tal restricción, que resulta extraña al pensamiento jurídico continental europeo, por lo menos en su moderna evolución, no puede encontrar aplicación alguna a las relaciones recíprocas de los particulares. De acuerdo con la finalidad de la Convención, que es la de impedir los abusos del Estado frente a los particulares, y no la de interferir en la fundada tradición jurídica de una parte de los Estados miembros, debe entenderse, mejor, que la Convención de los Derechos del Hombre sólo quiere regular las *relaciones entre el poder estatal y los ciudadanos*.[53] El art. 2 IIa resultará, ciertamente, de aplicación cuando el poder estatal actúe como auxiliador necesario, pero nunca entrará en consideración como acción necesaria de auxilio por parte de la policía el homicidio "intencional" del agresor para proteger valores patrimoniales. En definitiva, pues, la regulación de la legítima defensa no resulta afectada por la MRK.

51 El elemento "intentionally", o "intentionellement", de los textos inglés o francés, no significa, como *Echterhölter*, JZ 1956, 143 supone, "dolo" en sentido general, sino "intención dirigida a la producción del resultado; cfr. *Kenny/Turner*, Outlines, pág. 36; *Merle/Vitu*, Traité, págs. 586 y ss. También así *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Anm. 62; *Blei*, Allg. Teil, pág. 131.

52 Así *Maunz/Dürig/Herzog*, art. 1 Anm. 62 y art. 2 II Anm. 15; *Baumann*, Allg. Teil, págs. 323 y ss.; *Echterhölter*, JZ 1956, 143; *Woesner*, NJW 1961, 1.381; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 436; *SK (Rudolphi)*, § 32 Anm. 30.

53 Así la doc. dom.; cfr. *Blei*, Allg. Teil, pág. 131; *Bockelmann*, Engisch-Festschrift, págs. 459 y ss.; *el mismo*, Dreher-Festschrift, págs. 249 y ss.; *Dreher*, § 32 Anm. 21; *LK (Baldus)*, § 53 Anm. 40; *Krüger*, NJW 1970, 1.485; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 383; *Partsch*, Europäische MRK, pág. 336; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 343 y ss.; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 86; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 61.

VI. Exceso en la legítima defensa y legítima defensa putativa

1. Pese a la concurrencia a una situación de legítima defensa, la acción defensiva no estará justificada cuando el autor sobrepase los límites de la necesariedad consciente o inconscientemente **(exceso en la legítima defensa)**. Según el § 33, sin embargo, la culpabilidad resultará excluida si se ha actuado en situación de transtorno, miedo o terror (cfr. *infra*, § 45 II).

2. La justificación de la acción defensiva presupone que la situación de legítima defensa haya concurrido realmente y que la defensa sea necesaria cualitativa y cuantitativamente. Si el autor actúa bajo error **(legítima defensa putativa)**, la defensa será antijurídica. Se encontrará entonces en un error sobre el tipo permisivo, relativo a los presupuestos de la legítima defensa, que debe contemplarse como un error *sui generis* (cfr. *infra*, § 41 III 2).

VII. Derecho comparado

En el Derecho Penal extranjero los presupuestos de la legítima defensa se hallan delimitados generalmente con criterio más restrictivo que en el Derecho alemán. En especial, a menudo se requiere la proporcionalidad entre los valores correspondientes a los bienes jurídicos agredido y defendido. En el nuevo StGB *austríaco* se limita la legítima defensa a la defensa de la vida, la salud, la integridad corporal, la libertad y el patrimonio (§ 3 I 1). No son defendibles, según esto, por ejemplo, el honor, la esfera íntima y los derechos de familia.[54] En el § 3 I 2 se excluye la legítima defensa si el interés de autoprotección resulta insignificante en comparación con la gravedad de la lesión del agresor. El StGB *suizo* pone de relieve la idea de proporcionalidad en su art. 33 I mediante la fórmula de que la agresión ha de repelerse "de una forma adecuada a las circunstancias".[55] En *Francia*, la letra del art. 328 C. P. limita la legítima defensa, como es tradicional, a las agresiones a la vida y a la integridad física, pero ello se interpreta de forma extensiva. Según la doctrina, en todo caso ha de tener lugar una ponderación de bienes si la agresión no se dirige contra la vida o la integridad, sino sólo contra cosas. El homicidio o lesión grave del agresor a consecuencia de la defensa se considera en tal caso constitutivos de un exceso antijurídico en la legítima defensa.[56] La jurisprudencia es en ocasiones menos rigurosa, y el art. 329 admite, además, los llamados casos

54 Cfr. *Leukauf/Steininger*, § 3 Anm. D 1a. Sobre legítima defensa frente a ebrios, OGH JBl 1973, 273.

55 Cfr. *Hafter*, Allg. Teil, pág. 147; *Schultz*, Einführung I, pág. 172; ejemplos prácticos en *Schwander*, Das schweiz. StGB, pág. 84 y *Dubs*, SchwZStr 89 (1973), págs. 337 y ss.

56 Cfr. *Bouzat*, Traité, t. I, págs. 363 y ss.; *Merle/Vitu*, Traité, págs. 435 y ss.; *Stefani/Levasseur*, Droit pénal général, págs. 166 y ss.; *Vouin/Léauté*, Droit pénal, págs. 69 y ss. Sobre el Derecho belga, de acuerdo *Marchal*, Rev dr pén crim 47 (1967), págs. 968 y ss. Cfr. sobre los Derechos francés, suizo y austríaco, también *Maria Gabriele Franke*, Grenzen der Notwehr, tesis, Freiburg, año 1976.

"privilegiados" de legítima defensa, como la que tiene lugar respecto de atracadores nocturnos. También el Derecho *italiano*, que en el art. 52 del Código Penal determina expresamente que la acción defensiva "ha de ser proporcional a la agresión", se requiere por la doctrina dominante proporcionalidad entre el interés lesionado por la defensa y el protegido.[57] El Código Penal *español* requiere en el art. 8, núm. 4 II, la "necesidad racional" del medio defensivo, que con frecuencia se interpreta como elemento de proporcionalidad.[58] El art. 41 I del W. v. S. *holandés* no contiene ninguna alusión directa al principio de proporcionalidad, pero en la literatura se infiere esta restricción del elemento de "necesariedad" *(Gebotenheit)*.[59] El Derecho *inglés* contiene en la actualidad, en el art. 3 *Criminal Law Act* 1967, un precepto general para la legítima defensa que apunta al "razonable uso de la fuerza" y, así, otorga amplio ámbito al principio de proporcionalidad. Pero parece que en último extremo se permite el homicidio del ladrón que huye con el botín.[60] También en el Derecho *americano* la regulación de la legítima defensa se diferencia notablemente de la alemana. En especial, la defensa respecto de una agresión que no suponga peligro para la vida no puede consistir en una utilización de violencia que ponga en peligro la vida,[61] e incluso en caso de agresión que la comprometa, se exige con frecuencia al agredido que busque su salvación en la retirada antes de acudir a un medio de defensa extremo.[62] En el StGB de la *RDA*, según el § 17, la legítima defensa sólo concurre si tiene lugar en forma adecuada. El mal que amenaza no puede ser desproporcionadamente menor que la lesión del agresor (OG DDR NJ 1973, 579).[63] No obstante, el § 17 StGB RDA justifica, también, expresamente el rechazo de agresiones contra el orden socialista del Estado y de la sociedad.

* * *

I. Esencia de la legítima defensa

La doble fundamentación atribuida en el texto a la legítima defensa, que apunta en ella a un aspecto jurídico-individual *y a otro* jurídico-social, *no sólo constituye la doctrina actualmente dominante en Alemania, sino que ha encontrado acogida en nuestro país, en particular en la fundamental mono-*

57 Cfr. *Bettiol*, Diritto penale, págs. 325 y ss.; *Grosso*, Difesa legittima, página 17; *Nuvolone*, Sistema, pág. 194.

58 Así *Jiménez de Asúa*, Tratado, t. I, pág. 217; *Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo*, art. 8, núm. 4 Anm. II 2; pero en contra, *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal, págs. 486 y ss.

59 Cfr. *van Bemmelen*, Ons strafrecht, págs. 216 y ss.; *D. Hazewinkel-Suringa*, Inleiding, págs. 285 y ss.; *Pompe*, Das niederländische Strafrecht, página 70.

60 Cfr. *Smith/Hogan*, Criminal Law, pág. 290; *Kerll*, Das englische Notwehrrecht, págs. 15 y ss y 119 y ss.

61 Cfr. *Honig*, Das amerikanische Strafrecht, págs. 145 y ss.; *J. Hall*, General Principles, págs. 434 y ss.

62 Cfr. *Beale*, HarvLR 16 (1903), pág. 567.

63 Cfr. *Strafrecht der DDR (Neuhof/Orschekowsky)*, § 17 Anm. 3; en contra de una excesiva restricción de la legítima defensa *Bein*, NJ 1973, 146 y ss.; y *Lekschas/Renneberg*, Lehrbuch, pág. 403. Cfr. también *Schroeder*, Maurach-Festschrift, págs. 136 y ss.

grafía de Luzón Peña.[1] *Debe notarse, no obstante, que hasta ahora había dominado por completo en la doctrina española una fundamentación exclusivamente* individualista *de la legítima defensa, enraizada en la idea del* instinto de conservación o, *más sutilmente, en la de* protección del bien jurídico,[2] *lo que contrasta con la importancia que en Alemania ha tenido el destaque del fundamento supraindividual de afirmación del Derecho.*[3]

II. Estructura de la legítima defensa

1. a) *En España ha tenido y tiene mucho más arraigo que en Alemania la concepción de la* **agresión** *como empleo de fuerza material, esto es, como* acometimiento. *Mientras que en Alemania sólo contados autores han sostenido esta interpretación restrictiva, en España existe una importante tradición doctrinal en este sentido y, sobre todo, una jurisprudencia constante del TS.*[4] *No obstante, a partir de* Jiménez de Asúa *ha ido ganando terreno la concepción amplia de la agresión, que hoy es defendida por nuestra mejor doctrina*[5] *y acogida por SS. TS recientes como las de 12-2-70, 25-3-74, 22-10-74 y, aunque como posibilidad excepcional, 21-5-75 y 18-6-75.*

En nuestro país se requiere también que la agresión posea carácter de acción, *quedando sólo para los casos de ataques de sujetos que actúan sin acción el estado de necesidad (art. 8, 7.°). Éste resulta insuficiente para los casos en que la única forma de evitar una lesión grave es causar otra mayor o incluso la muerte al que ataca sin acción. Este inconveniente se evitaría por medio de la figura germánica del "estado de necesidad defensivo" o "defensa contra cosas" (§ 228 BGB), concebido con la amplitud necesaria para cobijar peligros emanados de las cosas y animales como de sujetos sin acción, pues tal figura permite que se cause a éstos un daño superior que el que amenaza, a condición de que el daño causado no resulte por completo "desproporcionado" respecto del peligro.*[6]

La posibilidad de que la agresión se halle constituida por una omisión *se rechaza lógicamente por quienes conciben aquélla como acometimiento y, por tanto, por la jurisprudencia dominante,*[7] *mas se admite por un sector sin restricciones*[8] *o limitada al supuesto de que la omisión ponga en peligro un bien jurídico particular,*[9] *lo que parece correcto, ya que de lo contrario*

1 Cfr. *Luzón Peña*, Aspectos esenciales de la legítima defensa, Barcelona, 1978, pp. 79 ss. y también 58 ss. Le sigue *Rodríguez Mourullo*, Legítima defensa real y putativa, Madrid, 1976, pp. 60, 65-66, 69-76. En posiciones próximas anteriormente *Antón Oneca*, PG p. 239; *Rodríguez Devesa*, PG p. 534.

2 Vid. las referencias en *Luzón Peña*, op. cit., pp. 41 ss.

3 Vid. *Luzón Peña*, op. cit. pp. 47 ss.

4 Cfr. *Luzón Peña*, op. cit. pp. 132 ss.

5 Así, por todos: *Luzón Peña*, pp. 133 ss.; *Magaldi*, La legítima defensa en la jurisprudencia española, Barcelona, 1976, pp. 40 y 43.

6 Cfr. *Luzón Peña*, op. cit., pp. 143 ss., en particular p. 148 nota 99.

7 Cfr. referencias en *Luzón Peña*, op. cit., p. 153, nota 119; TS 21-5-1975.

8 Así *Antón Oneca*, PG p. 244; *Jiménez de Asúa*, Tratado IV (1961) p. 165; *Díaz Palos*, La legítima defensa, Barcelona, 1971, pp. 58 y 109.

9 Así, con profusa contemplación de supuestos problemáticos, *Luzón Peña*, op. cit. pp. 160 ss.

faltaría uno de los pilares en que se apoya la legítima defensa: el aspecto individual *de necesidad de protección de un bien jurídico particular.*

Un sector doctrinal, acaso mayoritario, y la jurisprudencia requieren en nuestro país — a diferencia de lo que sucede en Alemania — que la agresión sea dolosa, *lo que principalmente se fundamenta en el sentido literal de aquel término (por lo demás coincidente en este punto con el alemán "Angriff").*[10] Luzón *añade importantes consideraciones que intentan poner de manifiesto la* imposibilidad *de una agresión imprudente frente a la que quepa legítima defensa: o bien sucederá — entiende — que mientras el sujeto tiene bajo su control la realización de la conducta imprudente todavía no existe peligro inminente para algún bien jurídico individual y cuando este peligro se presente es por pérdida del control por el sujeto, en cuyo caso ni en uno ni en otro momento cabrá hablar de agresión por falta de peligro inminente o del control de la voluntad, o bien cuando el sujeto no pierda el control al producirse el peligro inminente bastará con avisarle o detener su acción sin lesionarlo.*[11] *Esta interpretación se confirma a juicio del mismo autor, por la exigencia, que entiende impone nuestro Derecho, de que la agresión sea penalmente típica, pues la imprudencia no alcanza este carácter hasta que se produce el resultado, momento en que deja de ser actual la legítima defensa.*[12]

Aunque la enjundia de estos argumentos y el rigor y amplitud con que se desarrollan exigen un examen detenido que no es posible aquí, resumiré brevemente mi opinión frente a los mismos: Por lo que respecta al primer grupo de consideraciones, entiendo que, si bien ponen de relieve las dificultades con que de hecho tropieza la posibilidad de legítima defensa frente a una agresión imprudente, no alcanzan a excluirla radicalmente. De una parte, no cabe descartar que la conducta descuidada suponga un peligro inminente para un bien jurídico individual sin que por ello escape al control del sujeto (así, cuando éste calcula erróneamente que su conducta, controlada en todo momento, no va a lesionar el bien jurídico); de otra parte, en estos casos no puede decirse que baste el avisar al sujeto o detenerle sin lesionar sus bienes jurídicos, pues aquél puede creer infundado el aviso o la acción de impedirle su conducta puede implicar inevitablemente una lesión. Por lo que afecta a la segunda vía argumental, si bien es evidente que la imprudencia no es delito hasta la producción del resultado, aparte de que ya es discutible que sea precisa la limitación de la legítima defensa a la evitación de hechos penalmente *antijurídicos, lo único que puede llegarse a exigir es que la defensa sea necesaria para la evitación de un delito, no que* en sí misma *constituya delito.*[13] *Creo, pues, que con ser difícil que en la práctica se produzcan sus requisitos, no es posible descartar la posibilidad de agresiones imprudentes frente a las cuales quepa legítima defensa.*

Cabe suponer que los causalistas españoles que consideran el caso for-

10 Cfr. referencias en *Luzón Peña*, op. cit. pp. 117 s. En contra, sin embargo, un sector importante: cfr. *Córdoba Roda*, Comentarios I pp. 241 s.; *Magaldi*, op. cit., pp. 130 s.; *Quintano*, Tratado I (1972) p. 639; *Rodríguez Devesa*, PG páginas 539 n. 50.

11 Cfr. ampliamente y con ejemplos *Luzón Peña*, op. cit. 181 ss.

12 Cfr. *Luzón Peña*, op. cit. pp. 192 s.

13 Así lo reconoce luego con gran claridad *Luzón Peña*, op. cit. pp. 522 y 528 s.

tuito *como una causa que no excluye la antijuricidad, sino sólo la culpabilidad*[14] *admiten la tesis del texto, según la cual no es preciso que la agresión sea por lo menos imprudente. En cambio, en nuestro país se niega la posibilidad de afirmar la presencia de una agresión "ilegítima" en el caso fortuito una vez admitido — como el texto — que el caso fortuito excluye la propia antijuricidad.*[15]

También en España se niega la legítima defensa en caso de riña, *según proclama una jurisprudencia tradicional y uniforme, que se funda unas veces, como en el texto, en la afirmación de ausencia de agresión, otras en la falta de carácter defensivo de las intervenciones y, también, en la razón fáctica de "imposibilidad de establecer de quién parte la agresión".*[16]

b) *En cuanto a los* **bienes defendibles,** *aunque en nuestro país predomina* también la doctrina que no los restringe, la jurisprudencia dominante los *limita a la vida, la integridad física, la honestidad, la honra y el honor conyugal, además de los bienes y la morada que expresamente menciona el artículo 8, 4.°.*[17] *Precisamente esto último constituye una nota que diferencia a nuestro CP del alemán desde 1944 en que se introdujo dicha referencia a los bienes y a la morada para obligar al TS a* ampliar *su doctrina,*[18] *aunque de hecho vino a* restringir *el verdadero alcance de la eximente, que antes se extendía a la defensa de la "persona o derechos", sin restricciones, y ahora condiciona a ciertos requisitos particulares la defensa de los bienes y la morada.*[19] *Uno de ellos es que el ataque a estos derechos constituya "delito",*[20] *de lo que deduce* Luzón *la necesidad de, por coherencia, requerir que también en los demás casos se restrinja la posibilidad de legítima defensa a los supuestos de agresión a bienes jurídico-*penalmente *protegidos.*[21]

En favor de la exclusión de los bienes colectivos *y, en particular, del Estado en cuanto realidad política*[22] *podría alegarse en nuestro CP la previsión expresa de la legítima defensa de* terceros, *que* a sensu contrario *impide extender la exención más allá de la defensa de "la persona o derechos de un extraño" (art. 8, 6.°).*

c) *El adjetivo* **"ilegítima"** *que el CP refiere a la agresión se interpreta*

14 Así *Rodríguez Mourullo*, Comentarios I, pp. 309 ss.

15 Así *Luzón Peña*, op. cit. pp. 251 ss.; *Magaldi*, op. cit. p. 31.

16 Cfr. *Magaldi*, op. cit. pp. 101 ss.

17 Cfr. *Luzón Peña*, op. cit. pp. 349 ss. 375 ss.; *Magaldi*, op. cit. pp. 166 ss. 172 ss. La mención a los bienes y a la morada desaparece en el Proyecto 1980 (artículo 26, 5.°).

18 Cfr. *Magaldi*, op. cit. p. 167.

19 Cfr. *Luzón Peña*, op. cit. pp. 346, 417.

20 Expresión empleada en relación a la agresión a los bienes que se entiende por la doctrina ya como comprensiva de toda infracción penal (así, *Magaldi*, op. cit. pp. 188 s.), ya como "delito" en sentido estricto, frente a las "faltas" (así *Luzón Peña*, op. cit. pp. 518 ss.). Respecto de la morada sólo constituye agresión ilegítima la primera alternativa típica del delito del art. 490 (entrada indebida).

21 Cfr. *Luzón Peña*, op. cit. pp. 524 ss., con argumentos materiales importantes, pp. 518 ss.; en p. 516 se pone de manifiesto la existencia de una importante corriente doctrinal en el mismo sentido restrictivo a las agresiones típicas, suscrita por la jurisprudencia.

22 Así *Luzón Peña*, op. cit. pp. 563 s.; *Magaldi*, op. cit. pp. 267 s., que, como el texto, estima respecto del Estado preferible el estado de necesidad y admite en cambio la legítima defensa de los bienes privados del Estado.

generalmente como equivalente al de "antijurídica", empleado por el StGB, lo que hace que la problemática al respecto sea coincidente.[23] *Sobre el rechazo de un concepto de antijuricidad específico en orden a la legítima defensa, que pueda discrepar del concepto general de antijuricidad para quienes adoptan la concepción del injusto personal, en el sentido del texto de requerir* sólo *para la agresión el desvalor* del resultado, *sin necesidad de dolo ni imprudencia, cfr.* supra *en esta nota I 1* a) *lo dicho sobre el* caso fortuito.[24]

d) *La doctrina y la jurisprudencia absolutamente dominante exigen también en España la* ***actualidad*** *de la agresión.*[25]

2. a) *Nuestra doctrina se halla dividida sobre la necesidad de* ***voluntad defensiva,*** *si bien va ganando terreno la posición que la exige, aunque no sea como motivo* exclusivo *de la defensa. En esta línea, el TS llega a reclamar en ocasiones la exclusividad del ánimo defensivo, aunque acaso con la sola finalidad de excluir los supuetos de riña.*[26]

b) *El CP requiere expresamente la "****necesidad racional*** *del medio empleado para impedirla o repelerla" (la agresión). Ello se interpreta en el sentido de que no es precisa una exacta necesidad, contemplada la situación* ex post, *sino que basta que el medio aparezca como necesario ex ante y a la vista de la concreta situación de defensa, en la cual no cabe esperar la serenidad exigible en otras circunstancias.*[27] *El TS cae con frecuencia en la pura comparación material de los instrumentos de ataque y de defensa, lo que, con razón, se censura por la doctrina.*[28]

III. Restricciones de la legítima defensa

En nuestro país se ha suscitado el problema de la posibilidad de restringir la legítima defensa en casos de desproporción ante los bienes en conflicto, *aunque a lo sumo la doctrina se remite a principios generales como el de la* no exigibilidad.[29] *Menor atención se ha dedicado a la problemática que plantea la agresión de* inimputables *o* inculpables.[30] *Personalmente propondría el siguiente planteamiento: en cuanto es* antijurídica *la* acción *agresiva parece lógico que deba admitirse la legítima defensa, mas en la medida en que aquella agresión proceda de un* sujeto inculpable *sobre el cual (¡no sobre la acción antijurídica!) ha de recaer necesariamente la defensa, acaso deba*

23 Cfr. *Luzón Peña,* op. cit. pp. 195 ss.; *Magaldi,* op. cit. pp. 70 ss.

24 Cfr. en este sentido *Luzón Peña,* op. cit. pp. 203 s.; *Magaldi,* op. cit. páginas 71 ss.

25 Cfr. *Magaldi,* op. cit. pp. 54 ss.

26 Cfr. *Magaldi,* op. cit. pp. 227 ss.; *Córdoba,* Comentarios I pp. 247 ss.; cfr. *supra* nota de Derecho español al § 31, IV 1.

27 Cfr. *Córdoba,* Comentarios I p. 265; *Antón Oneca,* PG p. 247.

28 Cfr. *Magaldi,* op. cit. pp. 219 ss.; *Antón Oneca,* PG p. 248.

29 Cfr. *Antón Oneca,* PG p. 247; *Córdoba,* I p. 245 s.; *Quintano,* Curso I página 373.

30 La doc. dom. no prevé restricción alguna en tales casos (cfr. p. ej.: *Rodríguez Devesa,* PG p. 539). En contra, a partir de un concepto de "ilegitimidad" que requería la culpabilidad, *Silvela,* El Derecho Penal I (1903) p. 137, y una corriente jurispr. que sostiene que una agresión es ilegítima cuando no hay "razón ni motivo que la justifique ni *disculpe*" (cfr. en sentido crítico *de lege lata Luzón Peña,* op. cit. pp. 253 ss.).

restringirse el ejercicio de ésta dentro de los límites *del estado de necesidad o, en su caso, del miedo insuperable; de la misma forma que la pena no puede alcanzar al inculpable pese a haber realizado un hecho antijurídico, porque la pena no se dirige a la* acción *sino a su* autor.

En el art. 8, 4.°, requisito 3.° (art. 26, 5.°, requisito 3.°), se restringe expresamente la legítima defensa por el requisito de "falta de provocación *suficiente por parte del que se defiende". La doctrina, que ha denunciado tal requisito como manifestación del "*versari in re illicita" *(la provocación inicial excluye la justificación de la acción defensiva posterior), intenta limitar su alcance mediante la exigencia de "adecuación" y de "proporcionalidad" entre la provocación y la agresión.*[31] *Mas tales límites son insuficientes y no pueden impedir que el provocador se vea obligado por la ley a soportar la pérdida de hasta la vida, si la provocación fue adecuada y proporcionada. A no ser, como creo posible, que la denegación de la legítima defensa al agresor no se considere incompatible con la subsistencia de otras eximentes, como las de* estado de necesidad *y* miedo insuperable, *que no hay razón para excluir si concurren sus elementos. Sólo en caso negativo deberá acudirse a la eximente incompleta de legítima defensa* (efecto oclusivo del tipo más benigno). *Cuando la provocación sea* intencional, *esto es, se dirija a provocar la agresión, faltará tanto la legítima defensa como el estado de necesidad (art. 8, 7.°, requisito 2.°; art. 26, 6.°, requisito 2.°, Proyecto 1980), subsistiendo sólo la posibilidad de miedo insuperable (art. 8, 10.°; art. 26, 8.°, Proyecto 1980). En todo caso se hallará excluida entonces tanto la legítima defensa completa como la incompleta, por la falta de toda necesidad de defensa (no había necesidad de haber de defenderse, porque ya podía haberse evitado la agresión.*[32]

IV. Legítima defensa de terceros

El CP español regula expresamente la legítima defensa de parientes *(artículo 8, 5.°) y de* extraños *(art. 8, 6.°), imponiendo límites que empañan el principio de que no es punible ninguna forma de participación en un hecho justificado. En cambio, el Proyecto 1980 unifica todos estos casos de legítima defensa refiriéndose en general a "el que obra en defensa de la persona o derechos,* propios o ajenos...".

V. Exceso en la legítima defensa y legítima defensa putativa

En el CP no existe una regulación expresa del exceso *en la legítima defensa. Ello se ha paliado en parte por una interpretación del adjetivo "ra-*

31 Cfr. *Antón Oneca,* PG pp. 248 s.; *Córdoba,* Comentarios I pp. 252 s. La posición de quienes exigen que la provocación constituya en sí misma una agresión ilegítima que justifique la reacción (así *Ferrer Sama,* Comentarios I pp. 186 ss.), aparte de inutilizar el requisito 3.° del art. 8, 4.ª (así *Córdoba,* Comentarios I página 252), desconoce que la provocación no es concepto que implique una "agresión", como puesta en peligro *actual* de bienes jurídicos, frente a la que quepa defensa, sino una incitación *tras* la que se *responde* una vez consumada cfr. *Antón Oneca,* PG p. 249.

32 Así para esto último *Antón Oneca,* PG p. 249. Fundamenta la misma solución en la falta del elemento subjetivo de justificación *Córdoba,* Comentarios I página 253.

cional", que la ley refiere a la necesidad de la defensa, en un sentido subjetivo que apunta a la razón del sujeto, no a la del espectador imparcial.[33] *Sobre la legítima* defensa putativa *cfr. las notas de derecho español* infra *al § 41.*

§ *33 El estado de necesidad justificante*

Amelung/Schall, Zum Einsatz von Polizeispitzeln..., JuS 1975, 565; *Azzali,* Stato di necessità, Novissimo Digesto Italiano, t. XVIII, 1971, págs. 356 y ss.; *Ballerstedt,* Anmerkung zu OLG Freiburg vom 26-10-1950, JZ 1951, 227; *Baumgarten,* Notstand und Notwehr, 1911; *Bockelmann,* Hegels Notstandslehre, 1935; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 12, 299, JZ 1959, 495; *Graf zu Dohna,* Recht und Irrtum, 1925; *Gallas,* Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80 (1968), pág. 1; *Geilen,* Anmerkung zu OLG Frankfurt vom 29-11-1974, JZ 1975, 380; *Gimbernat Ordeig,* Der Notstand..., Festschrift für H. Welzel, 1974, página 485; *Goldmann,* Die behördliche Genehmigung als Rechtfertigungsgrund, tesis Freiburg 1967; *Goldschmidt,* Der Notstand, ein Schuldproblem, Österr. Zeitschrift für Strafrecht 1913, 129; *Grünhut,* Grenzen des übergesetzlichen Notstands, ZStW 51 (1931), pág. 455; *Heinitz,* Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 266; *Henkel,* Der Notstand nach gegenwärtigem und zukünftigem Recht, 1932; *Hold v. Ferneck,* Die Rechtswidrigkeit, t. I, 1903, t. II, 1905; *Hruschka,* Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, Festschrift für E. Dreher, 1977, pág. 189; *Jansen,* Pflichtenkollisionen im Strafrecht, Strafr. Abh. Heft 269, 1930; *Arthur Kaufmann,* Rechtsfreier Raum..., Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 327; *Kienapfel,* Der rechtfertigende Notstand, ÖJZ 1975, 421; *Krey,* Grundfälle zu den Straftaten gegen das Leben, JuS 1971, 248; *el mismo,* Der Fall Peter Lorenz..., ZRP 1975, 97; *Küper,* Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung, JuS 1971, 474; *el mismo,* Zum rechtfertigenden Notstand bei Kollision von Vermögenswerten, JZ 1977, 515; *Ortrun Lampe,* Defensiver und aggressiver übergesetzlicher Notstand, NJW 1968, 88; *de Lazzer/Rohlf,* Der "Lauschangriff", JZ 1977, 207; *Lenckner,* Der rechtfertigende Notstand, 1965; *Mangakis,* Pflichtenkollision..., ZStW 84 (1972), pág. 447; *Marcetus,* Der Gedanke der Zumutbarkeit, Strafr. Abh. Heft 243, 1928; *Maurach,* Kritik der Notstandslehre, 1935; *Otto,* Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 2.ª ed., 1974; *el mismo,* Anmerkung zu OLG München NJW 1972, 2.275, NJW 1973, 668; *Palandt,* BGB, 35.ª ed., 1976; *Pröchel,* Die Fälle des Notstands nach anglo-amerikanischem Strafrecht, 1975; *Rittler,* Der unwiderstehliche Zwang etcétera, Festschrift für den OGH, 1950, pág. 221; *Roxin,* Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª ed., 1973; *el mismo,* An der Grenze von Begehung und Unterlassung, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 380; *Rudolphi,* Teilnahme an einer Notstandstat..., ZStW 78 (1966), pág. 67; *Scarano,* La non esigibilità nel diritto penale, 1948; *Eb. Schmidt,* Das Reichsgericht und der "übergesetzliche Notstand", ZStW 49 (1929), pág. 350; *el mismo,* Anmerkung zu OGH 1, 321, SJZ 1949, 559; *Siegert,* Notstand und Putativnotstand, 1931; *Stammler,* Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstands, 1878; *Staudinger (Seufert),* Sachenrecht, t. III, 1, 11.ª ed., 1956; *Stratenwerth,* Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 (1956), pág. 41; *Ulsenheimer,* Strafbarkeit des Garanten bei Nichtvornahme einer Rettungshandlung, JuS 1972, 254; *Wachinger,* Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts, Festgabe für R. v. Frank, t. I, 1930, pág. 469; *v. Weber,* Das Notstandsproblem..., 1925; *el mismo,* Von Diebstahl in rechter Hungersnot, MDR 1947, 78; *el mismo,* Die Pflichtenkollision im Strafrecht, Festschrift für W. Kiesselbach, 1947, página 233; *Weigelin,* Das Brett des Karneades, GS 116 (1942), pág. 88; *Welzel,* Anmerkung zu OGH 1, 321, MDR 1949, 373; *el mismo,* Zum Notstandsproblem, ZStW 63 (1951), pág. 47.

[33] Cfr. *Antón Oneca,* PG, p. 247.

I. Distinción de las clases de estado de necesidad

1. El estado de necesidad es, en el sentido jurídico más general de la expresión, un **"estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de los intereses legítimos de otra persona".**[1] Pero el estado de necesidad dista de constituir un fenómeno unitario, y abarca *casos de muy diversa naturaleza y configuración.* El mismo sentido jurídico ya nos indica que los distintos grupos de casos deben tratarse también de distinto modo en Derecho Penal. En todo caso, el aforismo "*necessitas legem non habet*" no ha de entenderse literalmente.

Ejemplos: El agredido da muerte a un perro rabioso para defenderse. Durante la extinción de un incendio resulta dañado el terreno colindante. Contra la voluntad del dueño, el bañista utiliza un bote que hay en la playa para salvar a quien se ahoga. El médico sobrepasa con su automóvil el límite de velocidad establecido, para llegar cuanto antes hasta un herido grave. El escalador corta la cuerda que le une con su compañero de expedición, que se precipita al abismo, para salvar su propia vida. Un tercero hace lo propio con objeto de salvar *por lo menos* a uno de los dos accidentados. El guardaagujas desvía el tren a una vía en la que trabajan algunos hombres, para evitar una catástrofe mucho mayor. El empleado es obligado mediante un arma a ayudar al atracador en la recogida del botín.

Desde la antigüedad, la ciencia jurídica no ha dejado de ocuparse en la búsqueda de la solución correcta de los distintos casos de estado de necesidad.[2] La doctrina moderna ha formulado, en primer lugar, la *teoría de la adequidad (Adäquitätstheorie).*[3] Se basa en *Kant,* que no consideró a la acción realizada en estado de necesidad como "*inculpabilis*", puesto que la presencia de la situación de necesidad no impide que contradiga el imperativo categórico, pero sí como "*impunibilis*", ya que cuando concurre una coacción irresistible no puede determinarse al autor a actuar conforme a Derecho. Según esto, el hecho cometido en estado de necesidad no podía ser castigado por razones de equidad. Por otra parte, se llegó a sostener que en caso de estado de necesidad el ordenamiento jurídico retira, en cierto modo, sus mandatos y prohibiciones, dejando la decisión a la conciencia del individuo *(teoría de la exención).* La concepción opuesta afirma que en caso de colisión entre la vida y otros bienes jurídicos de inferior valor existe un "*derecho de necesidad*" en favor de la primera. Tal punto de vista

1 Así *Bockelmann,* Allg. Teil, pág. 98; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, pág. 393; *Lenckner,* Notstand, pág. 7; *Wessels,* Allg. Teil, pág. 55. La definición alcanza, también evidentemente, a otras causas de justificación, en especial a la legítima defensa; cfr. *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 32 Vorbem. 67.

2 Cfr. sobre la historia dogmática *H. Mayer,* Lehrbuch, págs. 176 y ss.; *Weigelin,* GS 116 (1942), págs. 88 y ss.

3 Cfr. sobre esto *Hold v. Ferneck,* Die Rechtswidrigkeit, t. II, págs. 43 y ss.

se remonta a *Hegel*.[4] Sirvió de base a la elaboración de la "*teoría de la colisión*", que parte de la diferencia de valores entre los bienes jurídicos.[5] Como se ve, las distintas soluciones expuestas no constituyen meras gradaciones de un mismo principio,[6] sino dos perspectivas fundamentalmente divergentes. Pese a la diversidad de los casos que presenta el estado de necesidad, en la moderna dogmática se han mantenido durante largo tiempo "*teorías unitarias*", que han pretendido contemplar la totalidad de los supuestos bien como causas de exculpación, según el principio de adecuidad,[7] bien como causas de justificación, según el de la colisión.[8]

Goldschmidt[9] fue el primero en sustraer la doctrina del estado de necesidad de la situación "de lamentable confusión"[10] en que se encontraba, y en alumbrar una nueva comprensión del mismo por medio de una consideración diferenciadora. La **"teoría de la diferenciación"**,[11] reconocida hoy por la contraposición de estado de necesidad justificante y exculpante en los §§ 34 y 35, se pregunta si el ordenamiento jurídico, a la vista de todos los aspectos relevantes, aprueba como correcta la acción realizada en estado de necesidad o sólo la considera disculpable. Con arreglo a este baremo se distinguen los casos del estado de necesidad justificante y del exculpante.

2. Son **casos de estado de necesidad justificante** reconocidos por el Derecho Civil la defensa de cosas (§ 228 BGB) y el estado de necesidad jurídico-civil (§ 904 BGB).[12] Junto a los supuestos regulados por la ley apareció el llamado estado de necesidad "supralegal", desarrollado por la Jurisprudencia y la doctrina a partir del principio de la ponderación de bienes y deberes. En la actualidad, sin embargo, esta especie de estado de necesidad ha sido regulado legalmente como causa de justificación en lugares distintos. La regulación general para

4 Cfr. sobre esto *Bockelmann*, Hegels Notstandslehre, págs. 47 y ss.
5 La más clara formulación en *Stammler*, Notstand, pág. 74.
6 Pero así *Siegert*, Notstand, pág. 10.
7 Así, por último, *M. E. Mayer*, Lehrbuch, págs. 304 y ss.
8 Así *v. Hippel*, t. II, págs. 231 y ss. También así, recientemente, *Gimbernat Ordeig*, Welzel-Festschrift, págs. 492 y ss. También *Pompe*, Das niederländische Strafrecht, pág. 73, debe mencionarse en este sentido.
9 *Goldschmidt*, Österr. Zeitschrift f. Strafrecht 1913, 196, habla de un "microcosmos jurídico" en el que concurren tanto la culpabilidad como puntos de vista relativos al injusto.
10 Así *Löffler*, Österr. Zeitschrift f. Strafrecht 1912, 358.
11 Así la concepción más generalizada; cfr. *v. Weber*, Das Notstandsproblem, pág. 16; *Marcetus*, Zumutbarkeit, pág. 68; *Henkel*, Notstand, págs. 16 y ss.; *Lenckner*, Notstand, pág. 9; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 394 y ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 329; *Baumann*, Allg. Teil, pág. 325; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 Anm. 1; *SK (Rudolphi)*, § 35 Anm. 1; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 180; RG 61, 242 (252); BGH 2, 242 (243). *H. Mayer*, Lehrbuch, pág. 191, adopta una posición particular, al considerar la acción realizada en estado de necesidad según los §§ 52 y 54 ant. red., de acuerdo con la teoría de la exención, como "no prohibida"; cfr. también *el mismo*, Grundiß, págs. 92 y ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 476 y ss. sostiene, en cambio, la opinión de que en estos casos desaparece la "responsabilidad por el hecho" (cfr. sobre esto *infra*, § 39 V).
12 Cfr. también sobre las regulaciones especiales que siguen el ejemplo del § 904 BGB, *infra*, § 33 III 5.

el Derecho Penal se encuentra en el § 34, y la correspondiente al ilícito administrativo en el § 16 OWiG. Además, constituyen supuestos especiales de estado de necesidad justificante las indicaciones médica, eugenésica, ética y de necesidad previstas para la interrupción del embarazo (§ 218a I, núm. 2, II núms. 1-3). La autorización oficial se basa también en la solución de colisiones de intereses[13] (cfr. *infra*, § 33 VI). Al estado de necesidad justificante se contrapone el estado de necesidad exculpante (§ 35). La actual regulación resume los §§ 52 y 54 de la anterior redacción.

3. La distinción de estado de necesidad justificante y exculpante posee importantes **consecuencias.**[13a] En el primer caso, el hecho resulta justificado. Frente al estado de necesidad no cabe, por lo tanto, legítima defensa ni posibilidad de participación punible. En el segundo caso el hecho sólo se halla exculpado. El que resulte afectado por la acción ejecutada en estado de necesidad podrá oponer legítima defensa, y la participación en aquel hecho será punible si el partícipe no actúa también bajo el influjo de una situación de necesidad o es un pariente o persona próxima en el sentido del § 35 (§ 29).[14] Además, en caso de errónea suposición de la presencia de una situación de estado de necesidad, los preceptos aplicables serán distintos según que el error se refiera a un caso de estado de necesidad justificante o exculpante.

II. La defensa de cosas (estado de necesidad defensivo)

1. **La defensa de cosas** se halla próxima a la legítima defensa (RGZ 88, 211 [214]), pero manifiesta particularidades características. Según el § 228 BGB, es lícito dañar o destruir una cosa ajena para conjurar un **peligro que dicha cosa encierra,** si el daño o la destrucción son necesarios para ello y los daños producidos no resultan desproporcionados con el peligro conjurado. El § 228 BGB resulta de aplicación, sobre todo, respecto de ataques de animales, mientras que el § 32 se limita a agresiones de personas, como se desprende de la contraposición de legítima defensa y defensa de cosas en los §§ 227 y 228 BGB (cfr. *supra*, § 32 II 1a, nota 6).

Ejemplos: El agredido por un perro rabioso le da muerte. El incendio de un bosque que pone en peligro a personas y valores patrimoniales se

13 *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 28a, considera la autorización oficial como un caso de "consentimiento", pero no se trata ahí de la libre disposición del titular del derecho, sino de una ponderación objetiva de valores por parte de un órgano del Estado.
13a Cfr. con más detalle *Kienapfel*, ÖJZ 1975, 423 y ss.
14 Así la doc. dom.; cfr. *LK (Baldus)*, § 54 Anm. 19; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 Anm. 52. En distinto sentido, *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 474 y ss. en base a la teoría de la responsabilidad por el hecho; también *Rudolphi*, ZStW 78 (1966), págs. 95 y ss.

combate talando árboles y encendiendo otros fuegos. Un perro que caza furtivamente es abatido por quienes tienen derecho a cazar (RG 34, 295 [296 y ss.]).[15]

La clase y medida de la defensa frente al peligro que emana de una cosa deben resultar **necesarias.** Resulta a estos efectos de aplicación lo que se dijo sobre la necesariedad de la acción defensiva en la legítima defensa (cfr. *supra,* § 32 II 2). Así, por ejemplo, hay que intentar primero ahuyentar al perro mediante gritos o golpes, antes de acudir a un arma de fuego (RG 34, 295). Para la justificación de la defensa, según el § 228 BGB se requiere además, a diferencia de la legítima defensa, que las cosas afectadas por la defensa guarden proporción con el peligro a conjurar. Pero no hay que interpretar erróneamente esta restricción. Para la defensa de cosas la relación de valores existentes entre los bienes afectados es tan poco decisiva como para la legítima defensa, pues la defensa frente a peligros que emanan de cosas ha de ser posible aunque los daños causados por la acción defensiva resulten considerables. La idea fundamental de la causa de justificación contenida en el § 228 BGB no es la salvación del bien de mayor valor, sino el derecho natural a la defensa del interés amenazado. La conformidad a Derecho de la defensa de cosas no se basa, pues, en el punto de vista de la conservación del valor (desaparición del injusto del resultado), sino en la aprobación jurídica de la acción defensiva (desaparición del injusto de la acción).[16] Sin embargo, el principio según el cual cuando el interés de autoprotección resulta insignificante debe ceder ante una grave lesión del agresor, que limita la legítima defensa (cfr. *supra,* § 32 III 3b) se halla aquí regulado positivamente,[17] de forma que se fijan al que se defiende límites más angostos que en la legítima defensa: **el daño causado por la defensa de cosas no puede resultar desproporcionado al daño a que se refiere el peligro derivado de la cosa.** En la defensa de cosas basta con que el daño sea especialmente grande para que no resulte compensado por la voluntad defensiva jurídicamente aprobada, mientras que en la legítima defensa únicamente excluye la justificación una desproporción *insoportable.* La diferencia obedece a que la agresión que procede de un hombre pone en cuestión la personalidad del agredido en cuanto miembro de la comunidad jurídica y, así, despierta el interés de afirmación del Derecho, mientras que la

15 La protección de la caza frente a perros y gatos furtivos se halla, sin embargo, regulada en la actualidad, según el § 23 BJagdG, por preceptos especiales de los Länder, por ejemplo, por el § 23 I, núm. 2 LJagdG de Baden-Württemberg en la redac. de 25-7-1969 (GBl, pág. 175), que *no* hace excepción, como el § 228 BGB, del caso en que se produzca un daño desproporcionadamente importante.

16 Cfr. *Stratenwerth,* ZStW 68 (1956), págs. 49 y ss. Destaca con mayor vigor la idea de ponderación de bienes *Schmidhäuser,* Allg. Teil, pág. 329.

17 También así *LK (Baldus),* § 54 Anm. 25.

defensa de cosas no constituye más que un suceso de la naturaleza que compromete solamente intereses humanos, pero no supone un desprecio de la esfera de derechos del afectado. Por esta razón, debe rehuirse la defensa de cosas en cuanto sea posible (cfr. *supra,* § 32 III 3a).

2. También para la defensa de cosas se permite (expresamente) el *auxilio necesario.* El defensor debe actuar, también en este caso, con *voluntad de salvación,* como expresamente requiere el § 228 BGB ("para repeler"). La justificación se produce incluso tratándose de un *peligro provocado* (por ej., si se atrae a un perro rabioso), pero desaparece cuando el peligro se provoca con la finalidad de poder destruir una cosa con arreglo a Derecho (por ej., cuando se da muerte a un gato ajeno que intenta cazar pájaros cantores, si previamente y con objeto de inocuizarlo, se le ha atraído al jardín de uno), puesto que en tal caso la acción, tomada en su conjunto, desde un principio no constituye más que una causación de daños dolosa y antijurídica. La diferencia respecto de la "provocación intencional" en la legítima defensa (cfr. *supra,* § 32 III 3a) estriba en que el autor, al desencadenar un peligro en una cosa domina ampliamente el curso causal. Si el que actúa en estado de necesidad ha provocado el peligro, estará obligado al resarcimiento del daño, según el § 228 inciso 2.° BGB, aunque el hecho resulte ajustado a Derecho.

III. El estado de necesidad jurídico-civil (estado de necesidad agresivo)

1. A diferencia de la legítima defensa y de la defensa de cosas, que se basan en la aprobación jurídica de la voluntad defensiva, el estado de necesidad agresivo constituye la expresión consecuente del **principio de ponderación de bienes** (desaparición del injusto del resultado mediante la salvación del bien de superior valor).[18] El § 904 BGB no puede, en todo caso, reconducirse a la doctrina del consentimiento presunto,[19] pues en cuanto tercero no interviniente, al propietario de la cosa afectada por la acción realizada en estado de necesidad se le impone un sacrificio en favor de intereses ajenos sin atención a sus propios intereses. Según el § 904 BGB, son lícitas las intromisiones en el patrimonio ajeno (cosas muebles o predios)[20] que resulten necesarias para conjurar un peligro actual si el daño que amenaza resulta desproporcionadamente mayor que el daño producido por la injerencia.

Ejemplos: El que se ha perdido en una zona de alta montaña busca guarecerse del mal tiempo en una choza cerrada, rompe la cerradura, enciende

18 También así *LK (Baldus),* § 54 Anm. 25; *SK (Samson),* § 32 Vorbem. 33.

19 Pero así *v. Weber,* Notstand, págs. 56 y ss.

20 El § 904 BGB es extensible a agresiones contra otros derechos absolutos (cfr. *Ballerstedt,* JZ 1951, 228; *Palandt (Bassenge),* § 904 BGB Anm. 1b) e incluso contra derechos ajenos de uso y disfrute (OLG Königsberg JW 1925, 1.535).

fuego y come de los víveres que allí encuentra (§§ 123, 303, 248a). Ante la necesidad de llevar a un enfermo grave a la unidad de cuidados intensivos y al no encontrarse un taxi, se utiliza un automóvil aparcado (§ 248b). En una riña que tiene lugar en una posada, los clientes agredidos se defienden con los vasos de cerveza del local (RG 23, 116). En tiempo de guerra, un agente de transportes salva su empresa de intervenciones policiales haciendo entrega de los bienes que le habían sido confiados por fugitivos judíos (OLG Freiburg JZ 1951, 223).

2. El § 904 BGB requiere un **peligro actual.** En la defensa de cosas el peligro también debe ser actual, pues de otro modo la defensa no sería necesaria, pero en el estado de necesidad agresivo es preciso fijar un límite más estricto porque el peligro no emana en él de la cosa que resulta afectada. Así, por ejemplo, la entrada en la choza no será lícita en caso de mera amenaza de mal tiempo, como tampoco lo será el consumo de provisiones si sólo es precisa una corta estancia. Además, la injerencia en el patrimonio ajeno debe resultar **necesaria** para salvar el bien amenazado. Tal exigencia tiene el mismo significado que el elemento de necesariedad en la legítima defensa y en la defensa de cosas, esto es, en especial la limitación a una intervención a la vez eficaz y lo menos lesiva posible. Puesto que en el estado de necesidad agresivo tiene lugar una incidencia sobre una cosa no implicada o, a lo sumo, que puede servir de vehículo al peligro (por ej., la destrucción de una cabaña de madera ajena que se encuentra entre una casa en llamas y la propia), lo que supone la admisión de la injerencia en una esfera de derechos de la que no emana el peligro, la *relación de valores* entre los bienes es la *contraria* a la del § 228 BGB: **el daño que amenaza debe ser desproporcionadamente mayor que el daño producido por la intervención.** Pero la comparación material de los daños no basta para permitir un enjuiciamiento suficiente de la diferencia de valores. Al contrario, deben tenerse en cuenta, también, los especiales intereses de disfrute, las vinculaciones ideales y los valores de afección asociados a las cosas, así como el *grado del peligro que amenaza* a los bienes jurídicos implicados.

Ejemplos: El recinto de una Iglesia no puede utilizarse, sin más, para dar cobijo al mobiliario de una vivienda que ha sido salvado de un incendio. En el caso más arriba propuesto del enfermo de gravedad la solución depende de si podía esperarse o no la llegada de un taxi.

3. Aunque se acojan los indicados puntos de vista, trascendentes a la mera comparación material de valores, no se habrá contemplado todavía todo lo necesario para el enjuiciamiento del estado de necesidad agresivo. Ni siquiera un claro balance resultante de la ponderación de intereses justifica siempre la aplicación del § 904 BGB, sino que, además, es preciso que la intervención en los bienes ajenos

resulte adecuada según las **superiores concepciones valorativas de la comunidad.**[21] Esta restricción no se prevé por la ley, sino que se deduce de una consideración general que ha encontrado reflejo en la cláusula de adecuación del § 34 inciso segundo (cfr. *infra*, § 33 IV 3d). Así, existen casos en que la injerencia en el patrimonio ajeno supondría una lesión de la autonomía del afectado inadmisible para la comunidad jurídica y que, por lo tanto, no puede permitirse; una señora que lleva un costoso abrigo de pieles, al ver que empieza a llover de modo súbito, arrebata el abrigo y el paraguas a una mujer vestida humildemente, para proteger su vestimenta (ejemplo de Welzel). Además, no es lícito buscar solución a una situación individual de necesidad que podría resolverse hasta cierto punto mediante el recurso a la asistencia social, acudiendo al patrimonio ajeno (la esposa del artista gravemente enfermo roba en la farmacia medicinas especialmente caras para poder ayudar mejor a su marido de lo que permitiría la Seguridad Social local). Por último, no cabe acudir al estado de necesidad si no se trata de una necesidad individual, sino general de la población, como, por ejemplo, el hambre que se sufrió durante la primera época de la ocupación posterior a 1945.[22] Para una correcta decisión de estos casos la idea rectora ha de ser que la acción realizada en estado de necesidad debe representar una solución admisible *con carácter general* del conflicto de intereses, contempladas todas las circunstancias del caso particular y las representaciones valorativas superiores de la comunidad.

4. También en el estado de necesidad agresivo resulta lícito el *auxilio necesario* y no perjudica al autor ser *culpable* de él. El agente debe actuar también con *voluntad de salvación*, pues de lo contrario quedaría sin retribuir el desvalor de la acción de la lesión dañosa, que subsistiría pese al mantenimiento conseguido del bien de superior valor. El propietario de la cosa dañada puede, al contrario de lo que prevé el § 228 párr. 2 BGB, requerir en todo caso resarcimiento del daño (§ 904 párr. 2 BGB).

5. Son preferentes las regulaciones especiales inspiradas en el § 904 BGB. Constituyen ejemplos de ellas: el causar daños a un buque y a su tripulación para salvarlos a ambos de un peligro común (la llamada avería gruesa), previsto en los §§ 700 y ss. HGB (cfr. también la regulación de la avería en el § 78 I BinnenSchG); el derecho que corresponde al inspector de costas de utilizar en caso de peligro de naufragio, para salvar vidas humanas, los vehículos e instrumentos necesarios, según previene el § 9 II de la Ordenanza de Varamientos de 17-5-1874 (RGBl., pág. 73); las me-

21 En este sentido también *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 337; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núms. 399 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 68; *SK (Samson)*, § 32 Vorbem. 33.

22 Cfr. OLG Celle HESt 1, 139; en sentido distinto, en caso de peligro inmediato para la vida OLG Kiel SJZ 1947, 674. Cfr. también *v. Weber*, MDR 1947, 78 y siguientes.

didas que puede adoptar el capitán en caso de peligro para personas o para el barco con arreglo al § 106 III de la Ley de Marineros de 6-7-1957 (BGBl. II, pág. 713); el derecho al aterrizaje forzoso que asiste a las aeronaves según el § 25 II de la Ley de Tráfico Aéreo, en su redacción de 4-11-1968 (BGBl. I, pág. 1.113); los derechos especiales del Ejército Federal, de la Policía Federal de Fronteras *(Bundesgrenzschutz)*, de los bomberos, de las fuerzas destinadas a catástrofes o estados de emergencia *(Katastrophenschutz)*, de la Policía y de los aduaneros previstos en el § 35 StVO.

IV. El estado de necesidad justificante

1. El Derecho Civil limita la defensa de cosas y el estado de necesidad agresivo a la actuación sobre cosas, puesto que los §§ 228, 904 BGB deben considerarse al respecto regulaciones exhaustivas no susceptibles de ampliación.[23] No obstante, la vida origina numerosas situaciones de estado de necesidad que no pueden solucionarse con arreglo a dichos preceptos, bien porque llevan a lesionar bienes distintos a las cosas, bien porque no deba tener lugar una ponderación de bienes, sino de deberes.

Ejemplos: El médico circula en dirección contraria en una calle de sentido único para atender a un herido (OLG Hamm VRS 14, 431; OLG Düsseldorf VRS 30, 444). El enfermo mental es recluido por su familia durante una crisis (§ 239) (BGH 13, 197). Se comete un perjurio (§ 154) para evitar un peligro para la vida o la integridad física (BGH GA 1955, 178 [179 y ss.]). El médico revela la enfermedad contagiosa de la sirvienta (§ 203 I núm. 1) para prevenir perjuicios para la salud de los hijos del señor. El que ha participado en un accidente abandona el lugar del mismo (§ 142), para conducir un herido grave al hospital.[24]

El problema del estado de necesidad justificante se planteaba antes con especial intensidad respecto de la interrupción del embarazo médicamente indicada, ya que tales casos eran relativamente frecuentes y creaban continuamente, en el médico, conflictos de conciencia, toda vez que la situación jurídica era insegura. La posibilidad de la admisión del estado de necesidad de bienes y de deberes como principio *general* de justificación de acciones en principio prohibidas, fue aludida ya por la Jurisprudencia con anterioridad (RG 20, 190 [192]; 36, 78 [80]; 38, 62 [64]). La ciencia jurídica desarrolló, para fundamentar tal principio, la "teoría de la ponderación de bienes"[25] y la "teoría del fin".[26] Así, se preparó el camino para la crucial sentencia del RG de 11-3-1927 (RG 61, 242 [254]), que, ante un supuesto de

23 Cfr. *Staudinger (Seufert)*, § 904 BGB Anm. 42.

24 Un derecho de necesidad, regulado positivamente, lo constituye el matrimonio por necesidad, según el § 67 Ley de estado civil.

25 Cfr. *Binding*, Handbuch, pág. 762; *Beling*, Grundzüge, pág. 15.

26 *Baumgarten*, Notstand und Notwehr, pág. 61; *Graf zu Dohna*, Recht und Irrtum, pág. 11.

interrupción del embarazo por peligro de suicidio, admitió como causa de justificación el **estado de necesidad supralegal basado en el principio de la ponderación de bienes y deberes** (estado de necesidad supralegal)[27] (cfr. también RG 62, 137; BGH 2, III; 3, 7). En la actualidad, el § 218a I justifica la interrupción del embarazo dirigida a salvar la vida o la salud de la madre (indicación médica). En el texto del precepto no se indica expresamente que se trate de una causa de justificación.

2. La importancia práctica de la admisión del estado de necesidad justificante no se agota, sin embargo, en la justificación de la interrupción del embarazo por razones médicas. Por el contrario, las sentencias pronunciadas al respecto desde 1927 afectan a **los más diversos ámbitos del Derecho y de la vida.**[28]

Al principio predominaron los casos de *naturaleza política*. En RG 62, 35 (46 y ss.), en donde por primera vez aparece la expresión "estado de necesidad supralegal", se consideró la cuestión de si la introducción de objetos en la cuenca del Ruhr sin haber pagado derechos de aduana, para sostener la economía del país ocupado, era conforme a Derecho. RG 63, 215 (224 y ss.) y 64, 101 (104) tratan el problema del estado de necesidad del Estado en el supuesto de homicidio en supuestos traidores en el "Ejército secreto del Reich" ("Schwarze Reichswehr") ("sentencias Fememord"). En RG 65, 422 (427) se somete a consideración del estado de necesidad supralegal en un caso de agravio al presidente del Reich. Otra sentencia contempla bajo este punto de vista la participación en Asociaciones contrarias al Estado en la época del movimiento terrorista de campesinos *("Bauernnotbewegung")* (RG de 28-5-1932, II D 945/31). También resulta frecuente la aplicación de los principios del estado de necesidad supralegal en el ámbito del *Derecho Penal económico*. RG 77, 113 (115 y ss.) afirma la posibilidad de estado de necesidad supralegal para la sustracción de gasolina del Ejército para el suministro civil durante la guerra. OGH 1, 343 (348 y siguientes) considera la cuestión del estado de necesidad en los negocios de compensación para mantener la rentabilidad de una empresa. BGH GA 1956, 382 lo hace en relación a la infracción de los preceptos que regulan el tráfico de divisas para sostener la liquidez de un Banco. OLG Hamm NJW 1952, 838 y BayObLG NJW 1953, 1.603 acuden al estado de necesidad en un supuesto de inobservancia de normativas de precios motivada por la finalidad de proteger los puestos de trabajo de unos mineros. BGH 12, 299 (304 y ss.) (con anotación en contra de *Bockelmann*, JZ 1959, 498) permite la malversación de caudales públicos ante el peligro de mayores pérdidas económicas si al mismo tiempo tiene lugar una puesta en peligro de intereses políticos en general y político-culturales en particular (en sentido restrictivo, ahora BGH NJW 1976, 680, coincidiendo en principio *Küper*, JZ 1976, 515 y ss.). En el *Derecho Penal del tráfico*, el estado de necesidad desempeña un papel de creciente importancia. El deber de socorro de heri-

27 Cfr. sobre esto *Eb. Schmidt*, ZStW 49 (1929), págs. 350 y ss.; *Wachinger*, Frank-Festgabe, t. I, págs. 472 y ss.

28 Cfr. con más detalle *Heinitz*, Eb. Schmidt-Festschrift, págs. 269 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 34 Anm. 2.

dos es preferente respecto de la prohibición de alejarse del lugar del accidente (BGH 5, 124 [127]). En cuanto el tranvía constituye un medio de transporte de masas obligado a circular por una vía, los demás sujetos del tráfico deben respetarlo en la medida en que no tengan un especial derecho de preferencia (BGH 1, 192 [196]). Un conductor sobrepasa el límite de velocidad permitida para advertir al camión que le precede de un daño en el mismo (OLG Düsseldorf NJW 1970, 674). Las obstaculizaciones voluntarias del tráfico producidas en el marco de manifestaciones contra la subida de las tarifas de los transportes públicos se han presentado a menudo por los participantes como estados de necesidad justificantes; sin embargo, la Jurisprudencia lo ha rechazado con razón, pues la violencia no constituye en ese contexto un "medio adecuado" (BGH 23, 46 [56]; OLG Stuttgart NJW 1969, 1.543). También han de dejar de obligar el *deber de secreto*, según los principios del estado de necesidad supralegal, cuando, por ejemplo, el médico trata de prevenir un peligro de contagio (RG 38, 62 [64]), o la autoridad informa de la falta de aptitud para conducir de un paciente (OLG München MDR 1956, 565), así como cuando un abogado no puede defenderse de otra forma en un proceso penal dirigido contra él (BGH 1, 366 [368]), o un juez sale al paso de la acusación de prevaricación formulada frente a un Tribunal colegial, probando que ha votado en contra de la Sentencia en cuestión (BGH GA 1958, 241). Por último, se ha admitido el internamiento temporal necesario de un enfermo mental, acordado como medida de *asistencia familiar* (BGH 13, 197 [201]).

3. El examen efectuado de la Jurisprudencia pone de manifiesto que el estado de necesidad justificante constituye un principio jurídico general que entra en consideración en colisiones de intereses de muy diversa naturaleza y posee, por tanto, gran importancia práctica. Con objeto de proporcionar a la Jurisprudencia una base más firme, **el estado de necesidad justificante se ha regulado por la ley** (§ 34 StGB; § 16 OWiG). A diferencia de la legítima defensa, el estado de necesidad se funda solamente en la conservación del interés de mayor valor puesto en peligro, y en él no desempeña papel alguno la idea de afirmación del Derecho. De ahí que deba eludirse el peligro en cuanto sea posible y que el principio fundamental de esta causa de justificación sea la ponderación de intereses.

a) **La situación de estado de necesidad** consiste en un peligro actual para la vida, la integridad física, el honor, el patrimonio u otro bien jurídico que sólo pueda ser conjurado mediante una acción típica. El estado de necesidad puede referirse, pues, a todo bien jurídico, incluso a los de la comunidad (por ej., suministro de comestibles, seguridad del tráfico, interés en la existencia del Estado). Ciertamente, la cláusula de adecuación fija al respecto límites más estrictos (cfr. *infra*, § IV 3d). Pero ello no impide que pueda resultar afectado por el estado de necesidad todo bien jurídico. Sólo existe una excepción respecto de la *vida*, basada en que las vidas humanas no pueden compensarse entre sí.[29]

29 Una excepción en contrario se da respecto al homicidio de un niño durante el parto que resulta necesario para la supervivencia de la madre; cfr. *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 76; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 34 Anm. 23.

Ejemplos: Por mucho que el cierre de las escotas en un submarino amenazado de irrupción de agua sea sin duda necesario para salvar la nave, la muerte de los marineros que resulten encerrados no se justifica por la salvación de los demás, que a lo sumo la disculpa (§ 35).

El peligro es actual cuando una consideración objetiva *ex ante* muestra que la producción de un daño, con carácter inmediato o en un momento posterior *(peligro continuado)*, es hasta tal punto probable, que es racionalmente preciso adoptar en seguida las medidas necesarias para la protección del bien jurídico amenazado.

b) El peligro para el bien jurídico **no ha de poderse, además, conjurar de otro modo.**[30] Esto significa que los bienes en conflicto tienen que entrar en colisión de tal forma, que *sólo* mediante el sacrificio de uno pueda salvarse el otro. Si resulta posible la salvación acudiendo a la lesión de distintos bienes jurídicos, el agente deberá elegir de entre los diferentes medios apropiados el que resulte relativamente menos lesivo. Además, únicamente cabe atacar bienes jurídicos que se hallen respecto del valor amenazado en una específica relación de colisión.[31] Tal relación presupone una coordinación según la cual uno de los bienes aparezca de antemano como medio de salvación disponible para el otro.

Ejemplos: La apropiación de una cantidad de dinero cualquiera por necesidad no se halla cubierta por estado de necesidad, porque falta la específica relación de colisión. Este punto de vista se pasó por alto en la "sentencia del viaje de conciertos", en la que BGH 12, 299 (304 y ss.) consideró justificada la sustracción de dinero de una caja pública a cargo del autor, por ser la única vía de financiación de un viaje al extranjero ya comprometido por parte de un coro privado dirigido por aquél, cuya no realización hubiera implicado importantes daños (en sentido restrictivo, BGH NJW 1976, 680). Para el transporte de un enfermo grave no puede utilizarse cualquier vehículo, sino sólo el más próximo.

c) **La ponderación global** de los intereses contrapuestos deberá, asimismo, poner de manifiesto que el **interés protegido** tenga una importancia **esencialmente mayor** al menoscabado por la acción ejecutada en estado de necesidad.[32] En esta ponderación de intereses

30 Con ello se alude, como en la legítima defensa, a la "necesidad" de la agresión en estado de necesidad; cfr. *Stree*, en: *Roxin* y otros, Einführung, págs. 40 y siguientes.

31 Cfr. *Bockelmann*, JZ 1959, 498; *el mismo*, Allg. Teil, pág. 98; *Eser*, Strafrecht I, núm. 12 A 21. En distinto sentido, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 34 Anm. 21, que intenta resolver el "caso del viaje al concierto" BGH 12, 299 según la cláusula de adecuación (Anm. 41).

32 Cfr. sobre los distintos factores, *Blei*, Allg. Teil, págs. 147 y ss.; *Dreher*, § 34 Anm. 9 y ss.; *Eser*, Strafrecht I, núm. 12 A 23 y ss.; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 64 y ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 398 y ss.; *Lenckner*, Notstand, páginas 90 y ss.; *SK (Samson)*, § 34 Anm. 11 y ss.; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 58.

el valor de los bienes implicados y la entidad de los daños materiales e ideales que se produzcan, o sean de esperar, constituyen, sin duda, factores esenciales, pero no los momentos únicos ni decisivos de la valoración. Junto a ellos deben sospesarse, también, la proximidad y gravedad del peligro que amenaza al bien protegido, la importancia funcional de los bienes afectados, el grado de idoneidad de la acción realizada en estado de necesidad en orden a la evitación del peligro, la insustituibilidad del daño producido y, en fin, la meta final perseguida por el agente. Asimismo debe tomarse en consideración el hecho de si el peligro proviene, o no, de la parte sobre la que recaiga la lesión.[33] De esta consideración concreta puede deducirse que el bien jurídico que en sí posee mayor rango, por ejemplo, el interés en la integridad física, haya de ceder ante la necesidad de protección de una cosa que en sí encierra menor valor, o que los preceptos que sirven a la protección de la comunidad deban ser vulnerados para conjurar un peligro inmediato para la vida o la salud de un individuo.

Ejemplos: En la interrupción del embarazo los bienes afectados, a saber, la vida de la madre y la del feto, son de distinto valor (cfr. la penalidad del § 218 con la del § 212). En el supuesto de perforación del niño vivo durante el nacimiento para evitar graves daños a la salud de la madre, el bien sacrificado es, por el contrario, de superior valor. En ambos casos lo decisivo es que la vida y la salud de la madre, en atención a su *status* de persona completamente incorporada a la vida social, aparecen como merecedoras de mayor protección que la vida del niño, al que todavía faltan "nombre y linaje". En el incendio de un bazar los bomberos pueden emplear sus equipos de extinción aunque exista el peligro de que los curiosos se mojen y posiblemente se enfríen. El médico puede sobrepasar el límite permitido de velocidad para llegar cuanto antes hasta un herido de gravedad, con tal de que lo haga con toda la precaución que permita la situación (OLG Frankfurt DAR 1963, 244) y, en especial, no ponga en peligro concreto a nadie (OLG Karlsruhe VRS 46, 275). Es lícito quitarle las llaves de contacto al que se halla completamente bebido para evitar una conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas (OLG Koblenz NJW 1963, 1.991). Cabe lícitamente liberar de la prisión a terroristas condenados, si es para salvar la vida de un rehén (caso Lorenz).[34] Por el contrario, debe excluirse la propia posibilidad de comparar el valor de los bienes cuando sólo existe una *diferenciación puramente cuantitativa de vidas humanas.* Ésta es la razón por la que no se pudo admitir el estado de necesidad supralegal para los médicos que habían participado en la confección de listas de exterminio y, así, en los homicidios consiguientes que tuvieron lugar en sus establecimientos, con objeto de salvar por lo menos a una parte de sus pacientes (OGH 1, 321 [334]; 2, 117 [121]).[35]

33 Cfr. la remisión de *Ortrun Lampe,* NJW 1968, 90, a la analogía con los §§ 228 y 904 BGB.

34 Sobre esto, *Krey,* ZRP 1975, 97 y ss. que sostiene la tesis, por lo demás rechazable, según la cual existe un margen de enjuiciamiento dentro del cual la decisión constituye un "acto de soberanía libre de justicia" (pág. 100).

35 Cfr. sobre esto, *Eb. Schmidt,* SJZ 1949, 559; *Welzel,* ZStW 63 (1951), página 47; MDR 1949, 373; *Krey,* JuS 1971, 248. En favor de la justificación, en cambio, *Mangakis,* ZStW 84 (1972), pág. 477.

d) Ni siquiera una clara prevalencia del valor propio del interés a proteger justifica siempre el hecho realizado en estado de necesidad, puesto que la solución del conflicto de intereses que resulta de la diferencia de valores debe corregirse a veces, todavía, acudiendo a un baremo superior (cfr. *supra,* § 33 III 3). La justificación de la acción perpetrada en estado de necesidad depende, en efecto, de dos valoraciones, una de ellas relativa a la diferencia en el rango de los intereses (cfr. *supra,* § 33 IV 3c) y la otra referente al sentido ético-social que corresponde a la acción realizada en estado de necesidad contemplada en el marco del ordenamiento jurídico en su conjunto. La acción referida no sólo debe conservar los valores, sino también resultar "adecuada", es decir, que ha de desprenderse de los principios superiores de la comunidad que sea adecuado, digno de aprobación y permitido en interés de la justicia el superar una situación de necesidad mediante el menoscabo del interés en conflicto.[36] La clásica sentencia RG 61, 242 ya contiene esta idea al considerar el "consentimiento real o presunto de la embarazada" condición de la intervención (pág. 256) (cfr. ahora § 218a I, núm. 1). La cláusula de adecuación ha sido acogida expresamente en el § 34 párr. 2 y en el § 16 párrafo 2 OWiG (cfr. E. 1962 fundamentación pág. 159; BT-Drucksache V/4.095, pág. 15). Resulta necesaria, sobre todo, para indicar la preferencia de procesos de carácter jurídico,[37] para expresar que primero es necesario buscar el consentimiento de la víctima,[38] como excepción que grava a personas que por razón de su posición están obligadas a correr determinados peligros, como protección del dere-

36 La cláusula de adecuación se contempla con frecuencia como una superflua fórmula vacía, por entender que todos los puntos de vista ha de contemplarse ya al efectuar la ponderación de intereses; así *Baumann,* Allg. Teil, página 360; *Krey,* ZRP 1975, 98; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 34 Anm. 46; *Stree,* en: *Roxin* y otros, Einführung, pág. 43. Su significado específico procede del hecho de que a menudo razones derivadas del ordenamiento jurídico en su conjunto impiden que incluso un interés esencialmente prevalente pueda imponerse mediante intervención en estado de necesidad; así *Bockelmann,* Allg. Teil, página 100; *Dreher,* § 34 Anm. 12; *Göhler,* § 16 OWiG Anm. 8; *Grünhut,* ZStW 51 (1931), págs. 462 y ss.; *Amelung/Schall,* JuS 1975, 569; *Kienapfel,* ÖJZ 1975, 429; *Lackner,* § 34 Anm. 3e; *Preisendanz,* § 34 Anm. 3c; *Stratenwerth,* Allg. Teil I, núms. 454 y ss.; *Wessels,* Allg. Teil, pág. 58. Una opinión intermedia manifiesta *Eser,* Strafrecht I, núms. 12 A 28 y ss.; *LK (Hirsch),* § 51 Vorbem. 80 ("cláusula de control"); *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, pág. 403. Como el texto, BGH NJW 1976, 680 (681).

37 De acuerdo en este punto, *SK (Samson),* § 34 Anm. 22. Por esta sola razón ya no puede resultar justificada por estado de necesidad la vigilancia de personas sospechosas de contactos con terroristas mediante instalaciones de escucha colocadas clandestinamente en su domicilio, como tampoco lo estaría el control de conversaciones de abogados defensores, puesto que los supuestos en que las autoridades pueden intervenir en tales casos se hallan establecidos exhaustivamente por las normas que regulan el estado de necesidad y los §§ 148 II, 148a StPO, cuando no exista peligro inminente para la vida o la integridad física. Cfr. sobre esto *de Lazzer/Rohlf,* JZ 1977, 212.

38 Cfr. *Eser,* Strafrecht I, núm. 12 A 31a.

cho de autodeterminación del afectado y como admonición frente a posibles consecuencias (por ej., que se resienta la confianza en el respeto del secreto médico).

Ejemplos: La Policía no puede introducir clandestinamente a agentes que sirvan de contacto con objeto de descubrir un tráfico de drogas, sino que se halla limitada por los preceptos relativos a la investigación que prevé el StPO (en distinto sentido OLG München NJW 1972, 2.275 con anot. contr. de *Otto*, NJW 1973, 668 y *Amelung/Schall*, Jus 1975, 569 y ss.). No es lícita la extracción de sangre de un cadáver con finalidad probatoria, ya que existen especiales procedimientos para asegurar la prueba (en distinto sentido, OLG Frankfurt JZ 1975, 379 con ant. contr. de *Geilen* JZ 1975, 380; pero en sentido restrictivo, NJW 1977, 859). El soldado, el bombero o el funcionario de la Policía ejecutiva deben asumir riesgos para la vida y la integridad física para proteger las cosas y no pueden acogerse al estado de necesidad cuando incumplen sus deberes. El enfermo de una clínica que resulta casualmente tener un grupo sanguíneo poco común que en aquel momento se precisa, no puede ser obligado a donar sangre, porque en tales casos la prestación de socorro constituye un acto de libertad moral.[39] No puede forzarse a un paciente a soportar contra su voluntad experimentos médicos, por muy importantes que éstos puedan resultar para el progreso de la Medicina, ya que también esto contradiría el derecho a la autodeterminación.

4. También en el estado de necesidad justificante cabe el *auxilio necesario*. El autor debe actuar asimismo *con voluntad de salvación*, según previene expresamente el § 34 StGB y el § 12 OWiG.[40] En cambio, si los presupuestos del estado de necesidad concurren objetivamente, *no* es precisa la prueba de que el autor ha realizado una *comprobación cuidadosa* (en sentido distinto, RG 62, 137 [138]).[41] La infracción del deber de vulneración sólo alcanza significación cuando faltan los presupuestos objetivos del estado de necesidad y el autor debió haberlo advertido mediante una comprobación cuidadosa (cfr. sobre el error *infra*, § 41 III 3). La culpabilidad en la producción de la situación de estado de necesidad no excluye la justificación, aunque debe tomarse en consideración al comprobar la adecuación (cfr. E. 1962 Fundamentación, pág. 160).

39 Así *Gallas*, Beiträge, pág. 70; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 455; *Wessels*, Allg. Teil, págs. 58 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 34 Anm. 41. *Roxin*, Kriminalpolitik, págs. 27 y ss. defiende la opinión contraria con la remisión, no convincente, al § 81a StPO y a la ley de vacunación. También discrepa *Baumann*, Allg. Teil, págs. 359 y ss.

40 *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 34 Anm. 48 requiere, en cambio, sólo conocimiento de la situación de estado de necesidad.

41 Así la doc. dom.; cfr. *Schöncke/Schröder/Lenckner*, § 34 Anm. 49, con más referencias; *Göhler*, § 16 OWiG Anm. 9. En distinto sentido, *Blei*, Allg. Teil, página 150.

V. La colisión de deberes justificante

1. Una manifestación particular del estado de necesidad es la colisión de deberes. La misma concurre cuando el obligado por un deber jurídico únicamente puede cumplirlo infringiendo otro deber jurídico que también le vincula, infracción que constituye una acción u omisión conminada con pena.

Según la opinión más corriente, sólo debería concurrir una propia colisión de deberes cuando se dieran cita **dos deberes de actuar** (de los dos enfermos graves internados, el médico sólo puede conectar a uno el único corazón-pulmón artificial disponible). En estos casos tampoco deberían resultar de exacta aplicación las reglas del estado de necesidad, puesto que el autor no sólo alcanzaría la justificación (y no ya la pura exculpación) cuando se diese una diferencia de valores entre los deberes, sino también cuando la colisión tuviera lugar entre deberes de actuar *de igual valor*, con tal de que se diese cumplimiento a uno de ellos.[42] Los supuestos en que un deber de actuar concurriese con otro de omitir (el médico ya ha conectado a un paciente al único corazón-pulmón artificial cuando es internado un segundo enfermo de gravedad que igualmente lo requeriría para salvar su vida) deberían enjuiciarse, en cambio, según las reglas generales del estado de necesidad, sin que poseyera relevancia el hecho de que el autor deba *vulnerar* uno u otro deber.

Ninguno de ambos planteamientos resulta correcto.[43] En caso de **colisión de deberes de actuar de igual valor**, el autor sólo resulta exculpado por la infracción del deber cuyo cumplimiento ha omitido (cfr. *infra*, § 33 V 2). La **colisión de deberes de diferente valor** se diferencia del estado de necesidad corriente en que el autor *ha de* lesionar en aquélla un deber de actuar o de omitir, cualquiera que sea la forma en que se comporte, pues uno de los dos deberes en conflicto ha de obligarle a un hacer positivo para que pueda llegar a surgir una colisión de deberes.[44] En estos casos ha de bastar, por ello, una ligera diferencia de valores (no "esencial") para que proceda la justificación según el § 34, pues el autor cumpliría en otro caso el deber menos importante.[45]

Ejemplos: El personal del ferrocarril suelta los frenos en una pendiente antirreglamentariamente para evitar que el tren se haga pedazos al arrancar

42 Así *Baumann*, Allg. Teil, 364 y ss.; *Blei*, Allg. Teil, págs. 294, 188; *Küper*, JuS 1971, 475; *Lackner*, § 34 Anm. 4; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 88; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 409; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 71, § 34 Anm. 4; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núms. 483 y ss.; *Ulsenheimer*, JuS 1972, 254; *SK (Samson)*, § 34 Anm. 27; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 137.

43 Así *Dreher*, § 32 Vorbem. 11; *Gallas*, Mezger-Festschrift, pág. 332; *Otto*, Pflichtenkollision, págs. 119 y ss.

44 Cfr. *Jansen*, Pflichtenkollisionen, págs. 10 y ss.

45 Así, con razón, *SK (Samson)*, § 34 Anm. 28; *Blei*, Allg. Teil, pág. 296.

(RG 20, 190 [192]). El médico quiebra su secreto profesional para proteger a otros pacientes del contagio (RG 38, 62 [64]). El padre omite el necesario internamiento de su hijo en un hospital en atención a sus vehementes ruegos (RG 36, 78 (81). El superior infringe durante una marcha nocturna los preceptos de tráfico por razones de instrucción (RG 56, 404 [406]). Unos náufragos son arrojados por la borda por parte de la tripulación de un bote salvavidas para aligerarlo y evitar su hundimiento (caso Holmes).[46]

a) En orden al tratamiento de la colisión de deberes es preciso distinguir los casos en que puede realizarse con base al Derecho una **gradación del rango de los deberes en conflicto** y aquellos otros en que no resulta posible tal diferenciación.[47] La ponderación de los deberes debe tener lugar según los principios del estado de necesidad justificante, aunque deberá tenerse en cuenta que, dada la necesidad de infringir uno de ambos deberes, basta para que uno de ellos merezca la preferencia con que sea ligeramente más importante. Pero tampoco aquí resulta decisiva la relación de valores existente entre los bienes jurídicos a que se refieren los deberes, sino que importa sobre todo el hecho de si, en atención a la totalidad de los intereses implicados en el conflicto y el fin último perseguido por el autor, así como en consideración a las representaciones valorativas superiores de la comunidad, uno de los deberes puede estimarse como de *mayor* rango. La infracción del otro se hallará, entonces, cubierta por una colisión de deberes justificante. Lo más sencillo de determinar es la relación de valores existente entre los deberes cuando la diferencia de importancia de los bienes jurídicos a que aquéllos se refieren es evidente. En tal caso el deber referido al bien superior deberá, normalmente, cumplirse a costa del inferior. Pero también puede suceder que la relación se invierta a la vista de las demás circunstancias a considerar. Este principio vale para los dos supuestos de colisión de deberes: tanto para la concurrencia de un deber de actuar con otro de omitir, como para la concurrencia de dos deberes de actuar cada uno de los cuales sólo puede cumplirse a costa del otro.[48]

Ejemplos: El depositario no puede devolver al propietario un instrumento si sabe que el mismo será utilizado para un aborto (RG 56, 168 [170 y ss.]). El que ha participado en un accidente no puede abandonar el lugar del suceso ni siquiera para resolver un asunto de importancia relacionado con sus negocios (OLG Stuttgart NJW 1956, 245; BayOLG DAR 1958, 107) (concurrencia de deberes de actuar y de omitir). Cuando han caído por la borda un pasajero y una maleta el capitán no pueda salvar

46 Cfr. *Honig*, Das amerikanische Strafrecht, págs. 162 y ss. Cfr. otros casos en *Otto*, Pflichtenkollision, págs. 77 y ss.

47 Cfr. *v. Weber*, Kiesselbach-Festschrift, págs. 234 y ss.; *Gallas*, Beiträge, páginas 59 y ss.

48 Opinión general; cfr. *Blei*, Allg. Teil, págs. 295 y ss.; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 89; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 408; *SK (Samson)*, § 34 Anm. 28; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 137.

ésta a costa de aquél. El soldado no puede abandonar su puesto de combate para auxiliar a un herido (concurrencia de dos deberes de actuar).

b) Si, por el contrario, a la vista del valor de los bienes jurídicos implicados y las demás circunstancias, los deberes en conflicto resultan *de igual valor*, deberán distinguirse los dos grupos de casos de colisión de deberes. En caso de **concurrencia de un deber de actuar con otro de omitir** se admite generalmente que el deber de omitir tiene preferencia y que el autor actúa, por tanto, justificadamente si infringe el deber de actuar que simultáneamente le vincula permaneciendo inactivo.[49]

Ejemplos: El médico jefe no podría, según esto, desconectar de un paciente que constituye un "caso desesperado" el único corazón-pulmón artificial existente en el hospital de la pequeña ciudad para conectarlo a otro enfermo de gravedad también internado que manifestase buenas expectativas de sobrevivir.[50] La infracción del deber de socorro frente al nuevo paciente estaría justificada. En el supuesto del homicidio de enfermos mentales, los médicos de establecimiento no debieron colaborar en la confección de las "listas de traslado" ni aun siendo su intención la de salvar a otros muchos reclusos del establecimiento mediante el sacrificio de los casos más graves, por mucho que la negativa de los médicos a colaborar en la acción de exterminio hubiera determinado con seguridad el traslado de todos ellos por complacientes adictos al partido a los establecimientos de aniquilación (OGH 1, 321 [336 y ss.]; 2, 117 [122]; LG Köln NJW 1952, 358 [359]; BGH NJW 1953, 513 [514]). El abandono de los casos susceptibles de salvación hubiera resultado justificado. El guardaagujas que ve cómo un tren expreso va a estrellarse, por causa de una errónea señalización, contra un autovía que viene en dirección contraria lleno de colegiales y tiene la posibilidad de desviar en el último momento el autovía a un carril secundario, no podría utilizar esta posibilidad de salvación si existe un alto grado de probabilidades de que resulten alcanzados tres trabajadores ocupados en el citado carril. En tales circunstancias, la no salvación de los colegiales de su trayectoria mortal se hallaría justificada.

Lo *correcto* parece, por el contrario, no admitir tampoco en estos casos **justificación alguna** respecto del correspondiente deber de actuar infringido, sino contemplar ambos deberes como equivalentes. El injusto que radica en la pérdida de la casi segura posibilidad de salvación de vidas humanas no aparece como esencialmente inferior

49 Así *Dreher*, § 32 Vorbem. 11; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 408 y ss.; *Jansen*, Pflichtenkollisionen, págs. 56 y ss.; *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte, pág. 137; *Lenckner*, Notstand, págs. 5, 27; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, 688; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 219. *Otto*, Pflichtenkollision, págs. 76 y ss. intenta, en el marco del § 54 ant. red., una consideración individualizadora de los diferentes grupos de casos; en resumen, *el mismo*, Grundkurs, pág. 140.

50 Cfr. sobre este caso *Welzel*, Lehrbuch, pág. 185; *Krey*, JuS 1971, 248 y ss.; *Küper*, JuS 1971, 474 y ss.; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 179; *Roxin*, Engisch-Festschrift, pág. 400; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 34 Anm. 75.

al injusto representado por la cooperación en la muerte de personas que en los dos casos de los médicos se hubieran perdido igualmente, o que, como sucede en el caso del guardaagujas, han sido expuestas sólo a un peligro, siquiera grave, para la vida. El actuar y el omitir son aquí igualmente merecedores de desaprobación.[51]

c) Esta conclusión responde aún con mayor fuerza al sentido jurídico en el otro grupo de casos de colisión de deberes, en el cual se enfrentan dos deberes de actuar equivalentes. También aquí, pues, el autor actúa antijurídicamente en relación al deber que ha de quedar incumplido. No obstante, generalmente se entiende que en tal situación el ordenamiento jurídico en cierto modo "deja en libertad" la decisión, de suerte que el autor resultaría justificado en todo caso, tanto si cumpliera uno como otro deber.[52] Según otra opinión, el hecho debe permanecer en un "ambito jurídicamente libre".[53]

Ejemplos: De entre dos heridos de accidente que son ingresados a la vez, y con idénticas posibilidades de sobrevivir, en el hospital, el médico jefe elige a uno, al que se conecta el único corazón-pulmón artificial disponible, mientras el otro muere. En un incendio, dos niños de la misma edad se hallan en peligro, pero el padre sólo puede salvar a uno y el otro perece.

2. Aunque resulta excluida la justificación, queda por determinar la cuestión de la punibilidad. Puesto que entran en conflicto insoluble *deberes de igual valor,* concurre uno de los casos en que la decisión correcta no puede determinarse ya con carácter general. Contra la opinión dominante, esto no puede conducir a entender que el autor actúa conforme a Derecho en todo caso, con independencia de cual sea su decisión. Por el contrario, dado que el cumplimiento de una obligación es tan importante para el ordenamiento jurídico como el de la otra, ninguna de ambas infracciones puede ser aprobada. La situación de conflicto es sólo la inevitable consecuencia de un estado existencial de necesidad, y ello no puede alterar las valoraciones generales. El principio "*impossibilium nulla obligatio*" sólo es válido para el mandato de la norma cuando se le contempla aisladamente, pero no para el caso de que entren en una contradicción insoluble dos mandatos normativos en sí susceptibles de cumplimiento a consecuencia de una situación paradójica de excepción. La colisión de intereses equivalentes sólo puede, pues, constituir una *causa de exclusión de la culpabilidad* (cfr. *infra,* § 47 I 2).[54]

51 Así *Gallas,* Beiträge, págs. 74 y ss.

52 Cfr. *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 32 Vorbem. 73, con más referencias. *Hruschka,* Dreher-Festschrift, pág. 195.

53 Así *Blei,* Allg. Teil, págs. 187 y ss.; *Arthur Kaufmann,* Maurach-Festschrift, págs. 336 y ss.

54 También así, *Dreher,* § 32 Vorbem. 11; *Gallas,* Beiträge, págs. 75 y ss.

VI. La autorización oficial (behördliche Erlaubnis) como causa de justificación

1. En algunos preceptos de la Parte Especial (por ej., en los §§ 284 y ss.) y en otros muchos del Derecho Penal Especial (por ej., § 23 ApothekenG, § 11 I, núm. 1 BetMG, § 21 StVG) se condiciona la punibilidad de un determinado comportamiento al hecho de que el autor carezca de una autorización oficial.[55] En tales casos se suscita la cuestión de si el permiso oficial constituye un elemento del tipo objetivamente configurado, como por ejemplo, "sin consentimiento de los padres" en el § 236 (cfr. *supra,* § 25 III 3), de modo que la concurrencia de la autorización hace desaparecer el tipo, o si el permiso oficial constituye una causa de justificación que excluye la antijuricidad del hecho.[56]

Ejemplo: En los juegos ilícitos (§ 284) la solución de esta cuestión depende de si el precepto persigue el establecimiento de un monopolio estatal para el aprovechamiento de la afición al juego o busca la protección de la moralidad del pueblo, en peligro cuando se estimula o explota el instinto del juego. Si se admitiese lo primero, el actuar contra el interés estatal pertenecería a la materia de prohibición, y la falta de la autorización constituiría por tanto elemento del tipo. Si se acepta lo segundo debe tener lugar una adecuada ponderación de los intereses implicados y proteger la afición al juego de su posible explotación. La autorización oficial constituiría entonces una causa de justificación. Esto último corresponde, en efecto, al sentido de los §§ 284 y ss.[57]

2. Existen preceptos penales en los que la acción típica no es por sí sola merecedora de pena, sino que representa, por el contrario, una actividad social útil aunque peligrosa (por ej., el comercio de productos tóxicos o farmacéuticos, la fabricación de material explosivo, la realización de obras de construcción, la explotación de minas y canteras). El interés del Estado reside sólo en tales casos en poder ejercer un control acerca de si la fuente de peligro se domina satisfactoriamente y si las personas que trabajan en dicho ámbito poseen los conocimientos necesarios y ofrecen las garantías oportunas. El contenido de injusto del actuar sin autorización reside sólo en el hecho de que hace fracasar o dificulta el esfuerzo de las autoridades por la debida vigilancia de la actividad (puros delitos de desobediencia).

55 Sobre la incordinación de la autorización oficial en el sistema de las causas de justificación cfr. *supra,* § 33 I 2 y la nota 13.

56 Cfr. sobre esto *Welzel,* Niederschriften, t. II, pág. 33; *Blei,* Allg. Teil, páginas 138 y ss.; *LK (Hirsch),* § 51 Vorbem. 148; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 32 Vorbem. 61 y ss.; *Goldmann,* Die behördliche Genehmigung, 1967.

57 También así *LK (Hirsch),* § 51 Vorbem. 148; *Maurach,* Bes. Teil, página 359; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 32 Vorbem. 63; *Welzel,* Lehrbuch, página 391. En distinto sentido *Dreher,* § 32 Vorbem. 5; *Lackner,* § 284 Anm. 5.

La falta de autorización oficial constituye aquí, pues, **elemento del tipo.**[58]

Ejemplos: En la conducción de un vehículo sin permiso de conducir (§ 21 I, II StVG) la falta de autorización constituye elemento del tipo, puesto que su exigencia tiene el sentido de posibilitar a las autoridades, mediante el requisito de las pruebas de conducción correspondientes, un control de los conocimientos de conducción y de la aptitud del solicitante. Lo mismo vale para la autorización para el ejercicio de la medicina, prevista por el § 5 Heilpraktikersges.

La concurrencia de la autorización oficial cubre también las posibles consecuencias dañosas. Así, un ruido causado por el ejercicio permitido de la industria no puede constituir perturbación antijurídica alguna del servicio religioso (RG 35, 150 [151]), puesto que la industria en cuanto tal está autorizada. En otras palabras, se trata de casos de adecuación social para los que el Estado, a la vista de los peligros que implica la actividad, ha requerido un control mediante el procedimiento de la autorización (cfr. *supra*, § 25 IV 1 Nota 29).

3. La autorización oficial constituye, por el contrario, una **propia causa de justificación** en los casos en que la acción no aparece sin más como de utilidad social o, al menos, como valorativamente neutra, sino que, para que resulte lícita, requiere una ponderación en la que los intereses en contrario poseen un peso importante. La autorización oficial hace valer el interés de la generalidad en la salvaguardia de la seguridad pública y el orden, así como en que no tengan lugar molestias y actividades peligrosas.[59] En esto radica la coincidencia con el estado de necesidad: es misión de las autoridades resolver adecuadamente en el proceso de autorización la colisión de intereses existente, y tomar en consideración los intereses en contra mediante, en su caso, condiciones y controles que limiten el peligro. Si la autorización se ha concedido bajo una condición, sólo justificará la conducta en sí prohibida si la condición se cumple. Como elemento subjetivo de justificación es necesaria, además, una actuación *en base a* la autorización.

Ejemplos: La autorización oficial es causa de justificación en el tráfico de estupefacientes (§ 11 I núm. 1 BetMG), en la introducción de material explosivo (§ 14 SprengstG), en el trabajo con elementos patógenos (§ 19 I BSeuchG).

VII. Derecho comparado

También en el extranjero se toma en consideración la problemática que presenta el *estado de necesidad justificante*, que a menudo se trata con los

58 Cfr. *Blei*, Allg. Teil, pág. 138; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 148; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 62.

59 Cfr. *Goldmann*, Behördliche Genehmigung, págs. 128 y ss.

mismos resultados. Esto muestra que se halla en juego un principio general de Justicia. El Derecho *austríaco* coincide en este punto con el alemán,[60] aunque no contiene un precepto equivalente al § 34. *Suiza* posee en el art. 34 StGB una regulación positiva del estado de necesidad, que se contempla como causa de justificación.[61] En *Francia* los supuestos inequívocos de colisión de bienes se consideran impunes en base a los principios del *"état de nécessité"*; la esfera de aplicación de este *"fait justificatif"* abarca, sin embargo, casos que con arreglo al Derecho alemán pertenecerían al estado de necesidad exculpante.[62] En *Italia* se ha llegado a una animada discusión en torno al estado de necesidad (en parte causa de justificación, en parte causa de exclusión de la culpabilidad),[63] tanto más cuanto que el art. 54 C.P. contiene una normativa general sobre el estado de necesidad que también permite el auxilio necesario en favor de terceros. El Derecho *español* conoce, asimismo, en el art. 8 núm. 7 C. P. un precepto general sobre el estado de necesidad que, en especial, determina que el mal causado por la acción realizada en estado de necesidad no puede ser mayor que el daño que se trata de evitar. Para la justificación se requiere una diferencia de valores.[64] El Derecho *holandés* contiene, en el art. 40 W. v. S., una breve regulación sobre *"overmacht"*.[65] En el Derecho *inglés*, el caso más importante, el de la interrupción del embarazo, se regula en *sect.* 1 *Infant Life (Preservation) Act* 1929, así como en *sect.* 1 *Abortion Act* 1967. La doctrina considera otros ejemplos bajo la rúbrica de *"necessity"*.[66] El Derecho *americano* trata los casos de estado de necesidad de bienes juntamente con los de estado de necesidad exculpante bajo el concepto de *"necessity"*,[67] pero respecto de los ataques a la vida ajena no se admite el estado de necesidad ni como causa de justificación ni como causa de exculpación. En la actualidad, el *Model Penal Code* contiene una regulación completa en *sect.* 3.02; la restricción acabada de mencionar parece haber desaparecido aquí. El StGB de la *DDR* contiene en el § 18 I una regulación del estado de necesidad como causa de justificación que, al igual que la relativa a la legítima defensa,

60 Cfr. *Rittler*, t. I, pág. 144; *el mismo*, OGH-Festschrift, pág. 249; *Kienapfel*, ÖJZ 1975, 421 y ss.; *Nowakowski*, Grundriß, pág. 61, por el contrario, considera el estado de necesidad justificante "sólo como base para la tipificación de nuevas situaciones justificantes". El OGH ha admitido también la teoría de la diferenciación (OGH ÖRiZ 1959, 63; JBl 1972, 623).

61 *Hafter*, Allg. Teil, pág. 157; *Schultz*, Einführung I, pág. 174; *Schwander*, Das schweiz. StGB, págs. 81 y ss. con referencias jurisprudenciales; es importante sobre todo BGE 75 (1949) IV 49.

62 *Stefani/Levasseur*, Droit pénal général, págs. 170 y ss.; *Vouin/Léauté*, Droit pénal, págs. 70 y ss.; *Merle/Vitu*, Traité, págs. 449 y ss.; Cass. de 25-6-1958, D. P. 1958, 693; Cass. de 27-12-1961, J. C. P. 1962, II 12.652.

63 *Bettiol*, Diritto penale, págs. 329 y ss.; *Scarano*, La non esigibilità, página, 133; *Azzali*, Novissimo Digesto Italiano, t. XVIII, págs. 356 y ss.

64 *Antón Oneca*, Derecho Penal, pág. 265; *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal, págs. 495 y ss.; *Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo*, art. 8, núm. 7 Anm. II.

65 La literatura incluye ahí los casos de estado de necesidad justificante; cfr. *van Bemmelen*, Ons strafrecht, págs. 206 y ss.; *Pompe*, Handboek, págs. 130 y ss.; *el mismo*, Das niederländische Strafrecht, págs. 72 y ss.; *D. Hazewinkel-Suringa*, Inleiding, págs. 265 y ss.

66 Cfr. *Grünhut*, Das englische Strafrecht, pág. 205 y ss.; *Smith/Hogan*, Criminal Law, págs. 157 y ss. y 277 y ss.; *Glanville Williams*, Criminal Law, páginas 724 y ss.; *Pröchel*, Notstand, págs. 51 y ss.

67 Cfr. *Honig*, Das amerikanische Strafrecht, págs. 157 y ss.; *Pröchel*, Notstand, págs. 52 y ss.

incluye entre los bienes susceptibles de protección el "orden socialista del Estado y de la Sociedad".[68] La colisión de deberes justificante se halla regulada en el § 20 con el requisito de una "comprobación consciente y responsable".[69]

* * *

I Especies de estado de necesidad

En Derecho español no existe la multiplicidad de regulaciones que se prevén en Alemania para el estado de necesidad. Los cuatro preceptos generales que el Derecho alemán destina a esta institución (el estado de necesidad defensivo — o defensa de cosas — y el estado de necesidad agresivo previstos por el Derecho civil, *§§ 228 y 904 BGB, respectivamente, y el estado de necesidad justificante — antes de 1975 "supralegal" — y el exculpante contenidos en los §§ 34 y 35, respectivamente, del Código* penal *alemán), se traducen en España en una sola circunstancia eximente del art. 8, la séptima (art. 26, 6.°, Proyecto 1980). Comparada con las modalidades alemanas esta circunstancia da cabida al estado de necesidad agresivo jurídico-civil, al justificante y, según la doctrina dominante, al exculpante que tenga lugar ante un conflicto de bienes iguales, pues concurre en cuanto se produce un estado de necesidad que se resuelve lesionando un bien propio o ajeno o infringiendo un deber, con tal que el mal causado no sea mayor — esto es, sea menor o igual — que el que amenazaba. Se prevé expresamente, como se ve, el* auxilio necesario *y el* conflicto de deberes. *Quedan fuera el "estado de necesidad defensivo" previsto por el § 228 BGB y los casos en que el StGB admite estado de necesidad exculpante en defensa de la integridad física o la libertad* pese a que el mal causado sea mayor *(§ 35).*

Esta última posibilidad que permite el estado de necesidad exculpante en Alemania pone de manifiesto una importante diferencia existente entre el sentido de la distinción de estado de necesidad justificante y exculpante que se efectúa en este país y el de la formulada en el nuestro por la doctrina dominante en base al art. 8, 7.°, diferencia cuya significación no parece haber sido advertida en todo su alcance por dicha doctrina. Ésta parte de la base de que en ambos países puede decirse que el estado de necesidad justificante abarca a casos de conflicto entre bienes de distinto valor, *en que se salva el más valioso, y el estado de necesidad exculpante se refiere a los supuestos en que entran en colisión bienes de igual valor.*[1] *Pues bien, la lectura del § 35 pone claramente de manifiesto que en Alemania el estado de necesidad exculpante no requiere la igualdad valorativa de los bienes en conflicto, ni ninguna otra clase de comparación de importancias, sino sólo que se cometa el hecho para conjurar un peligro existente para la vida, la integridad física o la libertad del agente, de un pariente próximo o de otra persona allegada, salvo ciertos casos de exigibilidad de soportar el riesgo. Quien da muerte a otro para salvar un miembro principal quedará exculpado por el § 35 StGB. Ello se debe a que la exculpación no procede en Alemania de una equivalencia* objetiva *de bienes en conflicto, esto es, del principio de ponderación de bienes, que se considera únicamente inspirador del estado de necesidad justificante, sino de una situación subjetiva en la que no cabe exigir una conducta que sería heroica al autor — lo que sucede sólo cuando peligran bienes personalísimos como la vida, la integridad física o la libertad, con independencia de que el mal causado en su defensa pueda ser objetivamente mayor —. Con tal planteamiento nada tiene que ver el punto de vista objetivo, de ponderación de bienes, adoptado por el art. 8, 7.° CP y el trasplante de la teoría de la diferenciación alemana a la interpretación de este precepto español conduce, lógicamente, a resultados insatisfactorios que rompen la coherencia de la formulación germánica.*

En efecto. Por una parte, como se deduce de lo expuesto, el art. 8, 7.° resulta excesivamente estrecho *para cobijar a todos los casos de estado de necesidad exculpante, que no necesariamente requiere igualdad de bienes en conflicto. Pero es que, por otra parte, la concepción usual de dicho precepto conduce a* ampliar *en demasía el alcance del estado de necesidad. Se sigue de los términos de la distinción que efectúa la doctrina dominante de los ámbitos correspondientes a la justificación y a la exculpación, que todo estado de necesidad entre bienes* desiguales *en que se salva el más valioso justifica el hecho, y que le exculpa todo aquel que se produzca entre bienes de* igual valor. *Lo primero conduce a tener que admitir la justificación en casos de* mínima diferencia *entre los bienes en colisión, lo que resulta excesivo porque siendo poca la diferencia no debe el Derecho aprobar la perturbación del orden jurídico y, en su caso, la intromisión en los derechos ajenos. Distinta es la situación en Alemania, ya que para la justificación se requiere que el mal amenazante sea* considerablemente *mayor — salvo el caso del "estado de necesidad defensivo", que participa de los principios de la legítima defensa —. En cuanto a la excesiva amplitud del estado de necesidad exculpante, según la interpretación dominante que lo considera reflejado en el supuesto de conflicto de bienes iguales, también resulta manifiesta en cuanto se piensa en* peligros que no amenazan bienes personalísimos. *Así, conduciría a tener que admitir la exculpación en todos los casos en que alguien priva a otro de un bien para no perder otro de igual valor, lo que es intolerable si se piensa en ejemplos como éste: ante la fuerte tormenta alguien toma el paraguas de otra persona en lugar del suyo con el solo objeto de evitar que el suyo, de igual valor, se estropee — supongamos que concurren los demás requisitos del estado de necesidad —. No estando justificada la conducta, sólo merece quedar impune cuando exigir evitarla al autor supondría pretender de él una conducta heroica, y ello sólo sucede cuando peligran bienes personalísimos.*

La única manera de evitar tan graves inconvenientes es desistir del empeño de cobijar en el art. 8, 7.° tanto el estado de necesidad justificante como el exculpante. A tal empeño se opone ya el hecho de que el art. 8, 7.° prevé un solo tratamiento *de todos los supuestos a que alcanza, en abierta*

68 Cfr. *Strafrecht der DDR (Neuhof/Orschekowsky)*, § 18 Anm. 3. Destacan la adecuación a Derecho de la acción realizada en estado de necesidad, *Lekschas/Renneberg*, Lehrbuch, pág. 410.

69 El § 20 StGB de la RDA determina que el deber superior tenga preferencia sobre el inferior. En caso de equivalencia de deberes, según *Lekschas/Renneberg*, Lehrbuch, pág. 418 desaparece el reproche de culpabilidad, cualquiera que sea la decisión del autor.

1 Cfr. *Sáinz Cantero*, La exigibilidad... 1965, p. 123; *Antón Oneca*, PG página 266; *Rodríguez Devesa*, PG p. 501. Especialmente clara es la comparación expresa de Alemania y España que en este sentido equiparador efectúa *Gimbernat*, Estudios p. 108.

contradicción con el planteamiento diferenciador que requería si diese cabida a instituciones tan diversas como el estado de necesidad justificante y el exculpante. Piénsese sólo en la ilimitada extensión que el art. 8, 7.° confiere al auxilio necesario *(de terceros), perfectamente comprensible para el estado de necesidad justificante, pero no para el exculpante — de ahí que en Alemania sólo se admita para salvar un bien personalísimo de un pariente próximo o persona allegada —. Esta dificultad ha de resolverse viendo en el art. 8, 7.° la sola regulación del estado de necesidad* justificante. *Sólo así puede explicarse, además, que dicho precepto se fije* únicamente en la comparación de los males *y no tome en consideración para ningún supuesto el carácter personalísimo del bien en peligro.*

La concepción del estado de necesidad del art. 8, 7.° como causa de justificación se defiende ya en nuestro país por algún autor.[2] *Mas el planteamiento que aquí propongo diverge en dos sentidos de este sector doctrinal.* Por una parte, *no intento excluir la bondad de la teoría de la diferenciación tal como se defiende en Alemania, en cuyo Código actual se halla acogida expresamente por la ley, ni tampoco me opongo a la posibilidad de sostener esta teoría en nuestro país. Lo único que persigo es probar que el planteamiento diferenciador no puede pretenderse reflejado* en el interior del art. 8, 7.°, *lo que no obsta a que, según pienso, pueda encontrar apoyo reservando este precepto al estado de necesidad justificante y situando el exculpante en el* miedo insuperable *del art. 8, 10.° (art. 26, 8.°, Proyecto 1980).* Por otra parte, *que considere causa de justificación del art. 8, 7.° no supone que estime merecedora de justificación, sin más, toda lesión de un bien para salvar otro de igual o de poco mayor valor.*

Por lo que respecta a lo primero, creo, en efecto, que la regulación española del miedo insuperable *puede y debe cumplir la función que en Alemania desempeña el actual § 35, relativo al estado de necesidad exculpante, precepto que ha absorbido el anterior § 52 que preveía los casos de violencia o amenaza irresistibles con peligro actual para la vida o la integridad corporal, por resultar innecesario (*cfr. infra *§ 44). No es momento éste de analizar como sería preciso la eximente de miedo insuperable del art. 8, 10.°. Solamente diré que el único modo de evitar que entre en contradicción con la eximente de trastorno mental transitorio y pueda conducir a tener que castigar pese a concurrir inimputabilidad — lo que podría suceder porque el art. 8, 10.° requiere ciertos requisitos objetivos que pueden faltar — es no concebirla como causa relacionada con la imputabilidad que deba excluirla o disminuirla notablemente, sino como causa de* inexigibilidad[4] *que cobijara en nuestro país el estado de necesidad exculpante. Se explicaría, así, que el art. 8, 10.° condicione la exención al dato objetivo de la amenaza de un "mal igual o mayor", que nada tiene que ver con la imputabilidad y no puede "restringirla" y, en cambio, es perfectamente comprensible como exigencia de que el agente*

[2] Así, brillantemente por *Gimbernat,* Estudios p. 115 ss. Le sigue *Luzón Peña,* Legítima defensa pp. 243 s.

[3] Cfr. *Córdoba,* Comentarios I pp. 336 ss.

[4] En este sentido *Rodríguez Devesa,* PG pp. 610 y 615. En este último lugar no descubre más "diferencia" entre el estado de necesidad y el miedo insuperable que la de que "el miedo ha de ser producido por la *amenaza de una tercera persona...*". Mas ni siquiera este último elemento puede requerirse a la vista de la redacción legal, que no exige el origen personal del mal que amenaza.

no ceda ante un peligro que para el hombre medio *no sería igual o mayor y no excluiría lo exigible al mismo. ¿Cuál sería entonces la diferencia entre el estado de necesidad justificante del art. 8, 7.°, que también requiere que el mal causado no sea igual o mayor, y el miedo insuperable, que no requeriría supresión ni disminución notable de la imputabilidad? A mi juicio es posible una nítida diferenciación:*[5] *mientras que en el estado de necesidad justificante debe preguntarse si el mal es igual o mayor al hombre medio situado en posición* imparcial *ante los bienes en conflicto, en el miedo insuperable la pregunta debe dirigirse al hombre medio colocado* en la situación del autor. *Aquí hay que preguntar: ¿qué mal consideraría mayor el hombre medio que se viese amenazado como el autor? Así, mientras que entre la vida y la integridad física el hombre medio imparcial debe estimar de mayor valor la primera, puede considerar más grave para él perder una extremidad que el mal que también para él debe representar el dar muerte a un semejante. Por lo demás, subsiste en todo caso la posibilidad de acudir a una* eximente supralegal *de* estado de necesidad exculpante, *lo que en el Proyecto 1980 resultaría facilitado por la* expresa *admisión de la analogía* in bonam partem.

En segundo lugar decía que no estimo correcto que pueda sin más quedar exenta (justificada) con arreglo al art. 8, 7.° toda lesión de un bien para salvar otro de igual o de poco mayor valor. Contra lo que pudiera parecer, a ello no obliga la redacción del art. 8. 7.°, pues, como ha advertido Córdoba, *no se refiere a que el* bien *salvado sea igual o mayor que el sacrificado, sino a "que el* mal *causado no sea mayor que* el que *se trate de evitar", lo que impone una comparación de* males *y no de bienes, comparación que puede dar distinto resultado.*[6] *En efecto, el* mal *causado al lesionar un bien jurídico-penalmente protegido supone no sólo el menoscabo de un bien, sino* además *una perturbación del orden jurídico*[7] *y, siendo individual el bien, una ingerencia anormal en la esfera del lesionado. De ello cabe deducir que el "mal" causado por la acción realizada en estado de necesidad* necesariamente *deberá ser mayor que la lesión del bien que supone. Se alcanza por esta vía una conclusión importante, que modifica la interpretación tradicional del art. 8, 7.° y en particular del supuesto de igualdad de males: si el "mal" ha de ser siempre mayor que la lesión del bien que implica, la igualdad* entre los bienes *en conflicto no bastará para que se dé la igualdad* de males *que requiere la ley; siempre que en situación de necesidad se lesiones un bien igual que el que se salva, podrá ser mayor el mal causado (que encierra la perturbación*

[5] Pese al temor de confusión con el estado de necesidad del art. 8, 7.° que manifiesta *Córdoba,* Comentarios I p. 358; pues aunque la interpretación objetiva aquí propuesta lleva "a convertir el miedo insuperable en una simple especie de estado de necesidad", no hace "por completo superflua" la eximente décima ya que el art. 8, 7.° sólo daría cobijo al estado de necesidad *justificante,* y no al *exculpante* para el cual sería preciso el 8, 10.°.

[6] Cfr. *Córdoba,* Comentarios pp. 287 s. Le sigue *Bajo Fernández,* ADPCP 1979, pp. 495 s.

[7] A diferencia de otras causas de justificación, como la legítima defensa o el ejercicio de un cargo, el estado de necesidad no convierte en "positivo" el "mal" causado, que la ley sigue llamando con este nombre: cfr. *Gimbernat,* Estudios página 121; *Luzón Peña,* Legítima defensa pp. 243, 112 nota 438, 115.

[8] En esta línea, y en relación a un caso concreto más arriba contemplado cfr. *Córdoba,* Comentarios I p. 288.

inherente a la realización del hecho típico) que el evitado (que generalmente sólo consistirá en la lesión del bien impedida).[9] *Por lo mismo, tampoco bastará la superioridad del bien salvado, salvo que sea lo suficiente amplia como para compensar el plus representado por la perturbación que supone el hecho típico.*

Particular interés puede tener la aplicación de esta construcción al ámbito de los trasplantes quirúrgicos. *La interpretación dominante tendría que llegar a la insatisfactoria conclusión de que actúa amparado por estado de necesidad el médico que con violencia o engaño extrae un órgano, acaso vital, de una persona sana como único modo de salvar la vida de un paciente. Piénsese en el caso extremo de que el médico prive a alguien de uno de sus ojos para evitar la ceguera de un paciente. En estos casos es evidente que el médico no lesiona un "bien" mayor que el que salva y, sin embargo, ¿es admisible que su actuación quede impune por resultar comprendida en el estado de necesidad?*[10] *La exigencia de consentimiento que para la extracción de órganos de personas vivas ha venido a expresar el art. 4 c) de la Ley de 27 oct. 79 hace* ilícitos *estos supuestos pero no impone por sí sola su* punibilidad. *Ésta seguirá excluida en cuanto el hecho resulte subsumible en la eximente de estado de necesidad. La única forma de evitar esta consecuencia insostenible es entender qu la privación* dolosa *de la vida o integridad física de una persona constituye siempre un "mal" mayor que la sola producción naturalística, o su no evitación, de una lesión corporal o de la muerte. Dado el especialísimo valor no sólo de la vida, sino también de la integridad física, de ambos depende la persona como "fin en sí misma", ello debe concretarse en el sentido de que,* excepcionalmente, *tampoco la integridad física del hombre puede instrumentalizarse por nada, ni siquiera como medio de salvar la vida o la integridad física de otra persona, salvo que se trate de evitar una agresión procedente de la persona lesionada. No cabría, pues, admitir que obra en estado de necesidad el cirujano que extrae un órgano* no *principal de alguien sin su consentimiento para salvar la vida de un paciente. Debería entenderse que causa un "mal" mayor (privación dolosa de la integridad física de una persona que es "fin en sí misma") que el que evita (la muerte como proceso biológico normal). Queda a salvo la posibilidad de que concurra miedo insuperable o, de reputarse éste insuficiente, acudir a una causa supralegal de exculpación, pero en todo caso* no bastaría ya la mera comparación objetiva de los bienes en conflicto, *sino que todo dependería de la concurrencia en el sujeto de una situación motivacional suficientemente anormal (no exigibilidad).*

II. El estado de necesidad justificante

Según el planteamiento anterior, el art. 8, 7.° se limita al estado de necesidad justificante, ocupando el lugar que en el StGB alemán corresponde al § 34. Las consideraciones efectuadas en el texto a propósito de este pará-

[9] Salvo, claro está, los casos en que el peligro que amenaza consiste a su vez en un hecho típico: p. ej., los dos náufragos luchan a muerte por conseguir la tabla de salvación.

[10] Da respuesta negativa a esta cuestión *Bajo Fernández,* ADPCP 1979, páginas 495 y ss.

grafo son en general aplicables al Derecho español, con las particularidades señaladas en relación a la comparación de males y las que a continuación se mencionan. El art. 8, 7.° no prevé una cláusula de "adecuación" como el § 34. En cambio exige dos requisitos que en Alemania se contemplan dentro de aquella cláusula: que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente *por el sujeto y que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo,* obligación de sacrificarse. *Recuérdese, por otra parte, que el art. 8, 7.° menciona expresamente la* colisión de deberes, *equiparando su tratamiento al de las demás formas de estado de necesidad justificante.*

§ *34 Consentimiento y consentimiento presunto del lesionado*

Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970; *Baumann,* Körperverletzung oder Freiheitsdelikt, NJW 1958, 2.092; *Berz,* Die Bedeutung der Sittenwidrigkeit für die rechtfertigende Einwilligung, GA 1969, 145; *Bockelmann,* Das Strafrecht des Arztes, 1968; *Boehmer,* Zum Problem der "Teilmündigkeit" Minderjähriger, MDR 1959, 705; *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; *Firnhaber,* Rechtsgeschäft und Einwilligung bei Vermögensdelikten, tesis, Bonn 1956; *Geerds,* Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, tesis, Kiel 1953; *el mismo,* Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 1954, 262; *el mismo,* Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf, ZStW 72 (1960), página 42; *Geppert,* Rechtfertigende "Einwilligung" des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr? ZStW 83 (1971), pág. 947; *Goldmann,* Die behördliche Genehmigung als Rechtfertigungsgrund, tesis, Freiburg 1967; *Haefliger,* Über die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, SchwZStr 67 (1952), pág. 92; *Hanack,* Die Sterilisation aus sozialer Indikation, JZ 1964, 393; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 20, 81, JZ 1965, 221; *Hirsch,* Einwilligung und Selbstbestimmung, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 775; *Honig,* Die Einwilligung des Verletzten, 1919; *Keßler,* Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, 1884; *Kientzy,* Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutträgers, 1970; *Langrock,* Zur Einwilligung in die Verkehrsgefährdung, MDR 1970, 982; *Lenckner,* Die Einwillung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, ZStW 72 (1960), pág. 446; *Marx,* Die Definition des Begriffs "Rechtsgut", 1972; *Noll,* Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955; *el mismo,* Tatbestand und Rechtswidrigkeit..., ZStW 77 (1965), pág. 1; *el mismo,* Begriff und Funktion der guten Sitten im Strafrecht, Festschrift für das OLG Zweibrücken, 1969, pág. 206; *Orschekowsky/Benjamin,* Der materielle Verbrechensbegriff, NJ 1958, 812; *Pfersdorff,* Die Einwilligung des Verletzten als Strafausschließungsgrund, tesis, Straßburg 1897; Roxin, Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1964, 373; *el mismo,* Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª ed., 1973; *el mismo,* Über die mutmaßliche Einwilligung, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 447; *Rubinstein,* The Victim's Consent in Criminal Law, en: Studies in Comparative Criminal Law, 1975, pág. 189; *Rudolphi,* Literaturbericht, ZStW 86 (1974), página 68; *el mismo,* Anmerkung zu OLG Hamburg vom 19-11-1974, JR 1975, 512; *Sax,* Bemerkungen zum Eigentum als strafrechtlichem Schutzgut, Festschrift für F. Laufke, 1971, pág. 321; *Eb. Schmidt,* Empfiehlt es sich, daß der Gesetz-

geber die Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht regelt? Verhandlungen des 44. DJT, t. I, 1962; *R. Schmitt*, Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst? Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 113; *Schrey*, Der Gegenstand der Einwilligung des Verletzten, Strafr. Abh. Heft 248, 1928; *Stratenwerth*, Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 (1956), pág. 41; *S. A. Strauß*, Aspekte van die begrip "Toestemming"..., 1963; *Traeger*, Die Einwilligung des Verletzten..., GS 94 (1927), págs. 112; *Glanville Williams*, Consent and Public Policy, Criminal Law Review 74 (1962), pág. 154; *Wilts*, Die ärztliche Heilbehandlung in der Strafrechtsreform, MDR 1970, 971; 1971, 4 y 92; *Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970; *el mismo*, Die Bedeutung und Behandlung der Einwilligung im Strafrecht, ÖJZ 1977, 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 hecho punible puede poseer distintos significados para el enjuiciamiento jurídico-penal.[1]

a) En primer lugar, existen delitos que sólo pueden cometerse *con la conformidad* de la otra parte (delitos de encuentro, cfr. *infra*, § 64 VI 1), como el de usura (§§ 302a y ss.) o el de sustraerse al cumplimiento del servicio militar mediante mutilación (§ 209 1 segunda alternativa). La conformidad cuenta en estos casos entre los elementos del tipo de la acción punible. Este grupo no se discute, por lo que puede prescindirse aquí de su contemplación.

b) Por otra parte, en ciertos preceptos penales la acción típica se dirige, según el tenor literal o el sentido de la descripción legal, inmediata o exclusivamente contra la voluntad del afectado, siendo en cambio inofensiva de concurrir su conformidad. En tales casos, la circunstancia que fundamenta el injusto de la correspondiente especie de delito consiste en la contradicción de la voluntad del lesionado. Si el afectado está de acuerdo, la acción punible se convierte en un proceso normal entre ciudadanos en el marco del orden social dado. Desde el punto de vista del Derecho Penal esto supone que en tales casos la conformidad excluye la presencia de una acción típica. No es precisa la función de apelación del tipo (cfr. *supra*, § 31 I 2), puesto que el hecho no determina ningún nivel de valoración jurídico-penalmente relevante. Este supuesto de conformidad se denomina **"acuerdo"** *(Einverständnis)*.[2]

1 Cfr. sobre esto *Binding*, Handbuch, pág. 717; *Honig*, Einwilligung, página 119; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, pág. 64; *Geerds*, GA 1954, 262; *el mismo*, ZStW 72 (1960), págs. 42 y ss.

2 Así primero *Geerds*, Einwilligung und Einverständnis, págs. 105 y ss.; *el mismo*, GA 1954, 262. Le sigue la doc. dom., cfr. *Blei*, Allg. Teil, pág. 120; *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 102; *Dreher*, § 32 Vorbem. 3; *Geppert*, ZStW 83 (1971), págs. 959 y ss.; *Kohlrausch/Lange*, § 51 Vorbem. II 3a; *Lackner*, § 32 Vorbem. II 5a aa; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 102; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, páginas 239 y ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 269; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 30; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 95; *SK (Samson)*, § 32 Vorbem. 36.

Ejemplos: En los delitos contra la libertad de formación de la voluntad y de actuación (§§ 108, 177, 240, 249, 253) el acuerdo del afectado excluye la tipicidad de la acción. El actuar en contra de la voluntad de la mujer pertenece también al tipo de rapto, en el sentido del § 237. La "interrupción" de la tenencia ajena en el hurto (§ 242) no puede tener lugar sino contra la voluntad del tenedor; si concurre acuerdo únicamente puede entrar en consideración la apropiación indebida (RG 5, 218 [220]). Igualmente, el allanamiento de morada (§ 123) requiere en sus dos formas de comisión una actuación contraria a la voluntad del morador. El delito del § 142 sólo concurre cuando el sujeto legitimado para la constatación no se halla de acuerdo con que el que ha intervenido en el accidente se aleje del lugar del suceso.

c) Finalmente, existen preceptos penales en los cuales, aunque el afectado puede de hecho disponer del bien jurídico protegido, la acción típica no se dirige únicamente contra su voluntad, sino que en ellos el objeto de la acción previsto en el tipo experimenta un menoscabo a causa del hecho que posee un significado propio para la comunidad, con independencia de la voluntad del afectado. El actuar con la conformidad del afectado no constituye aquí un proceso normal de la vida social, sino que conduce a un daño que puede ser extremadamente doloroso que, sin embargo, el titular del bien jurídico, en uso de su libertad de disposición, está dispuesto a soportar por las razones que sean. Tales casos se denominan por la doctrina dominante como de **"consentimiento"** *(Einwilligung)*, y en ellos la conformidad se trata como causa de justificación, puesto que la libertad de disposición del legitimado sólo se reconoce dentro de ciertos límites.[3]

Ejemplos: Quien se deja encerrar para contribuir a un experimento científico que le va a impedir durante un tiempo todo contacto de su parte con el mundo exterior, abandona transitoriamente su libertad de movimiento (§ 239). Quien se deja practicar una operación de *cosmética*[4], permite temporalmente un menoscabo más o menos importante de su integridad corporal. Quien permite a su médico revelar en un proceso de separación, como perito, una perturbación psíquica de gravedad que le aqueja (§ 203 I número 1; StGB §§ 383 I núm. 5, 385 II ZPO), deja en manos de los sujetos del proceso un secreto de otra forma estrictamente protegido.[5] El tío que consiente a su sobrino desmontar ciertas partes de su vehículo para que aquél pueda familiarizarse con las reparaciones que durante un viaje de investigación posiblemente se hagan necesarias, prescinde provisionalmente del correcto funcionamiento de su coche (§ 303).

3 Cfr. *Baumann*, Allg. Teil, págs. 330 y ss.; *Dreher*, § 32 Vorbem. 3; *Geerds*, ZStW 72 (1960), pág. 43; *Lackner*, § 32 Vorbem. II 5b; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 100; *Hirsch*, Welzel-Festschrift, pág. 799, nota 75; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 33; *SK (Samson)*, § 32 Vorbem. 38; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 357; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 64; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 95.

4 El tratamiento *médico* no realiza ya, según la doc. dom., ningún tipo de lesiones (cfr. *infra*, § 34 III 3a).

5 Contra la doctrina dominante, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 203 Anm. 22 aprecia en este caso un acuerdo (Einverständnis) que excluye el tipo.

2. Mientras que en principio existe coincidencia acerca de la distinción de los dos grupos de casos de acuerdo y consentimiento,[6] últimamente ha venido a resultar polémico su **tratamiento jurídico-penal.**

a) Hasta ahora se entendía que era posible establecer principios generales sobre el "acuerdo" y los presupuestos de su eficacia, que fuesen comunes a todos los preceptos penales en los que entra en juego el referido acuerdo. Así, se decía que el acuerdo era siempre de "naturaleza puramente fáctica", que podía prestarse bajo error, que el afectado no precisaba haber captado el significado del bien jurídico agredido y que, por último, el acuerdo no había de ser necesariamente manifestado ni haber llegado a conocimiento del autor.[7] En contra de este planteamiento cabe, sin embargo, formular *reparos* que aparecen justificados.[8] En realidad, el acuerdo *no* es en todos los supuestos de naturaleza puramente fáctica, ni tampoco puede responderse a la cuestión de hasta qué punto puede deberse al influjo de engaño o coacción, ni a la de si debe manifestarse para resultar eficaz, con carácter general, sino sólo en relación a los distintos tipos y según su sentido y finalidad.

Ejemplos: Así, para excluir la violación (§ 177) basta ciertamente la voluntad natural de la mujer de tener relaciones sexuales extramatrimoniales. No importa a tales efectos la capacidad de entendimiento ni el error. La voluntariedad sólo puede negarse en caso de concurrir violencia o amenaza cualificada, puesto que el tipo de violación sólo se realiza si las relaciones sexuales extramatrimoniales se consiguen mediante violencia o amenaza con peligro actual para la vida o la integridad física. Del todo distinta es la situación jurídica respecto del allanamiento de morada (§ 123), en el cual el elemento de entrada indebida se realiza si concurre cualquier presión por parte del autor sobre la voluntad en contrario del morador, mientras que el acuerdo conseguido subrepticiamente hace desaparecer el tipo.[9] Por otra parte, el grado de capacidad de entendimiento requerible para un acuerdo eficaz es distinto en los diferentes tipos: en el rapto (§ 236 de la ant. redac., actual § 237) basta para la negación del tipo la voluntad natural de conformidad de la mujer, aunque sea ésta una enferma men-

6 En distinto sentido, sobre todo *Kientzy*, Der Mangel am Straftatbestand, páginas 32 y ss., mientras *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 269 y ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 239 y *Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme, pág. 20 permanecen fieles a la distinción y proponen solamente cambiar la posición del consentimiento en la estructura del delito.

7 Así *Geerds*, GA 1954, 265; *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 102; *SK (Samson)*, § 32 Vorbem. 37; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 95; *Wessels*, Allg. Teil, págs. 63 y siguientes.

8 Así *Arzt*, Willensmängel, págs. 24 y ss.; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 103; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 32; *Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme, págs. 15 y ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 366. Cfr. además *Kientzy*, Der Mangel am Straftatbestand, págs. 65 y ss., que intenta tratar todos los casos del acuerdo según las reglas del consentimiento, lo que según la dirección contraria lleva demasiado lejos.

9 Cfr. *Schönke/Schröder/Cramer*, § 123 Anm. 14b; BayObLG 1951, 181.

tal (BGH 23, 1 [3]); en el delito de fuga del lugar de un accidente de tráfico (§ 142), por el contrario, no puede pronunciarse una renuncia eficaz a la constatación de los datos por parte del interviniente menor (OLG Hamm VRS 23, 102 [104]; OLG Karlsruhe GA 1970, 311 [312]). Igualmente puede importar la manifestación del acuerdo para la exclusión del tipo. Cuando la policía tiende una trampa a un ratero enviando a un mercado abarrotado de gente a una funcionaria de la brigada criminal vestida con traje de calle y provista de un cesto de la compra del que sobresale un monedero, el autor que toma el dinero sólo comete tentativa de hurto, ya que basta la pura presencia de acuerdo por parte del tenedor para excluir la interrupción de la tenencia (BGH 4, 199). Por el contrario, habrá que considerar que constituye entrada indebida (§ 123) la "ocupación de una casa" por estudiantes si el propietario de la misma se pliega tácitamente a la irrupción bajo la presión de las circunstancias.

b) También ha venido a resultar dudosa la cuestión de la **posición del consentimiento** en el sistema de la teoría del delito. Mientras que la doctrina mayoritaria considera todavía que el consentimiento constituye una causa de justificación,[10] un sector minoritario ve en el consentimiento una circunstancia que excluye el tipo.[11] Se concibe por estos autores la falta de consentimiento en cierto modo como un especial elemento negativo y, por tanto, su presencia en todos los casos en que el bien jurídico se deja al poder de disposición de su titular como una circunstancia que de antemano sustrae al hecho su relevancia jurídico-penal. Esta opinión se funda en que en los preceptos penales que protegen bienes jurídicos disponibles el auténtico bien jurídico no lo constituye la integridad del objeto, sino el dominio autónomo del legitimado sobre el mismo. Pero ello implica una subjetivización del concepto de bien jurídico que trasladaría la vigencia del precepto penal al arbitrio del titular del bien jurídico. La cuestión de si el consentimiento excluye ya el tipo de la acción punible o constituye una causa de justificación podría dejarse de lado si careciera de significación práctica. Pero no es éste el caso. Las consecuencias prácticas serían, por el contrario, las mismas que procederían de admitirse que las causas de justificación deben tratarse como elementos negativos del tipo (cfr. *supra*, § 25 III). Por una parte, el tratamiento del error sobre los presupuestos del consenti-

10 Así *Baumann*, Allg. Teil, pág. 330; *Blei*, Allg. Teil, pág. 119 y ss.; *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 102; *Dreher*, § 32 Vorbem. 3; *Geerds*, ZStW 72 (1960), página 43; *Lackner*, § 32 Vorbem. II 5b; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 100; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 33; *SK (Samson)*, § 32 Vorbem. 38; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 95; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 64.

11 Así *Eser*, Strafrecht I, núm. 8 A2; *Kientzy*, Der Mangel am Straftatbestand, págs. 65 y ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 236 y ss.; *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, pág. 25, nota 57; *el mismo*, Welzel-Festschrift, página 449; *Rudolphi*, ZStW 86 (1974), pág. 87; *Sax*, Laufke-Festschrift, páginas 337 y ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 268 y ss.; *SK (Horn)*, § 226a Anm. 2; *Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme, págs. 28 y ss.; *el mismo*, ÖJZ 1977, 380 y ss.

miento depende de su posición en el sistema. Por otra parte, la situación del consentimiento resulta decisiva para decidir si en los casos en que la concurrencia del mismo pasa inadvertida al autor ha de estimarse tentativa o consumación. Finalmente, importa en orden al tratamiento del error sobre los límites del consentimiento el hecho de si tal error lo es de tipo o de prohibición.

3. Lo correcto es entender que el *consentimiento* constituye una **causa de justificación.** El objeto de la protección jurídico-penal en los tipos que se refieren a bienes jurídicos del particular es la integridad del sustrato que resulta menoscabado bajo la forma del correspondiente objeto de ataque por la acción típica.[12] La integridad corporal, la libertad de movimiento, el patrimonio, el honor, la esfera íntima se protegen ante todo con independencia de la voluntad del legitimado, en cuanto bienes vitales para la comunidad que hacen posible la libertad, la autodeterminación y la dignidad humana y por lo que a menudo se garantizan incluso a nivel constitucional. Si el legitimado deja uno de tales bienes al acceso de un tercero, ello significa que, pese al consentimiento, dicho hecho sigue siendo significativo para el Derecho Penal y no le es indiferente de antemano. Por ello, la voluntad de aceptación del legitimado no se considera decisiva sin más, sino que se hace depender en su eficacia de ciertas condiciones llamadas a impedir que el titular del bien jurídico se perjudique a sí mismo sin advertir del todo los inconvenientes que implica la renuncia del bien jurídico. Así se explica que el consentimiento requiera capacidad de discernimiento, que deba en principio hallarse libre de error y coacción y ser susceptible de conocimiento exterior. La disposición que establece que las lesiones sigan siendo antijurídicas cuando, pese al consentimiento, se opongan a las buenas costumbres (§ 226a), muestra también que, por la importancia prioritaria del bien jurídico presente en las lesiones, el legislador puede someter el consentimiento a restricciones que únicamente pueden explicarse en base al interés público que existe en su conservación.

También hay, evidentemente, casos en que el consentimiento repercute directamente en el tipo. Quien convierte en leña un viejo armario modifica su destino, y ello excluye de antemano la posibilidad de daños sobre él (§ 303). No manifiesta menosprecio alguno (§ 185) quien encuentra correspondencia a ingerencias sexuales. En la firma de un documento con el nombre de otra persona el consentimiento de ésta excluye el tipo del § 267, si la misma quiere y puede hacerse representar, ya que en tal caso el documento deja de ser "inauténtico".

12 Así *Hirsch*, Welzel-Festschrift, pág. 799, nota 75; *Noll*, Festschrift f. d. OLG Zweibrücken, pág. 222; *Geppert*, ZStW 83 (1971), pág. 968; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 34. Por el contrario, *Stratenwerth*, Allg. Teil I, número 364 piensa únicamente en tipos que requieren una lesión *sustancial*. Mas la idea del menoscabo jurídico independiente de la voluntad del lesionado posee carácter general.

II. El consentimiento como causa de justificación

1. La **historia del consentimiento** como causa de justificación es antigua.[13] El conocido aforismo jurídico *"volenti non fit iniuria"* encuentra su precedente en el pasaje del Digesto *"nulla iniuria est quae in volentem fiat"* (D. 47, 10 de iniur. 1. 1 § 5). Este principio jurídico, todavía hoy fundamentalmente válido, significaba para el *Derecho romano* que el consentimiento poseía en todos los supuestos de *"iniuria"* (lesión de los derechos de la personalidad, incluidos el de la vida y el de la integridad física) virtualidad justificante, por entender que a todo ciudadano era lícito disponer libremente sobre su propia esfera vital. Para la *teoría del Derecho natural*, que vio la esencia del delito en la vulneración de Derechos subjetivos, importaba esclarecer en qué medida el ordenamiento jurídico concedía al lesionado la facultad de renunciar a la protección penal *(Kleinschrod, Klein, Feuerbach)*. Los partidarios de la *Escuela Histórica del Derecho (Rosshirt, Stahl)* negaron, en cambio, como principio la admisibilidad de un consentimiento eficaz, puesto que el Derecho Penal estaba llamado a servir, desde su punto de vista, únicamente a la colectividad. Los *hegelianos (Abegg, Köstlin, Berner, Hälschner)* volvieron, por el contrario, al criterio de la disponibilidad del bien jurídico agredido, porque la voluntad subjetiva del individuo ya no se presenta como negación de la voluntad general objetiva en caso de consentimiento válido. La *Escuela Sociológica del Derecho*, por último, vio la esencia de la acción punible en la lesión de intereses, negando, por ello, la antijuricidad cuando faltaba el interés del lesionado, incluso en el supuesto de renuncia a la propia vida *(Kessler, Pfersdorff, Graf zu Dohna)*.

2. **Diversas teorías** se mantienen para **fundamentar** la virtualidad justificante del consentimiento. La *teoría del negocio jurídico* entiende que el consentimiento del lesionado constituye un negocio jurídico y tiene la consecuencia de otorgar al autor un derecho revocable a la lesión; como el ejercicio de un derecho, sin embargo, no puede ser antijurídico, el consentimiento también sería una causa de justificación para el Derecho Penal.[14] Otra teoría considera el consentimiento como muestra del *abandono del interés* por el titular del bien jurídico, abandono que poseería significación en la medida en que el ordenamiento jurídico le hubiese dejado la decisión sobre la conservación de sus bienes.[15] Se sostiene también que la presencia del consentimiento determina en parte la desaparición del *objeto de protección*, puesto que el injusto típico reside también en el desprecio de la voluntad del lesionado.[16] La Jurisprudencia (BGH 17, 359 [360]) y la doctrina dominante defienden la tesis de que el que consiente *re-*

13 Sobre la historia dogmática, *Honig*, Einwilligung, págs. 1 y ss.
14 Así *Zitelmann*, AcP 99 (1906), pág. 56.
15 Así *Honig*, Einwilligung, pág. 118; *v. Hippel*, t. II, pág. 244; *Mezger, Lehrbuch*, pág. 208; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 217.
16 Así *Stratenwerth*, ZStW 68 (1956), pág. 43; *SK (Samson)*, § 32 Vorbem. 39.

nuncia con el abandono de sus intereses *a la protección penal.*[17] Igualmente, se apela a un Derecho consuetudinario.[18]

Sin embargo, ninguna de estas explicaciones basta para revelar suficientemente la razón de la virtualidad justificante del consentimiento. La teoría del negocio jurídico desconoce los distintos cometidos del Derecho Civil y el Derecho Penal. La teoría del abandono del interés no aclara por qué la renuncia subjetiva, acaso determinada por motivos altamente inmorales, puede liberar al Estado de su misión de protección objetiva de intereses. Tampoco explica la teoría de la renuncia a la protección jurídica cómo puede la renuncia privada prevalecer sobre la obligación fundamentalmente pública del Estado de protección del Derecho. La idea de la desaparición parcial del injusto de la acción deja sin respuesta a la pregunta de si la voluntad contrapuesta del titular del bien jurídico puede llegar a pertenecer al tipo. La admisión de un Derecho consuetudinario nada dice sobre su fundamentación interna.

3. La decisión del problema debe partir de una consideración de Política jurídica.[19] La valoración subjetiva de los bienes jurídicos por el individuo es reconocida dentro de ciertos límites por el ordenamiento jurídico porque el **uso sin obstáculos de la libertad personal** se presenta en cuanto tal como un **valor social** en el Estado de Derecho liberal, que debe sospesarse junto con el interés de la comunidad en la conservación de los bienes jurídicos.[20] Hasta donde llegue la libertad del titular del bien jurídico cubrirá la lesión del objeto de la acción protegido, siempre que concurran los especiales presupuestos de la eficacia del consentimiento. Se sigue de ello que el consentimiento sólo puede entrar en consideración en relación a los bienes jurídicos individuales y que igualmente sólo merece ser tenido en cuenta cuando el que consiente es a la vez titular del bien jurídico protegido, ya que una libertad que se realizara a costa de los demás sería lo contrario de un valor social. Por ello, no es eficaz el consentimiento en una conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas (§ 315 c I 1a) (BGH 23, 261 [264]), en la acusación falsa (§ 164), en la falsificación del estado civil (§ 169), en la falsificación de elecciones (§ 107a) o en el aborto (§ 218) (cfr. *infra*, § 34 III 4). Por otra parte, tampoco puede ser relevante el consentimiento en la propia

17 Así *Dreher*, § 32 Vorbem. 3; *Geerds*, ZStW 72 (1960), pág. 43; *Lackner*, § 32 Vorbem. 5; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 236; *Otto*, Grundkurs, pág. 134; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 33; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 95; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 64.

18 Así *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 100.

19 El texto sigue fundamentalmente a *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigunsgründe, págs. 74 y ss.; *el mismo*, ZStW 77 (1965), págs. 1 y ss. También así *Eser*, Strafrecht I, núm. 8 A 7a; *Geppert*, ZStW 83 (1971), pág. 952 y en el punto de partida también *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 360.

20 La ponderación de bienes no sólo determina los límites hasta los cuales el particular puede disponer de sus bienes, como supone *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 7, sino también la relación que guarda el ejercicio de esta libertad con los intereses de la comunidad.

muerte, ya que la vida, salvo el caso del suicidio, escapa a la libertad de decisión personal (§ 216).[21] El consentimiento en la lesión del propio cuerpo, por último, sólo puede resultar eficaz limitadamente, pues una lesión de la salud contraria a las buenas costumbres de importante entidad vulnera, pese al consentimiento, el superior interés de la comunidad en la salvaguardia de la integridad física frente a injerencias ajenas (§ 226a).[22]

III. El ámbito de eficacia del consentimiento justificante

1. El consentimiento del lesionado encierra virtualidad justificante en la mayoría de **hechos punibles contra el individuo,** por la razón de que en este ámbito un ordenamiento jurídico liberal permite a cada cual adoptar sus decisiones según sus propias representaciones valorativas y los fines por él elegidos.

Ejemplos: El consentimiento es eficaz en la injuria (§ 185), de suerte que el envío de anuncios sexuales (BGH 11, 67 [72]) resulta justificado por el consentimiento (cfr. también OLG Stuttgart NJW 1962, 62). La liberación del médico de su deber de silencio por parte del paciente justifica la revelación de un secreto privado (§ 203 I núm. 1) (RG 71, 21 [22]). La apropiación (§ 246) se halla justificada cuando el propietario o el legitimado para disponer de la cosa están de acuerdo con ella (RG 44, 41 [42]). En todos los delitos patrimoniales debe pensarse que el consentimiento puede poseer *ulteriores consecuencias con arreglo al Derecho Civil* (por ej., como oferta de contrato según el § 145 BGB, como oferta de transferencia con arreglo al § 929 BGB, como permiso de apropiación según el § 956 BGB, en cada caso con renuncia al acceso a la declaración de aceptación). Así, el que tiene en arriendo un derecho de caza posee una facultad contractual para ejercerlo y no actúa solamente en base a un "consentimiento" del propietario revocable en todo tiempo, del mismo modo que concurre una transmisión de derechos reales según el § 929 BGB si el Departamento forestal vende una cantidad de madera en el bosque y permite al comprador recogerla, con la consecuencia de que la cosa ya no le es a éste "ajena".[23]

En las lesiones, el consentimiento no posee virtualidad justificante con arreglo al § 226a, si el hecho, pese al consentimiento, se opone a las buenas costumbres (cfr. *infra*, § 34 III 2). Un sector de la doctrina pretende extender esta premisa jurídica a *todos los supuestos de consentimiento,*[24] pero contra tal opinión cabe formular *reparos*

21 Así, con razón, *Hirsch*, Welzel-Festschrift, 775 y ss., 796 (desde el prisma del derecho comparado, págs. 793 y ss.) en contra de *R. Schmitt*, Maurach-Festschrift, págs. 117 y ss.; *Marx*, Rechtsgut, págs. 62 y ss.; 82. También así *Engisch*, H. Mayer-Festschrift, págs. 412 y ss.

22 Así, con razón, *Hirsch*, Welzel-Festschrift, págs. 797 y ss.; *LK (Hirsch)*, § 226a Anm. 36 y ss.

23 *Firnhaber*, Rechtsgeschäft und Einwilligung bei Vermögensdelikten, páginas 18, 75.

24 Así *Baumann*, Allg. Teil, pág. 337; *H. Mayer*, Lehrbuch, pág. 167; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 97.

decisivos, pues la libertad de decisión del lesionado sólo puede limitarse cuando el legislador así lo ha previsto expresamente.[25] La causa de justificación representada por el consentimiento resultaría relativizada de forma difícilmente sostenible en un Estado de Derecho si tuviera lugar la aplicación general del correctivo de las buenas costumbres, que vendría a someter al titular del bien jurídico a una tutela estatal intolerable.

2. Un **lugar especial** dentro de los bienes jurídicos individuales ocupan la vida y la integridad física. El consentimiento en la producción de la propia *muerte* por un hecho doloso es ineficaz.[26] El hecho seguirá siendo punible por lo menos según el § 226. Tampoco posee virtualidad justificante el consentimiento en la *puesta en peligro de la vida* (por ej., en la exposición del § 221) (sobre la puesta en peligro por imprudencia, cfr. *infra,* § 56 II 3). En las *lesiones corporales* entran también en juego, con frecuencia, valores irreemplazables. La salud constituye, en tan alto grado como la vida, el presupuesto fundamental para el cumplimiento de la mayoría de tareas que corresponden al hombre en la comunidad. Por esta razón declara el § 226a que las lesiones realizadas con consentimiento serán antijurídicas cuando, a pesar del consentimiento, el hecho se oponga a las buenas costumbres.[27] Evidentemente, sólo deberían incluirse en el § 226a lesiones importantes, en especial las que supongan daños permanentes,[28] ya que de lo contrario se produciría la consecuencia de una improcedente moralización de la labor judicial. La jurisprudencia ha caído no raramente en este peligro al introducir la finalidad inmoral de la lesión.

Ejemplos: Son inmorales los golpes efectuados por motivos sádicos (RG JW 1929, 1.015 [1.017]; DR 1943, 234); el castigo con una cuerda doblada como medida educativa de un entrenador (RG JW 1938, 30); acciones de masturbación con finalidad curativa (RG 74, 91 [94]); la prescripción médicamente no indicada de opio a adictos (RG 77, 17 [21]); la infracción dolosa de las reglas más elementales de un combate de boxeo convenido (BGH 4, 88 [92]). Por el contrario, el consentimiento se consideró eficaz respecto de lesiones en duelo, por entender que sólo concurriría una vulneración de la moral si el hecho "constituye, sin lugar a dudas, un injusto criminal merecedor de pena según el sentimiento de decencia de toda persona razonable y justa" (BGH 4, 24 [32]).

25 Como aquí, *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 32 Vorbem. 37; *Eser,* Strafrecht I, núm. 8 A 27; *LK (Hirsch),* § 226a Anm. 1; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, página 247; *Noll,* ZStW 77 (1965), pág. 21; *Arzt,* Willensmängel, págs. 36 y ss., nota 49; *Zipf,* Einwilligung und Risikoübernahme, pág. 35; *Stratenwerth,* Allg. Teil I, núm. 374; *Kientzy,* Der Mangel am Straftatbestand, págs. 96 y ss.; *Wessels,* Allg. Teil, pág. 64. *Schmidhäuser,* Allg. Teil, pág. 272 propone extender el § 226a sólo a la privación de libertad. En favor de la supresión del § 226a *Berz,* GA 1969, 149. Acerca de la constitucionalidad del § 226a *LK (Hirsch),* § 226a Anm. 2.

26 Cfr. sobre esto *supra,* § 34 II 3, nota 21.

27 *Roxin,* JuS 1964, 376 ve como razón de la restricción no el valor insustituible del bien jurídico, sino la "desaprobación moral" del hecho. En contra, acertadamente, *Stratenwerth,* Allg. Teil I, núm. 373.

28 Cfr. *Arzt,* Willensmängel, pág. 36 y ss.; *LK (Hirsch),* § 226a Anm. 7; *SK (Horn),* § 226a Anm. 9.

3. Una significación especial encierran el consentimiento respecto de intervenciones curativas y la admisibilidad de la esterilización y la castración:

a) La doctrina dominante niega desde hace tiempo que la **intervención curativa** practicada con arreglo a la *lex artis* constituya una lesión típica, aunque el estado de salud del paciente haya empeorado como consecuencia de la misma.[29] En cambio, para proteger el derecho de la autodeterminación del paciente, hasta ahora la jurisprudencia (RG 25, 375; BGHSt 11, 111; 12, 379; 16, 309; BGHZ 29, 33, 46 y 176) ha sostenido firmemente la opinión de que la intervención curativa debía reputarse constitutiva de lesiones, pero que resultaba justificada por el consentimiento del paciente.[30] Tal situación jurídica, insatisfactoria para la actuación médica, no podrá mejorar hasta tanto no se introduzca un precepto penal especial sobre el tratamiento curativo realizado sin el consentimiento del paciente, que asegure la protección del derecho a la autodeterminación sobre el cuerpo (cfr. así el § 162 E 1962 y el § 110 StGB austr.).[31]

b) En el enjuiciamiento de la **esterilización** voluntaria, BGH 20, 81 (caso doctor Dohrn) llegó a la conclusión de que no había a la sazón ningún precepto penal que previese tales casos. Aunque no comparta esta opinión[32] habrá que admitir que la solución resultó justificada, pues la inmoralidad del hecho no puede afirmarse con arreglo a las concepciones de grupos particulares, sino sólo sobre la base de la conciencia moral de la gran mayoría de la población.[33] Para la justificación de la esterilización es decisivo, en cualquier caso, el § 226a.[34] También se había admitido ya la extracción de las glándulas germinativas **(castración)** realizada con consentimiento del afectado, cuando la intervención aparecía como el único medio para liberar a aquél de un instinto sexual anormal (BGH 19, 201). En la actualidad, la ley sobre la castración voluntaria de 15-8-1969 (BGBl. I, página 1.143) contiene en sus §§ 2 y 3 los preceptos decisivos.[35]

c) Sobre el consentimiento en **las lesiones deportivas** cfr. *infra,* § 56 II 3.

29 *Engisch,* ZStW 58 (1939), pág. 5; *el mismo,* Die rechtliche Bedeutung, página 20; *Eb. Schmidt,* Gutachten zum 44. DJT, pág. 21; *Kohlrausch/Lange,* § 223 Anm. III; *Bockelmann,* Strafrecht des Arztes, pág. 62 y ss.; *Welzel,* Lehrbuch, pág. 96; *LK (Hirsch),* § 223 Vorbem. 2 con más referencias.

30 También *Baumann,* NJW 1958, 2.094; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 223 Anm. 10 y ss. (para intervenciones lesivas o determinantes de un menoscabo de la integridad); también *Dreher,* § 223 Anm. 9; *Lackner,* § 223 Anm. 5a. En caso de empeoramiento del estado de salud, también, *Rudolphi,* JR 1975, 512 y ss.

31 Cfr. sobre esto *Wilts,* MDR 1970, 971; 1971, 4 y 92.

32 Cfr. la convincente crítica de *Engisch,* Kritische Bemerkungen, págs. 10 y ss.; *Hanack,* JZ 1965, 221 y ss.

33 *Engisch,* H. Mayer-Festschrift, pág. 400; *Roxin,* JuS 1964, 379. Restringiendo *Hanack,* JZ 1964, 400 y ss.

34 Sobre la inseguridad jurídica y el estado de la polémica en torno a la "indicación de complacencia" y a la social cfr. *LK (Hirsch),* § 226a Anm. 31; *Schönke/Schröder/Stree,* § 226a Anm. 15 y ss.

35 Cfr. sobre esto *LK (Hirsch),* § 226a Anm. 32.

4. Por el contrario, no puede darse un consentimiento eficaz del particular respecto de ataques de **bienes jurídicos de la colectividad,** puesto que no alcanza a éstos su facultad de disposición. Sólo constituye una excepción aparente la posibilidad de consentimiento por parte de órganos encargados de la protección de la Constitución respecto de acciones que representan la realización de tipos de delito de puesta en peligro del Derecho Penal político,[35a] pues entonces no se trata de particulares, sino de autoridades competentes para la protección del Estado que poseen un derecho de autorización dentro de estrictos límites. Escapan a la posibilidad de consentimiento en atención al bien jurídico, por ejemplo, los delitos de expresión (§§ 153 y siguientes), la bigamia (§ 171) y los delitos contra la honestidad (§§ 174 y ss.) (BGH 7, 312), en la medida en que la conformidad de la otra parte no excluya el tipo mismo. En los delitos contra la colectividad cuyas consecuencias alcanzan a su vez al particular, la Jurisprudencia ha negado también, generalmente, la eficacia del consentimiento.

Ejemplos: En los delitos de peligro común el consentimiento del lesionado no excluye la antijuricidad (BGH 6, 232 [234]). Para la punibilidad de la acusación falsa (§ 164) resulta irrelevante el consentimiento del acusado, salvo por lo que respecta a la facultad de publicación de la sentencia con arreglo al § 165 (BGH 5, 66 [68 y ss.]). El secuestro de rehenes (§ 239b) no se justifica por el hecho de que el representante legal de la víctima consienta en el hecho (BGH 26, 70 [73]). El consentimiento del acompañante en su puesta en peligro por el conductor inexperto no excluye la antijuricidad del hecho según el § 315c I núm. 1, pues en la puesta en peligro del tráfico rodado se hallan en juego preceptos penales destinados a la protección de la colectividad (BGH 23, 261 [264]).[36] Igualmente irrelevante es el consentimiento en una contravención, según el § 1 II StVO (OLG Frankfurt DAR 1965, 217).

IV. Requisitos de la declaración de consentimiento

1. El consentimiento no constituye *ninguna declaración de voluntad negocial* en el sentido de los §§ 104 y ss. BGB. Por consiguiente, no requiere la capacidad negocial del lesionado. Tampoco posee virtualidad justificante en Derecho Penal una conformidad *subsiguiente* posible según el Derecho Civil (§ 184 BGB). El consentimiento debe, por el contrario, referirse siempre a un hacer u omitir *futuros* de otra persona determinada (BGH 7, 294 [295]; 17, 359 [360]). El consentimiento tampoco constituye *ninguna acción jurídica,* en el sentido del Derecho Civil, que pudiera tratarse análogamente a la declaración de voluntad,[37] pues en Derecho Penal no importa la protección del menor de edad ni la protección del tráfico jurídico, sino únicamente la cuestión del merecimiento de pena de una acción a la que ha dado su consentimiento el lesionado. El consentimiento constituye una **figura peculiar del Derecho Penal,**[38] cuyos requisitos de eficacia deben determinarse según que la conformidad con la agresión al objeto de la acción protegido sea o no expresión de la libertad de decisión personal del titular del bien jurídico reconocida por el ordenamiento jurídico, pues sólo esto resulta decisivo para la justificación del hecho.

2. En relación a la cuestión de hasta qué punto el consentimiento sideración, se ha ido formando una opinión mayoritaria. Mientras que anteriormente la **teoría de la declaración de voluntad,**[39] según la cual el consentimiento debía haberse manifestado externamente como negocio jurídico, se contraponía a la **teoría de la dirección de voluntad,**[40] para la cual debía bastar la pura conformidad interna del lesionado, hoy se requiere que el consentimiento haya sido reconocible externamente de algún modo, sin que, sin embargo, se apele a los baremos del Derecho Civil sobre la declaración de voluntad (capacidad negocial, vicios de la voluntad, acceso) **(teoría intermedia).**[41]

3. El *objeto del consentimiento* lo constituyen la acción *y* el resultado típico, en cuanto éste pueda preverse en el momento del consentimiento (cfr. sin embargo sobre el consentimiento en la puesta en peligro de la integridad física *por imprudencia infra,* § 56 II 3).[42] Por lo que se refiere a la eficacia del consentimiento en cuanto tal, el titu-

35a Cfr. *Goldmann,* Behördliche Genehmigung, págs. 218 y ss.

36 De acuerdo *Lackner,* Das konkrete Gefährdungsdelikt, pág. 12; *LK (Rüth),* § 315c Anm. 56. Pero en contra la opinión mayoritaria; cfr. *Dreher,* § 315c Anm. 17; *Maurach,* Bes. Teil, pág. 537; *Langrock,* MDR 1970, 982; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 315c Anm. 33. En favor de una posición diferenciadora, *Geppert,* ZStW 83 (1971), pág. 986.

37 Por el contrario, *Dreher,* § 32 Vorbem. 3; *Traeger,* GS 94 (1927), página 149; *Lenckner,* ZStW 72 (1960), pág. 456; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 32 Vorbem. 39; *SK (Samson),* § 32 Vorbem. 41, en cuanto se trate de la vulneración de derechos patrimoniales (por ej., §§ 242, 246, 303), requieren *capacidad negocial* en el que consiente, mientras que respecto a los bienes jurídicos estrictamente personales (integridad corporal, intimidad) se conforman con la capacidad natural de comprensión y discernimiento. No convence el argumento de la unidad del ordenamiento jurídico, puesto que la validez de los contratos puede regirse por reglas distintas a las que condicionan la punibilidad de una injerencia en el patrimonio ajeno. Con el texto, *Stratenwerth,* Allg. Teil I, núm. 377.

38 Así *Blei,* Allg. Teil, pág. 122; *Bockelmann,* Allg. Teil, pág. 103; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, pág. 244; *Kohlrausch/Lange,* § 51 Vorbem. II 3; *Wessels,* Allg. Teil, pág. 65; *Preisendanz,* § 32 Vorbem. 4b.

39 Así *Zitelmann,* AcP 99 (1906), págs. 51 y ss.

40 Así *Frank,* § 51 Vorbem. III; *Mezger,* Lehrbuch, pág. 209; *Sauer,* Allg. Strafrechtslehre, pág. 136; *Schmidhäuser,* Allg. Teil, págs. 278 y ss.

41 Así la jurispr. y la doc. dom.; cfr. BayObLG NJW 1968, 665; OLG Celle MDR 1969, 69; *Baumann,* Allg. Teil, págs. 332 y ss.; *Bockelmann,* Allg. Teil, pág. 103; *Dreher,* § 32 Vorbem. 3; *LK (Hirsch),* § 51 Vorbem. 107; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, pág. 246; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 32 Vorbem. 43; *SK (Samson),* § 32 Vorbem. 42; *Welzel,* Lehrbuch, pág. 97.

42 Sobre la polémica en torno a la cuestión de si el consentimiento se refiere al resultado, a la acción o a ambos a la vez, *Schrey,* Der Gegenstand der Einwilligung, págs. 26 y ss.; *Zipf,* Einwilligung und Risikoübernahme, pág. 22 intenta referir el consentimiento únicamente al resultado. Pero en una posición intermedia, *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, pág. 244.

lar del bien jurídico debe poseer ante todo la **capacidad natural de entendimiento y discernimiento** para poder estimar en lo esencial la significación del abandono del interés protegido y la trascendencia del hecho (RG 41, 392 [394]; BGH 4, 88 [92]; 12, 379 [383]; 23, 1 [4]).[43] Si en el menor de edad o en el enfermo mental falta la capacidad natural para consentir, el representante legal legitimado para la custodia de su persona tendrá el derecho y, en su caso, también el deber de consentir (BGH 12, 379 [383]).[44]

4. El consentimiento debe, por lo demás, hallarse libre de **vicios de la voluntad** (engaño, error y coacción), de suerte que, por ejemplo, el consentimiento de un recluso de un campo de concentración nazi en su castración resultará ineficaz (BGH 4, 113 [118]).[44a] Pero no basta un puro error en los motivos para invalidar el consentimiento (OLG Stuttgart NJW 1962, 62), y el error sobre la aprobación de la persona que practica una intervención curativa puede resultar intrascendente en supuestos de mínima entidad (BGH 16, 309 [311]). Tampoco puede afectar a la validez del consentimiento un error en la declaración, ya que, como en Derecho Civil (§§ 119 I y 122 BGB), la confianza del autor en el consentimiento — erróneamente declarado — merece protección. Sólo hacen ineficaz el consentimiento, el error y el engaño que afectan a la cantidad y cualidad del menoscabo del objeto de la acción.[45] La amenaza debe, por otra parte, serlo de un mal importante.[46] El consentimiento es libremente revocable, para lo que no es preciso una impugnación en el sentido del Derecho Civil. Finalmente es irrelevante el que el consentimiento mismo contravenga una

43 Así la doc. dom.; cfr. *Baumann*, Allg. Teil, pág. 335; *Blei*, Allg. Teil, página 122; *Lackner*, § 32 Vorbem. II 5c aa; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 113; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 244; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, página 127; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 376.

44 Si el menor de edad es por sí mismo capaz de consentir, no es preciso, a efectos penales, el consentimiento del representante legal, de suerte que en caso de *conflicto* tiene preferencia la decisión del menor, cfr. *Boehmer*, MDR 1959, 707; *Lenckner*, ZStW 72 (1960), pág. 456; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 42. Si el necesario consentimiento del representante legal se niega indebidamente respecto a una operación, debe acudirse al Tribunal de menores a fin de nombrar un tutor según los §§ 1.666 y 1.909 BGB. Si falta tiempo para ello, habrá que apreciar estado de necesidad *justificante* (§ 34), ya que la vida y la salud del niño pasan por delante de la libertad de decisión del poco comprensivo encargado de su guarda, a la vista de la urgencia de la medida. Aunque aquí se halla previsto, pues, un procedimiento legalmente regulado, el § 34 resulta aplicable porque existe inmediato peligro para la vida o la salud (cfr. también *supra*, § 33 IV 3d, nota 37).

44a Sobre el deber médico de información, OLG Hamburg JR 1975, 511 con anotación de *Rudolphi*.

45 *Arzt*, Willensmängel, págs. 20, 30, habla en este sentido acertadamente de "engaño referido al bien jurídico" y "error referido al bien jurídico". También así *Eser*, Strafrecht I, núm. 8 A 15 y ss.; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, pág. 131; *Rudolphi*, ZStW 86 (1974), pág. 82; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 50; *SK (Samson)*, § 32 Vorbem. 43. Más ampliamente (*todo* defecto de voluntad) la doctrina mayorit.; cfr. *Bockelmann*, Allg. Teil, página 104.

46 Cfr. *Arzt*, Willensmängel, pág. 35; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 114.

prohibición legal o las buenas costumbres, puesto que los §§ 134 y 138 BGB, como los demás preceptos de Derecho Civil relativos a la declaración de voluntad, no son aplicables al consentimiento (RG 74, 91 [95]; RG DR 1943, 234; BGH 4, 88 [91]).[47] En la práctica, sin embargo, la inmoralidad del hecho (§ 226a) y la inmoralidad del consentimiento son difícilmente separables.

Ejemplos: La prescripción médicamente no indicada de estupefacientes por deseo de un enfermo de adicción es inmoral y por ello punible pese al consentimiento, según los §§ 223, 226a (RG 77, 17 [21]). El consentimiento podría en este caso, como es lógico, resultar ineficaz por la propia falta de capacidad de entendimiento del paciente (pág. 20).

V. El conocimiento del consentimiento por parte del autor

Como en todas las causas de justificación, en el consentimiento debe concurrir también el elemento subjetivo de justificación. El autor debe, en el sentido de la teoría intermedia (cfr. *supra*, § 34 IV 2), haber actuado con conocimiento de, y en base al, consentimiento.[48] Se discute la cuestión que plantea la falta de este conocimiento. Lo correcto es aplicar en este caso las reglas de la tentativa, porque el injusto del resultado desaparece por el consentimiento realmente prestado, mientras que sigue existiendo el injusto de la acción (cfr. *supra*, § 31 IV 2).[49]

Ejemplo: El sobrino transfiere, durante un baile de carnaval, el reloj de oro de su tío, que éste le ha prestado para su disfraz de "capitalista monopolista". Al regresar a casa encuentra una carta de su tío por la que le deja temporalmente el reloj por si durante su carrera tiene necesidades económicas. El sobrino es punible por apropiación indebida en grado de tentativa (§§ 246, 22).

VI. Derecho extranjero

En el *extranjero* se enjuicia de distintas formas la cuestión del consentimiento del lesionado como causa de justificación. La doctrina *austríaca*

47 La cuestión se halla discutida en la doctrina; como aquí *Berz*, GA 1969, 70; *Dreher*, § 226a Anm. 10; *Eser*, Strafrecht I, núm. 8 A 25; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 118; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 248; *Kohlrausch/Lange*, § 226a Anm. III; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 38; *Welzel*, Lehrbuch, página 96. En distinto sentido, *Baumann*, Allg. Teil, págs. 341 y ss.; *H. Mayer*, Lehrbuch, pág. 167; *Geerds*, GA 1954, 268; RG JW 1928, 2.229, con nota en contra, *Bohne*.

48 Así *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 104; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 119; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 65. En sentido distinto (puro conocimiento), *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 48; *SK (Samson)*, § 32 Vorbem. 47.

49 Como aquí *Baumann*, Allg. Teil, pág. 339; *Sauer*, Allg. Strafrechtslehre, página 137; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 15; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 489; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 65; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 278; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 371 y ss.; *Preisendanz*, § 1 Vorbem. VI 5e. En favor de la consumación, en cambio, *Blei*, Allg. Teil, pág. 123; *Dreher*, § 16 Anm. 28.

concede al consentimiento el mismo ámbito que la alemana.[50] El nuevo StGB regula el consentimiento en las lesiones corporales en el § 90 I (como el § 226a) y el consentimiento en la esterilización en el § 90 II. El Derecho *suizo* va, en cambio, más lejos en la perspectiva liberal que le sirve de base.[51] En *Francia*, a causa del carácter jurídico-público del Derecho Penal y del principio de *"légalité des excuses"* contenido en el art. 65 C. P., sólo se admite el consentimiento cuando se encuentra un texto legal aplicable.[52] Ciertamente, se contemplan también, como es lógico, los casos del acuerdo que excluye el tipo.[53] La doctrina *española* trata el consentimiento como causa de justificación, pero distingue también los casos del acuerdo; todo ello se contempla como cuestión de interpretación.[54] En *Holanda* se acentúa el carácter público del Derecho Penal y, por consiguiente, la naturaleza excepcional del consentimiento.[55] La doctrina *italiana* admite el consentimiento sobre la base del art. 50 C. P. con un alcance parecido al que se le reconoce en Alemania.[56] El Derecho *americano* destaca enérgicamente, por el contrario, la preferencia de las *"public morals"* y de la *"public peace"* frente a la libertad de decisión privada.[57] En el Derecho *inglés* únicamente se discuten supuestos particulares.[58] El Derecho Penal de la *DDR* prevé el consentimiento con unos presupuestos delimitados de forma parecida a como lo son en el Derecho Penal de la República Federal. Sin embargo, para que el consentimiento resulte eficaz no puede "hallarse en contradicción con la legalidad socialista y la moral de los trabajadores y campesinos".[59]

VII. El consentimiento presunto

1. Una **causa de justificación de naturaleza peculiar**, que no obstante se halla vinculada a la posibilidad de consentimiento por parte del titular del bien jurídico, es el consentimiento presunto.[60] Tiene lugar cuando el consentimiento, que según la situación hubiera podido

50 Cfr. *Rittler*, t. I, págs. 150 y ss.; *Nowakowski*, Grundriß, págs. 62 y ss.; *Leukauf/Steininger*, § 3 Anm. C 8; *Zipf*, ÖJZ 1977, 379 y ss.

51 Así *Hafter*, Allg. Teil, pág. 170 propone la admisión sin restricciones del consentimiento en las lesiones. En contra, de todos modos, *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, pág. 83; *Schultz*, Einführung I, pág. 178. Cfr. también *Haefliger*, SchwZStr 67 (1952), pág. 99.

52 Cfr. *Stefani/Levasseur*, Droit pénal général, pág. 17; *Merle/Vitu*, Traité, págs. 455 y ss.

53 *Bouzat*, Traité, t. I, pág. 375; *Merle/Vitu*, Traité, pág. 456.

54 *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal, págs. 433 y ss.

55 *Pompe*, Handboek, págs. 10 y ss. Ampliamente sobre esto en el sentido del texto *D. Hazewinkel-Suringa*, Inleiding, págs. 320 y ss. Cfr. también para el Derecho Penal sudafricano *S. A. Strauß*, Aspekte van die begrip "toestemming", 1963.

56 Cfr. *Bettiol*, Diritto penale, págs. 338 y ss.; *Pagliaro*, Principi, págs. 408 y siguientes.

57 Cfr. *Honig*, Das amerikanische Strafrecht, pág. 166; *Hall*, General Principles, pág. 232.

58 Cfr. *Glanville Williams*, Criminal Law, págs. 770 y ss.; *el mismo*, Crim L Rev 74 (1962), págs. 154 y ss.; *Kenny/Turner*, Outlines, págs. 208 y ss.; *Rubinstein*, The Victim's Consent, págs. 193 y ss.

59 Cfr. *Strafrechtf der DDR (Krutzsch)*, págs. 522 y ss.; *Orschekowsky/Benjamin*, NJ 1958, 816; *Lekschas/Renneberg*, Lehrbuch, págs. 420 y ss.

60 El desarrollo de esta doctrina se debe especialmente a *Mezger*, GS 89 (1924), págs. 287 y ss. y Lehrbuch, págs. 218 y ss.

ser emitido válidamente, no concurre, ni tampoco puede ser recabado a tiempo, porque el lesionado o su representante legal no resultan localizables o no se hallan conscientes, pese a que una *valoración objetiva* de todas las circunstancias efectuada *ex ante* muestra que la prestación del consentimiento hubiera sido esperable con seguridad (RG 61, 242 [256]; BGH 16, 309 [312]).[61]

Ejemplos: Cuando ingresa en un hospital un herido grave inconsciente, puede practicarse sin consentimiento del paciente la operación que por razones médicas deba tener lugar de forma inmediata, si cabe suponer que de haber conocido la situación el paciente hubiera consentido (RG 25, 375 [381 y ss.], en un caso inverso). Igualmente, para la interrupción del embarazo médicamente indicada, basta el consentimiento presunto de la mujer si el consentimiento efectivo que requiere el § 218a I núm. 1 no puede, por ejemplo, por inconsciencia, ser solicitado (RG 61, 242 [256]).

Es preciso distinguir *dos grupos de casos* en los que entra en consideración el consentimiento presunto:[62]

a) Por una parte, puede tratarse de **colisiones internas de bienes e intereses** en la esfera vital del lesionado, que tengan que resolverse por una intervención externa de alguien en su lugar, porque no puede producirse su propia decisión a tiempo. Este caso se halla próximo al estado de necesidad justificante (en forma de auxilio necesario), pues también aquí debe sospesarse si uno de los intereses posee una importancia esencialmente mayor que el otro. La diferencia reside en que los intereses implicados corresponden a la misma persona, en que la elección ha de tener lugar por un tercero de hecho no llamado y en que la voluntad presunta del titular del bien jurídico resulta siempre decisiva.

Ejemplo: El médico realiza una amputación en el herido grave que ingresa inconsciente (§ 224), por no poderse aplazar la operación. La esposa abre una carta dirigida a su marido ausente por no desatender un asunto de importancia (§ 299). Alguien penetra en la casa de un vecino que se encuentra de viaje para obturar una cañería dañada (§ 123). Cfr. además el caso RG 60, 117 (120).

61 Así la doc. dom.; cfr. *Baumann*, Allg. Teil, pág. 343; *Blei*, Allg. Teil, página 125; *Dreher*, § 32 Vorbem. 4; *Lackner*, § 32 Anm. 6; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 123; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 237, 412; *Roxin*, Welzel-Festschrift, pág. 448; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 54; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 66. Estiman un caso particular de estado de necesidad justificante *Arndt*, Mutmaßliche Einwilligung, págs. 67 y ss.; *H. Mayer*, Lehrbuch, pág. 168; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 317; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 92, pero ello no resulta acertado, ya que la voluntad contrapuesta de la víctima es decisiva. *Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme, págs. 53 y ss. cree que el consentimiento presunto es superfluo, mas no bastan el estado de necesidad y el riesgo permitido. Así, correctamente, *Häcker*, Wille und Interesse, págs. 275 y ss.

62 También así, *Roxin*, Welzel-Festschrift, pág. 464; *SK (Samson)*, § 32 Vorbem. 48.

b) Por otra parte, puede suceder que se confíe en que el afectado decidiría el **abandono de intereses propios en favor del autor o de un tercero.** En tal caso, la presunción de que el titular del bien jurídico está de acuerdo se basa bien en su menor interés en la conservación del bien afectado, bien en razones especiales relativas a la persona del implicado.[63]

Ejemplos: En un año en que la fruta ha sido extraordinariamente abundante unos niños recogen fruta caída entre árboles ajenos (§ 248a). Alguien utiliza la bicicleta aparcada de su amigo para no perder un tren importante (§ 248b). La asistenta regala a un mendigo el traje gastado de su señor (§ 242).[64] Tras haber producido daños insignificantes en un vehículo aparcado, el conductor culpable se limita a dejar su dirección sin quedarse esperando (§ 142).

2. La virtualidad justificante del consentimiento presunto descansa en la combinación de tres puntos de vista: Por una parte, la **ponderación de intereses** debe tener lugar desde la perspectiva del lesionado; por otra parte, debe efectuarse una suposición objetiva sobre cuál hubiera sido la **decisión de voluntad esperable** caso de que aquél hubiera conocido la situación; y, por último, debe acudirse a la idea del **riesgo permitido.**[65] Los dos primeros criterios no se hallan desconectados entre sí, sino que manifiestan una relación recíproca. De la ponderación de intereses se deducirá normalmente si el consentimiento del lesionado era de esperar; pero, a la vez, de sus características subjetivas cabrá inferir que el mismo no hubiese aprobado ni siquiera una solución del conflicto de intereses conveniente a su "verdadero provecho". Ambos puntos de vista aparecen con distinta virtualidad en los dos grupos de casos. Tratándose de colisiones internas, normalmente la decisión objetivamente más razonable coincidirá con la voluntad presunta del afectado. En caso de abandono de intereses, salvo aquellos supuestos que, como el cambio de dinero por otro tomado de una caja ajena, carecen de trascendencia,[65a] importarán en gran medida la disposición personal del titular del bien jurídico y la del autor.[66] En ambos casos, sin embargo, debe respetarse incluso

63 Para este segundo grupo de casos rechaza la justificación *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 318.

64 Si concurriese la aprobación del titular del bien jurídico, se trataría de casos de acuerdo, que excluirían el propio tipo (cfr. *supra*, § 34 I 1b). Mas en el consentimiento presunto no cabe diferenciar de esta suerte, puesto que el acuerdo debe concurrir realmente y no puede sólo presumirse.

65 Así *Lenckner*, H. Mayer-Festschrift, pág. 181; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, páginas 413 y ss.; *Roxin*, Welzel-Festschrift, pág. 453; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 56 y ss.; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 66.

65a También debe negarse la apropiación en caso de *gasto* de un importe mínimo de dinero ajeno en la seguridad de que es posible devolverlo, de modo que ni siquiera es preciso que intervenga el punto de vista del consentimiento presunto; así *Tiedemann*, JuS 1970, 110 y ss.; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 129. En distinto sentido, OLG Köln NJW 1968, 2.348.

66 La variedad de los supuestos explica que en la literatura se destaquen con desigual intensidad ambos puntos de vista. Así, *Mezger*, Lehrbuch, pág. 220 y *Blei*, Allg. Teil, pág. 127 resaltan las componentes relativas al consentimiento, mientras *Frank*, § 51 Vorbem. III; *Eichler*, Handeln im Interesse des Verletzten, pág. 53; *Hegler*, ZStW 36 (1915) pág. 42 y *Traeger*, GS 94 (1927), págs. 154 y ss. sitúan en primer plano la perspectiva del interés.

la "voluntad irracional" del titular del bien jurídico protegido (cfr. el caso BVerfG 32, 98 y ss.), cuando se conozca o pueda ser deducida, pues el consentimiento presunto no constituye un caso de "tutela por auxiliador no solicitado",[67] sino de representación de otro en su libertad de decisión. El hecho estará justificado aunque la presunción, pese a la cuidadosa comprobación objetiva, se demuestre posteriormente falsa. En tal caso, la justificación se debe al principio del riesgo permitido (cfr. sobre esto *infra*, § 36).

Los puntos de vista que informan el consentimiento presunto sirven también de base a los preceptos del Derecho Civil relativos a la *gestión de negocios ajenos sin encargo*. El que efectúa el negocio tiene que actuar "como lo requiera el interés del afectado por el negocio en atención a su voluntad real o presunta" (§ 677 BGB). La aplicación analógica, en otro tiempo recomendada, de estos preceptos al Derecho Penal[68] no resulta, sin embargo, aceptable, pues las mismas regulan únicamente la compensación interna de daños y gastos, y no los presupuestos de la injerencia de bienes jurídicos ajenos, que es lo que importa para la justificación jurídico-penal. Así, un banco que diese cumplimiento a la obligación legal de alimentos de un cliente con los fondos de su cuenta mientras éste se encuentra en un viaje por el mundo, contra su voluntad, difícilmente podría apelar al § 679 BGB para hacer frente a la acusación de infidelidad (§ 266).[69]

3. El consentimiento presunto exige los mismos requisitos que resultan necesarios para la eficacia del consentimiento propio. La presunción debe referirse al momento del hecho, siendo irrelevante la esperanza de una aprobación posterior (RG 25, 375 [383]). El titular del bien jurídico cuyo consentimiento presunto ha de justificar el hecho debe, además, poseer la capacidad general de entendimiento y discernimiento que resultaría necesaria para valorar correctamente el significado de la intervención. De otro modo, debe tomarse en cuenta la voluntad presunta del representante legal. No importa, en cambio, el hecho de si el consentimiento presunto vulnera en sí mismo las buenas costumbres. Como particularidad debe destacarse que el que actúa sólo puede realizar el hecho tras una **cuidadosa comprobación** de todas las circunstancias, puesto que no es seguro que la in-

67 Así, acertadamente, *H. Mayer*, Lehrbuch, pág. 168. La decisión del afectado sigue siendo determinante incluso en caso de menoscabos insignificantes o transitorios; cfr. *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 129; *Roxin*, Welzel-Festschrift, página 461. En distinto sentido, *Tiedemann*, JuS 1970, 109; *Unger*, Die Zueignung von Geld, 1973.

68 Así *Zitelmann*, AcP 99 (1906), pág. 104; *Ahrens*, Geschäftsführung ohne Auftrag, págs. 29 y ss.; *v. Hippel*, RG-Festgabe, págs. 2 y ss.

69 En distinto sentido, *Welzel*, Lehrbuch, pág. 93. Como el texto, *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 123; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 394.

tervención corresponda a la verdadera voluntad del legitimado.[70] Si el primero *no* ha comprobado debidamente la situación y la intervención contradice la verdadera voluntad del afectado, el hecho será antijurídico. Mas si, pese a la falta de comprobación, el autor acierta, actúa con arreglo a Derecho, ya que salvaguarda los intereses y la voluntad del afectado.

4. En la práctica, el consentimiento presunto importa, sobre todo, en relación a las intervenciones médicas y, en menor medida, para el problema de la corrección de niños ajenos.

a) **La interrupción no consentida del embarazo** es punible según el § 218, y el **tratamiento curativo no consentido** todavía lo es según el § 223 (cfr. *supra*, § 34 III 3a). En ambos casos es, sin embargo, evidente que el consentimiento presunto basta para la justificación. Así, no es preciso el consentimiento de la embarazada si por su estado ésta no puede consentir eficazmente y no cabe suponer que denegaría su consentimiento. Lo mismo vale para el tratamiento curativo. Se sigue de ello que el médico, en último término, debe basar su decisión en el punto de vista del paciente y que no puede partir de la idea de que ha de suceder lo que el paciente "debería querer" racionalmente. Por otra parte, los principios relativos al consentimiento presunto también resultan aplicables cuando no puede recabarse del paciente un consentimiento prestado con plena conciencia de la situación porque la información al mismo de la especie y gravedad de la enfermedad pueda perjudicar el resultado del tratamiento por efecto del shock que previsiblemente pudiera provocar en él el conocimiento de la verdad (cfr. § 162 III E 1962).[70a]

b) En ocasiones se funda en el consentimiento presunto un derecho a la **corrección de niños ajenos** por travesuras graves en ausencia de quienes tienen deber de educarles.[71] En los casos más graves debería incluso resultar irrelevante la voluntad en contrario de los padres, según el § 679 BGB.[72] Esta doctrina debe rechazarse.[73] La corrección realizada por un extraño, al que falta la necesaria posición de autoridad y confianza para asumir funciones de educación, constituye una intromisión suficientemente grave para no poder prescindir del consentimiento de los padres.[74] Por ello, una intervención violenta sobre niños ajenos sólo será lícita dentro del marco de la legítima defensa o del estado de necesidad, y entonces ya no tendrá nada que ver con la corrección.

70 Así *Lenckner*, H. Mayer-Festchrift, pág. 181; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, página 416; *Roxin*, Welzel-Festschrift, págs. 453 y ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 319. En distinto sentido, *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 130.

70a Cfr. también sobre esto *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 417.

71 Así, *v. Hippel*, RG-Festgabe, págs. 8 y ss.; *LK (Mezger)*, 8.ª ed., § 51 Vorbem. 10c; *Dreher*, § 223 Anm. 11, todos con indicaciones de la Jurispr. antigua.

72 Así *Welzel*, Lehrbuch, pág. 93. Contra esta opinión, con razón, *Voltz*, ZStW 50 (1930), págs. 358 y ss.

73 Así la nueva Jurisprudencia, cfr. RG 61, 191 (193); 76, 3 (6); RG DR 1944, 612; BayObLG 15, 30; OLG Saarbrücken NJW 1963, 2.379. También así *LK (Hirsch)*, § 223 Anm. 32; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 422; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 318.

74 Cfr. *Eichler*, Handeln im Interesse des Verletzten, págs. 76 y ss.; *Roxin*, Welzel-Festschrift, pág. 466; *Voltz*, ZStW 50 (1930), págs. 354 y ss.

Ejemplos: Es lícito, si resulta necesario, pegar a unos niños que dañan un monumento público arrojándole piedras, pero no llegar a propinarles una paliza con finalidad educativa.

* * *

I. Acuerdo y consentimiento en Derecho Penal

1. La distribución terminológica que, reflejando la doctrina alemana actual, efectúa el texto entre "acuerdo" (Einverständnis) y "consentimiento" (Einwilligung), no ha encontrado todavía eco en nuestro país, en que la doctrina se refiere únicamente al "consentimiento" para referirse tanto a uno como a otro concepto.[1] *Aunque tanto en alemán como en español los términos empleados para diferenciarlos expresar un significado parecido, la dualidad terminológica puede resultar útil para subrayar la distinción conceptual. Pues en España no sólo falta aquella dualidad terminológica, sino también una verdadera diferenciación material de los conceptos que con ella expresa hoy la doctrina alemana. Se distingue, sí, entre los casos en que la ley condiciona* expresamente *la tipicidad a la ausencia de conformidad de la víctima (como sucede en el hurto, art. 514) y aquellos en que tal ausencia se deduce* implícitamente *del contexto o del objeto de protección de la ley.*[2] *Mas a esta distinción no se atribuye mayor alcance que el gramatical y no supone diferenciación alguna en la naturaleza y tratamiento jurídico-penales que nuestra doctrina concede a aquellas dos manifestaciones. Y ciertamente sería erróneo hacer corresponder la distinción alemana actual de "acuerdo" y "consentimiento" a ésta de exigencia expresa o implícita de la falta de conformidad, ya que, como pone de manifiesto suficientemente* Jescheck, *aquella distinción se basa en una diferencia* sustancial *y no de mera redacción legal: el "acuerdo" convierte el hecho en un proceso "normal" de la vida social porque opera en delitos exclusivamente lesivos de la voluntad de la víctima y al excluir la lesión de ésta* dejan inexistente todo menoscabo relevante, *mientras que el "consentimiento"* no hace desaparecer la lesión de otros intereses *distintos a la sola voluntad del ofendido, por mucho que el valor constitucional representado por la libertad de disposición de éste sobre aquellos* pese más *que su lesión y la justifique. Por ello, es indudable que el "acuerdo" impide la presencia del tipo de la Parte Especial* (Typus) es, *en cambio cuestionable si el "consentimiento" es igualmente motivo de atipicidad o sólo una causa de justificación.*

2. Esta cuestión no se ha planteado estrictamente en España, ya que nuestra doctrina no suele distinguir entre causas de atipicidad y de justificación, sino que emplea esta última terminología con carácter genérico. Mas materialmente *parece adoptarse una posición próxima a la corriente actual, rechazada por* Jescheck, *que niega la propia "tipicidad" (en el sentido del texto) cuando concurre consentimiento por entender que en tal caso falta toda relevancia jurídico-penal al hecho y desaparece toda lesión del bien jurídico, ya que éste no se hallaría constituido por la indemnidad del objeto vul-*

1 Cfr. *Antón Oneca*, PG pp. 257 ss.; *Rodríguez Devesa*, PG pp. 484 ss.

2 Cfr. *Antón Oneca*, PG p. 257; *Rodríguez Devesa*, PG p. 485.

nerado, sino por la libertad de disposición sobre el mismo de que disfruta su titular (cfr. supra *§ 34 I 2b).*[3]

Personalmente, estimo que sólo como causa que impide la tipicidad *de la Parte Especial puede desplegar eficacia el consentimiento en nuestro Derecho. Téngase en cuenta que el art. 2 II CP impide dejar sin castigo a los hechos que resultaren penados en base a "la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley", aun cuando a juicio del Tribunal no debiera serlo. Ello no obsta a la licitud de la analogía* in bonam partem *ni, por tanto, a la posibilidad de estimar eximentes por analogía (cfr. supra Adiciones de Derecho español al § 24 I), pero sí que impide crear eximentes para las que ni siquiera la analogía con otras ofrece una base legal. Pues bien, el consentimiento de la víctima no se halla previsto por la ley ni podría considerarse eximente análoga a ninguna otra: como causa de justificación no resultaría admisible en nuestro Derecho (cfr.* infra, *II 2). Únicamente podrá desplegar su eficacia si la* interpretación de los tipos *pone de manifiesto que en algunos casos* éstos *requieren la falta de consentimiento del sujeto pasivo, sea porque así se deduce expresa o tácitamente, sea porque concurriendo consentimiento desaparece el objeto de protección penal. Por esto último sólo podrá admitirse en la medida en que el bien jurídico correspondiente pueda identificarse con la libertad de disposición de determinado objeto, y no con este objeto mismo, o por lo menos con el valor que dicho objeto tiene* para su titular, *y no objetivamente.*

La cuestión que contemplamos, de si el consentimiento impide la tipicidad de la Parte Especial o es sólo una causa de justificación, no importa solamente desde el planteamiento tradicional de la distinción de tipo y antijuricidad, sino también, a mi juicio, desde la perspectiva de la teoría de los elementos negativos del tipo. Pudiera pensarse que quienes defendemos esta concepción no podemos distinguir más que entre elementos positivos y negativos del tipo, formalmente contemplados y cualesquiera que sea su naturaleza material; de modo que todo elemento negativo excluye por igual el tipo, sin que importe si da lugar a una "causa de justificación" o a la "atipicidad" de la Parte Especial. Mas no creo que el reconocimiento de la validez lógico-formal *de la teoría de los elementos negativos del tipo se oponga a la posibilidad y conveniencia de penetrar en el significado* material *de la distinción tradicional de tipo y causas de justificación.*[4] *Abandonar el* contenido *de esta distinción supondría un retroceso merecedor de las críticas dirigidas a la teoría de los elementos negativos del tipo. Pues, en efecto, existe una diferencia sustancial y funcional, que no debe desconocerse, entre aquellos elementos que* fundamentan *el injusto y aquellos otros que los* excluyen. *Los primeros expresan la lesión del bien jurídico especialmente tutelado, mientras que los segundos no la hacen desaparecer, sino que únicamente la* permiten. *Sólo estos últimos dan lugar a "causas de justificación", que presuponen la concurrencia previa de aquellos otros elementos que determinan la lesión del bien jurídico. Cuando lo que falte sea ésta no deberá hablarse de causas de justificación, sino de ausencia de la tipicidad específica descrita como regla en la Parte Especial — faltarán los elementos específicos de la correspondiente "figura de delito" (del "Typus") —. Normalmente ello supondrá la no concurrencia de algún elemento* positivo *del tipo, y entonces podrá contraponerse a la justificación, como falta de tipo negativo, la ausencia del tipo positivo. Mas puede suceder — y éste es el caso del consentimiento — que entre los elementos específicos de la "figura de delito" de que se trate figure expresa o tácitamente alguno de carácter negativo (así, en el delito de hurto, el que el apoderamiento de la cosa tenga lugar "sin la voluntad del dueño": art. 514). La no concurrencia de un elemento negativo como éste no "justifica" el hecho, no "permite la lesión de bien jurídico", sino que ya impide que esta lesión se produzca. Siendo así,* la presencia de consentimiento eficaz no es, pues, una causa de justificación, sino de ausencia de tipicidad específica (del "typus") de la Parte Especial. *La teoría de los elementos negativos del tipo deberá proclamar que es preciso efectuar una distinción* material *entre los elementos de signo negativo: entre los* específicos *de la correspondiente figura de delito y los* genéricos *de todo tipo. Aquéllos impiden la tipicidad específica, sólo éstos son causas de justificación.*

Este planteamiento material no se opone en absoluto a la tesis de que las causas de justificación son elementos negativos del tipo (del Tabestand = *supuesto de hecho de la norma). Pero sí niega tanto que todos los elementos negativos del tipo sean causas de justificación, como que éstas excluyan la presencia de los elementos específicos de la figura de delito (del* Typus*).*[6]

II. El ámbito de eficacia del consentimiento justificante

1. La distinción de delito contra los particulares y contra la colectividad de que parte el texto es perfectamente válida para el Derecho español. También en nuestro país posee características especiales la problemática del consentimiento en los delitos contra la vida y contra la integridad física, pero con peculiaridades importantes. Por lo que respecta a la vida, *nuestro Código Penal prevé una regulación especial de la "inducción o auxilio al suicidio" en el art. 409 (art. 160 Proyecto 1980), que confirma que el consentimiento de la víctima no excluye la punición, pero que puede conducir a una atenuación de la pena cuando el que da muerte al suicida lo hace con alguna de las circunstancias del parricidio o del asesinato*[7] *(tipos más graves que resultan desplazados por el principio de especialidad), aparte de que el auxilio y la inducción se tratan en el párrafo 1.° de aquel artículo*

[3] Cfr. *Rodríguez Devesa*, p. 484; *Antón Oneca*, PG pp. 257 s. En referencia a las lesiones *Quintano*, Tratado I p. 670.

[4] Cfr. *Mir Puig*, Delito y falta p. 327.

[5] Así *Schmidhäuser*, Allg. Teil pp. 224 ss. (1.ª ed.).

[6] Según esto las causas de justificación son elementos negativos del *Tatbestand*, pero no del *Typus*. Ello pudiera aconsejar reservar el término "tipo" (y el derivado "tipicidad") para traducir el de "*typus*", que alude a la específica clase o figura de delito, y emplear la expresión "supuesto de hecho" para traducir el "*Tabestand*", que permitiría incluir más fácilmente tanto los elementos específicos como los genéricos de los que depende lo injusto del hecho. Mas como en España se ha generalizado la traducción de *Tatbestand* por "tipo", en el texto me he mantenido fiel a esta tradición y he preferido hablar de "clase" o "figura de delito", o de "tipicidad específica", cuando ha sido preciso aludir al "*Typus*".

[7] *Quintano* cree que la calificación de asesinato sería en todo caso inevitable por estimar necesaria la concurrencia de alevosía (Tratado I p. 670), lo que es discutible.

con menor rigor que los referidos a otro homicidio, que constituirían autoría asimilada del art. 14.

Mayor complejidad encierra en nuestro Código la problemática del consentimiento en las lesiones. *En la reforma de 1963 se introdujo, como Disposición general en un último Capítulo del Título VIII, la siguiente redacción del art. 428: "Las penas señaladas en el Capítulo anterior — relativo a las lesiones — se impondrán en sus respectivos casos aun cuando mediare consentimiento del lesionado." Tal declaración, que estimo inoportuna, puede interpretarse como exclusión de toda virtualidad atenuatoria del consentimiento en las lesiones, lo que diferenciaría a nuestro Derecho del alemán. Mas un importante sector de la doctrina*[8] *ha seguido manteniendo la solución contraria, a partir de los siguientes argumentos: si la ley concede relevancia atenuatoria al consentimiento en el ámbito de los delitos contra la vida (artículo 409), sería contradictorio no aceptar su eficacia en las lesiones;*[9] *si el art. 425 castiga con una pena notablemente menor que la del 419 (sede general de la mutilación) la automutilación y el consentir en la mutilación para eximirse del servicio militar o de un servicio público de inexcusable cumplimiento, así como el causarse con tal fin cualquier otra inutilidad y el producírsela a persona distinta con su consentimiento, ello es muestra de que sin tal finalidad,* agravatoria, *estas conductas de mutilación serían impunes, ya que sería absurdo pretender castigarlas con la pena general del artículo 419, mucho más grave, pese a ser la conducta más leve con la ausencia de aquella finalidad adicional.*[10] *Ahora bien, esta última argumentación tropieza desde 1963 con la nueva redacción del segundo párrafo del art. 425, que ya no se refiere "al que inutilizase a otro con su consentimiento", sino "al que con la finalidad y resultado antes previstos se causare a sí mismo cualquier* otra inutilidad *o se la produjera a persona distinta con su consentimiento". Si antes de 1963 cabía interpretar fácilmente el verbo "inutilizare" como comprensivo de mutilaciones, con posterioridad queda claro que la ley alude a* otra *inutilidad distinta a la mutilación. Aparte del "otra", así resulta de la contraposición de las conductas penadas en los párrafos 1.° y 2.°, que* coincidirían superfluamente *respecto a la automutilación si en el párrafo segundo volviese a incluirse ésta. Es cierto que el art. 426 se refiere a "la conducta penada en el artículo anterior", en singular, y, sobre todo, que emplea la palabra "mutilado" para referirse a la víctima del delito del artículo 425 en supuestos de actuación del tercero.*[11] *Mas estas incongruencias deben explicarse como olvidos del legislador, que al reformar el art. 425 no advirtió las remisiones del artículo siguiente. Juzgo más decisiva la clara letra del art. 425, 2.°, que no incluye la mutilación consentida. Queda, entonces, la argumentación de* Rodríguez Devesa: *si el art. 425* agrava *el tratamiento de la automutilación, que sería impune con arreglo al art. 419, por la concurrencia de una finalidad más grave, también deberá agravar el que*

[8] En contra de esta corriente favorable a la eficacia del consentimiento en las lesiones sobre todo *Suárez Montes*, El consentimiento en las lesiones, Pamplona, 1959, pp. 104 ss. También la estima inviable *Muñoz Conde*, PE p. 73.

[9] Así *Quintano*, Tratado I pp. 670 ss.

[10] El argumento, insinuado en parte por *Jiménez de Asúa*, fue desarrollado por *Rodríguez Muñoz*, Notas I p. 426. Cfr. también *Antón Oneca*, PG p. 259.

[11] En base a esto argumenta en favor de la subsistencia en el art. 425, 2.°, de la mutilación consentida. *Luzón Peña*, Legítima defensa p. 265 nota 491.

merece la mutilación consentida efectuada con la misma finalidad; ello no sucedería si se partiese de que esta conducta merece la misma pena del artículo 419 con dicha finalidad que sin ella y sí, en cambio, si se parte de que la mutilación consentida es en general impune y sólo se castiga cuando persigue la finalidad del art. 425; puesto que debe reconocerse que desde 1963 el párrafo 2.° de este artículo no menciona ya la mutilación, la solución es considerar la mutilación consentida con la finalidad del art. 425 punible como forma de participación *en la conducta de consentimiento en la mutilación descrita en el primer párrafo; sin dicha finalidad será impune.*[12]

Pero estas soluciones llegan a hacer inaplicable a ningún caso el artículo 428, lo que no es admisible. Una solución, que intentase compaginar la letra del art. 428 con la necesidad de otorgar virtualidad al consentimiento en el tratamiento médico, podría surgir de la combinación de algunos de los argumentos mencionados. Me parece evidente la necesidad de buscar una cierta coherencia entre la regulación del art. 409 y la materia de las lesiones. Tal vez la forma de conseguirlo sea distinguiendo los casos de mero consentimiento *de aquellos otros en que la víctima* solicita *la lesión. En el art. 409 sólo se atenúa el tratamiento del segundo supuesto — el homicidio — suicidio no concurriría para quien convence a otro de que* se deje matar, *sino sólo frente a quien accede a ejecutar la decisión de suicidarse de la víctima. De la misma forma,* por lo menos *ha de reconocerse que quien* auxilia *a otro a la mutilación o a las lesiones (p. ej., cambio de sexo, cirugía estética, masoquismo...) debe benficiarse del consentimiento. Por de pronto, al faltar una figura paralela al art. 409 en las lesiones, el auxilio o la inducción a la autolesión son atípicos. ¿No es lógico que también lo sea, porque responde a la estructura de auxilio-ejecución del art. 409, segundo inciso (reconocida como auxilio — "prestare" — por la ley), el que accede a lesionar a quien lo solicita? (Todo el bloque del 409 sería atípico en las lesiones.)*

El 428 perseguiría proteger al que "se deja lesionar" por las circunstancias y sin que él lo "desee" (p. ej.: mujeres que toleran ser maltratadas por sus maridos), y no impedir la realización de la libre decisión personal. Este último sería el caso del que decide someterse a una intervención quirúrgica, de la clase que sea (incluso cambio de sexo).

El Proyecto 1980 intenta resolver toda esta problemática sustituyendo el art. 428 CP por un precepto, próximo al § 226a StGB alemán, que establece que "salvo en los supuestos en que expresamente se establezca otra cosa, las lesiones castigadas en este título que sean producidas con el consentimiento del ofendido, sólo se sancionarán cuando se estimen socialmente reprobables, *en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la señalada para las lesiones de que se trate". El defecto, importante, de esta fórmula es que condiciona la intervención del Derecho Penal al dato* moralizante *de la reprobación social, que nada tiene que ver con la presencia o ausencia del bien jurídico protegido en estos delitos: la integridad física en cuanto condición de posibilidades de participación del sujeto en la vida social.*

2. En el CP español existe una vía peculiar por la que, según un sector doctrinal, puede desplegar su eficacia el consentimiento de la víctima. Me

[12] Cfr. *Rodríguez Devesa*, PE pp. 137 s.

refiero a la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo *(artículo 8, 11.°; art. 26, 9.° Proyecto 1980). Se afirma que el consentimiento da lugar a un derecho en el* médico *o en el que practica un* deporte *a crear el riesgo o la lesión que sus actividades consentidas implican.*[13] *Mas este planteamiento, que aproximaría el tema al ámbito de las causas de justificación alejándolo del alcance de las figuras típicas de lesiones, tiene el inconveniente de que condicionaría la exención a la* licitud *de la conducta, que puede faltar por razones normales que no afectan a su esencia (por ejemplo, en el curandero, en el que no tiene su título de médico convalidado, etcétera). En ninguno de estos casos podría decirse que existe un "derecho" y, sin embargo, es indudable que la conducta puede ser materialmente tan correcta como la del que actúa lícitamente, en cuyo caso no debería poder hablarse de realización del tipo de lesiones, sino sólo del de* intrusismo *(artículo 321), etc.*

§ 35 *El actuar en el ejercicio de un cargo público y casos análogos*

Arndt, Grundriß des Wehrstrafrechts, 2.ª ed., 1966; *el mismo*, Die strafrechtliche Bedeutung des militärischen Befehls, NZWehrr 1960, 145; *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; *Blei*, Probleme des polizeilichen Waffengebrauchs, JZ 1955, 625; *Böckenförde*, Die Kodifizierung des Widerstandsrechts im Grundgesetz, JZ 1970, 168; *Bringewat*, Der rechtswidrige Befehl, NZWehrr 1971, 126; *Bruns*, Die strafrechtliche Diskussion über das Züchtigungsrecht des Lehrers, JZ 1957, 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 I StPO irren? GA 1971, 41; *el mismo*, Das Risiko des privaten Festnehmers, JuS 1973, 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; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 8.ª ed., 1975; *Heuer*, en: *Birtles* y otros, Die Zulässigkeit des Einsatzes staatlicher Gewalt in Ausnahmesituationen, 1976; *Hirsch*, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962), pág. 78; *Isensee*, Das legalisierte Widerstandsrecht, 1969; *Jescheck*, Verantwortung und Gehorsam im Bereich der Polizei, Das Polizeiblatt für das Land Baden-Württemberg 1964, 97; *el mismo*, Befehl und Gehorsam in der Bundeswehr, en: Bundeswehr und Recht 1965, página 63; *Jung*, Das Züchtigungsrecht des Lehrers, 1977; *Karamuntzos*, Die vorläufige Festnahme bei Flagrantdelikten, 1954; *Karstendiek*, Nochmals: Züchtigungsrecht heute, DRiZ 1975, 333; *Arthur Kaufmann* (ed.), Widerstandsrecht, 1972, *Kern/Roxin*, Strafverfahrensrecht, 14.ª ed., 1976; *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, 319; *Krey/Meyer*, Verhalten von Staatsanwaltschaft und Polizei..., ZRP 1973, 1; *Krüger*, Polizeilicher Schußwaffengebrauch, 1971; *el mismo*, Die bewußte Tötung bei polizeilichem Schußwaffengebrauch, NJW 1973, 1; *W. Lange*, Probleme des polizeilichen Waffengebrauchsrechts, MDR 1974, 357; *el mismo*, Der neue Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes..., MDR 1977, 10; *H. Mayer*, Der bindende Berehl 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..., tesis, Hamburg 1963, *Müller/Sax*, Kommentar zur StPO, 6.ª ed., 1966; *Oehler*, Handeln auf Befehl, JuS 1963, 301; *Petri*, Abschaffung des elterlichen Züchtigungsrechts, ZRP 1976, 64; *Reindl/Roth*, Die Anwendung des unmittelbaren Zwanges in der Bundeswehr, 1974; *Roxin/Schünemann/Haffke*, Strafrechtliche Klausurenlehre..., 2.ª ed., 1975; *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965; *Rupprecht*, Die tödliche Abwehr des Angriffs auf menschliches Leben, JZ 1973, 263; *Schall*, Anmerkung zu BGH vom 12-8-1976, NJW 1977, 113; *Scheidle*, Das Widerstandsrecht, 1969; *J. Schmidt*, Nochmals: Die bewußte Tötung bei polizeilichem Schußwaffengebrauch, NJW 1973, 449; *E. Schneider*, Züchtigungsrecht heute! DRiZ 1975, 149; *Hans Schneider*, Widerstand im Rechtsstaat, 1969; *Schnorr*, Handeln auf Befehl, JuS 1963, 293; *Schölz*, Wehrstrafgesetz, 2.ª ed., 1975; *Schreiber*, Befehlsbefugnis und Vorgesetztenverhältnis in der Bundeswehr, 1965; *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; *Stratenwerth*, Verantwortung und Gehorsam, 1958; *Thomas*, Die gerechtfertigte Züchtigung? ZRP 1977, 181; *Triffterer*, Der tödliche Fehlschuß der Polizei, MDR 1976, 355; *Vogler*, Zum Einwand des Handelns auf Befehl im Völkerstrafrecht, Revue de droit pénal militaire 1968, 111; *v. Weber*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl, MDR 1948, 34; *Weinkauff*, Über das Widerstandsrecht, 1956; *Westerburg*, Die Polizeigewalt des Luftfahrzeugkommandanten, 1961; *Wiedenbrüg*, Nochmals: Das Risiko des privaten Festnehmers, JuS 1973, 418.

[13] En este sentido *Rodríguez Devesa*, PG pp. 493 y 496 s. Respecto al tratamiento médico-quirúrgico también *Córdoba Roda*, Comentarios I pp. 365 s.

I. El empleo de la coacción estatal como causa de justificación

1. En numerosas leyes el empleo de la coacción estatal se prevé como último recurso para conseguir el cumplimiento de muy diversos cometidos públicos. Un **órgano estatal** que realice el tipo de una ley penal actuando en base a, y en el marco de los **derechos propios de su cargo** (por ej., homicidio doloso, lesiones corporales, privación de libertad, coacción, allanamiento de morada, apertura de correspondencia, daños sobre cosas), **actúa conforme a Derecho.** Lo mismo ocurre respecto de los particulares cuyo auxilio *recaban* funcionarios públicos (por ej., según el § 114 II StGB), a diferencia de lo que sucede en relación a los auxiliadores *voluntarios*, para los que únicamente resultarán aplicables las causas de justificación generales (§§ 32, 34 StGB, § 127 I StPO).

Ejemplos: En la ejecución forzosa se registran coactivamente la vivienda y los muebles del deudor (§ 758 ZPO), se embargan los objetos corporales por el agente judicial, se toman en posesión y se subastan públicamente (§§ 808, 814 ZPO), la entrega de cosas muebles se fuerza mediante el apoderamiento y la transmisión al acreedor (§ 883 ZPO), se detiene al deudor (§ 909 ZPO) para la consecución de una declaración jurada (§§ 807, 883 ZPO). En el *procedimiento concursal* el deudor común es sometido a restricciones de libertad (§ 101 II KO), el administrador toma posesión de la masa del concurso y la liquida (§ 117 KO), y asimismo puede abrir las

cartas dirigidas al deudor común (§ 121 I 2 KO). En el *proceso penal* aquellos sobre los que recae una sospecha fundada son detenidos provisionalmente por el Ministerio Fiscal o la Policía (§ 127 II StPO) o ingresados en prisión por virtud de un auto judicial (§§ 112 y ss. StPO), resultan lícitos exámenes corporales, incluida la extracción de pruebas de sangre (§ 81a y c StPO), el inculpado puede ser recluido en un hospital psiquiátrico público para la elaboración de un dictamen sobre su estado mental (§ 81 StPO), se intervienen medios de prueba y objetos decomisables (§ 94 StPO) y se practican registros domiciliarios (§ 102 StPO), y se ingresan en prisión por los funcionarios ejecutivos los condenados a penas privativas de libertad. Para el *servicio de ejecución de la Policía* es lícita la coacción directa sobre personas y cosas (por ej., violencia corporal, uso de esposas, utilización de porras, empleo de tanques de agua o gases lacrimógenos) si los objetivos policiales no pueden alcanzarse por otro conducto (cfr. para los funcionarios ejecutivos federales la ley sobre coacción directa en el ejercicio del poder público de 10-3-1961, BGBl. I, pág. 165; para los soldados del Ejército Federal y vigilantes civiles, la ley sobre el ejercicio de la coacción directa de 12-8-1965, BGBl. I, pág. 796; para la Policía de los Länder, el derecho del Land correspondiente, por ejemplo, la ley de Policía de Baden-Württemberg en su redacción de 16-1-1968, GBl., pág. 61, §§ 32 y ss.). Preceptos especiales regulan los presupuestos del *uso de armas de fuego* contra personas[1] (cfr. §§ 9 y ss., UZwG; §§ 15 y ss., UZwGBw; §§ 39, 40 ley de Policía de Baden-Württemberg.[2] para el derecho de utilización de armas por quienes tienen a su cargo la protección forestal de la caza o de la pesca, cfr. la ley de 26-2-1935, RGBl. I, pág. 313 VO de 7-3-1935, BGBl. I, página 387 (RG 72, 305 [306 y ss.]) (derogada en algunos Länder). En el *derecho relativo a la medicina* se prevé la reclusión forzosa de enfermos sexuales (§ 18 II GeschlG. de 23-7-1953, BGBl. pág. 700), así como de enfermos mentales y adictos (según el Derecho del Land, por ej., en Baden-Württemberg ley de 16-5-1955, BGBl. pág. 87), en los correspondientes establecimientos hospitalarios y terapéuticos.

1 Sobre los presupuestos generales del uso de armas de fuego contra personas, cfr. ampliamente *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 140 y ss. Sobre el uso de armas de fuego por la Policía, *W. Lange*, MDR 1974, 357 y ss., sobre el del Ejército federal, *Reindl/Roth*, Die Anwendung des unmittelbaren Zwanges, págs. 88 y ss. La Policía no puede matar para asegurar fines públicos, ni siquiera con dolo eventual; cfr. *Krüger*, Polizeilicher Schußwaffengebrauch, pág. 26; *Maunz/Dürig/Herzog*, art. 2 II GG Anm. 18; *LK (Hirsch)*, § 51 Anm. 142; en distinto sentido, *Blei*, JZ 1955, 631. La única excepción admisible es el disparo dirigido contra terroristas o secuestradores con objeto de liberar a las víctimas de un peligro inmediato para su vida o integridad, o de su secuestro, cuando no exista ningún otro medio lesivo; así *Dreher*, § 32 Vorbem. 6; *W. Lange*, MDR 1977, 12 y ss.; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 144; *Rupprecht*, JZ 1973, 263 y ss.; *J. Schmidt*, NJW 1973, 449 y ss.; en contra, *Krey/Meyer*, ZRP 1973, 4; *Krüger*, NJW 1973, 1 y ss. Sobre la adecuación a Derecho de un disparo fallido mortal efectuado para conseguir una detención legal, BGH MDR 1975, 675. En contra de esto, *Trifftterer*, MDR 1976, 355 y ss. Una regulación de los presupuestos de un disparo "que puede resultar mortal con una probabilidad rayana en la seguridad" se contiene en el proyecto-tipo de una ley unitaria de Policía federal y de los Länder de 11-6-1976, § 41 II 2.

2 Sobre las otras leyes que rigen en los Länder, cfr. la visión de conjunto de *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 139.

2. Los presupuestos *especiales* del ejercicio de los particulares derechos de coacción se hallan regulados en los lugares en cada caso oportunos. Aquí sólo es posible considerar los *presupuestos generales del actuar en el ejercicio de un cargo público*. Presupuesto general de la conformidad a Derecho de una acción oficial es, en primer lugar, la **competencia objetiva:** la acción oficial debe pertenecer a la especie de las que integran el círculo de obligaciones de servicio del funcionario afectado.

Ejemplos: Son *in*competentes objetivamente: el juez para practicar el embargo de cosas (§ 808 ZPO), el fiscal para ordenar la prisión provisional (§ 114 I StPO), y el guarda forestal para asumir tareas de policía de seguridad general (RG 66, 339 [340]).

También constituye un presupuesto general de la conformidad a Derecho la **competencia espacial.** Para los funcionarios del Land encuentra su límite, en principio, en la frontera del Land[3] (excepciones, por ejemplo, en el § 167 GVG y § 65 de la ley de Policía de Baden-Württemberg; RG 71, 122, está superada), en tanto que los **funcionarios federales** pueden actuar dentro del marco de su competencia objetiva por todo el territorio federal.[4] Por otra parte, es necesaria la observancia de los **preceptos formales** esenciales para la protección del afectado (por ej., el carácter escrito de la orden de prisión según el § 114 StPO, o la notificación de la sentencia a más tardar al comienzo de la ejecución forzosa, con arreglo al § 750 ZPO). Por último, respecto de todos los derechos de coacción resultan válidos tanto el **principio de la intervención menos lesiva,** como el **principio de proporcionalidad,** en cuanto normas fundamentales del Estado de Derecho (BVerfGE 19, 342) (cfr. por ej., § 4 I y II UZwG).

3. El empleo de la coacción estatal resultará justificado aunque con posterioridad se ponga de manifiesto que no concurrían los presupuestos objetivos de la intervención (cfr. *supra*, § 31 IV 3).[5] Se trata del "derecho preferente del Estado a errar" *(W. Jellinek)*. Pero ello presupone, como elemento subjetivo de justificación, que el funcionario haya *comprobado debidamente* las condiciones fácticas y jurídicas de su intervención. Por lo demás, el error sólo puede afectar a los presupuestos fácticos de la actuación, no a sus límites jurídicos (BGH 24, 195 [130]).

Ejemplos: El agente judicial actúa con arreglo a Derecho en el sentido del § 758 ZPO si, tras la debida comprobación, toma por la del deudor la

3 Por el contrario, la adecuación a Derecho de las acciones realizadas en el cumplimiento del cargo es, en principio, independiente de la delimitación de los ámbitos locales de competencia (cfr. BGH 4, 110 [113]; § 63 I Polizeiges. de Baden-Württemberg).

4 No obstante, la policía de ferrocarriles únicamente posee competencia en esta parcela (BGH 4, 110 [112]).

5 Cfr. *Oehler*, JuS 1963, 302; *LK (Hirsch)*, § 51 Anm. 136.

vivienda en que realiza el embargo, cuando en realidad no lo es (RG 61, 297 [299]). La detención provisional prevista en el § 127 II StPO es ajustada a Derecho si el funcionario entiende concurrentes los presupuestos objetivos tras la debida valoración, por mucho que después se demuestre que en realidad no concurría una sospecha fundada (RG 38, 373 [375]). También basta la comprobación cuidadosa de los presupuestos para el uso de armas de fuego (RG 72, 305 [311]). Según el § 12 II 1 UZwG la finalidad del uso de las armas de fuego sólo puede ser la de impedir el ataque o la huida. Si a pesar de observar la prudencia debida se produce la muerte, el funcionario actúa igualmente con arreglo a Derecho (BGH MDR 1975, 675; incorrectamente PLG Frankfurt NJW 1950, 119).

II. Obediencia jerárquica y orden militar como causas de justificación

1. Toda la actividad del Estado tiene lugar mediante la coordinación de órganos que ordenan y órganos que ejecutan. El personal del Estado se halla, por ello, sometido a un orden jerárquico determinado por la **facultad de mandar** y el **deber de obediencia.**[6] En el ámbito civil los mandatos se denominan disposiciones *(Anordnungen)* (§ 55 párr. 2 BBG) y en el militar, órdenes *(Befehle)* (§ 2, núm. 2.º WStG). Una excepción al principio estructural, fundamental para el servicio público, de la supra- y subordinación alcanza a los jueces, que según el art. 97 I GG son independientes y sólo se hallan sometidos a la ley, lo que supone que en su actividad judicial se encuentran desvinculados de todo mandato. El deber de obediencia de los funcionarios se deduce de los §§ 55 párr. 2 BBG, § 37 párr. 2 BRRG y del Derecho de los Länder, por ejemplo, § 68 párr. 2 de la ley de Funcionarios del Land de Baden-Württemberg, en su redacción de 9-7-1968 (GBl., pág. 259), mientras que el deber de obediencia de los soldados se halla regulado en el § 11 I SG. La VO sobre la regulación de las relaciones de subordinación militar de 4-6-1956 (BGBl. I, pág. 459) determina las personas que poseen facultades para impartir órdenes.[7]

2. El **deber de obediencia** sólo nace de **mandatos vinculantes.** El carácter vinculante del mandato no depende, sin embargo, de su adecuación a Derecho, ni siquiera de su conveniencia, sino que sigue reglas propias que se derivan de la división de funciones entre los órganos que ordenan y los que ejecutan.[8] Debe partirse del principio de que las directrices dictadas por los superiores competentes se hallan cubiertas por la *presunción de conformidad a Derecho.*[9] Hasta

6 Sobre los fundamentos jurídicos de la facultad directiva, *Schnorr*, JuS 1963, 294 y ss.

7 Sobre la distinta concepción básica del superior en el anterior Derecho militar alemán, VO *Schreiber*, Befehlsbefugnis, págs. 23 y ss.

8 Cfr. para el ámbito civil *Jescheck*, Das Polizeiblatt 1964, 99 y ss.; para el ámbito militar, *el mismo*, Befehl und Gehorsam, págs. 77 y ss. Sobre el margen de arbitrio del superior, cfr. OLG Celle, *Kohlhass/Schwenck*, § 22 WStG, núm. 9.

9 El texto sigue a *Stratenwerth*, Verantwortung und Gehorsam, págs. 52, 99 y ss. y 165 y ss. También así *Schmidhäuser*, Allg. Teil, 323; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 87. Llega a la misma conclusión con otra concepción (el Derecho exterior prevalece sobre la directriz interna administrativa cuando ésta lesiona la dignidad humana o el Derecho Penal) *Rupp*, Grundfragen, pág. 60 y siguientes.

donde alcance esta presunción será vinculante la directriz, por mucho que en realidad resulte antijurídica. Los criterios de que depende la obligatoriedad son de naturaleza formal y material:

a) Presupuesto *formal* de la obligatoriedad es la *competencia abstracta* del superior para impartir la directriz, como también lo es la observancia de *forma* prescrita.

b) Presupuesto *material* de la obligatoriedad es el hecho de que la orden no vulnere **manifiestamente** el ordenamiento jurídico, puesto que de ser así resultaría evidente la antijuricidad. Por otra parte, no será vinculante por razones materiales la directriz que suponga la imposición de un comportamiento que lesione la **dignidad humana** (RG 59, 330 [337]; RKG 1, 180) (cfr. § 56 II 3 BBG, § 38 II 2 BRRG, § 11 I 2 SG, § I W StG, § 7 I 2 UZwG), o se oponga a las reglas generales del Derecho Internacional (cfr. art. 25 GG). El supuesto más importante de falta de carácter vinculante en la directriz se da cuando concurre **punibilidad del comportamiento ordenado** (§ 56 II 3 BBG, § 38 II 2 BRRG, § 69 II 3 LBG Baden-Württemberg). Ello resulta extensible al ámbito militar (§ 22 I WStG, § 11 II 1 SG), así como al servicio de ejecución (§ 7 II 1 UZwG). La excepción que antes constituían las faltas (cfr. la edic. anterior, pág. 292) ha desaparecido con la supresión de éstas.[10] Por último, para los funcionarios (salvo por lo que respecta al servicio ejecutivo de la policía cuando hace uso inmediato de la coacción) no será vinculante el mandato cuando el comportamiento ordenado constituiría una contravención administrativa (Ordnungswidrigkeit) (§ 56 II 3 BBG, § 38 II 2 BRRG, § 69 II 3 LBG Baden-Württemberg).

Puesto que la no obligatoriedad de mandatos antijurídicos para el servicio de ejecución y en el ámbito militar se limita por los preceptos legales pertinentes a los hechos punibles, siguen mereciendo un trato particular las **contravenciones administrativas.** Será vinculante la disposición dirigida a un funcionario ejecutivo que conduzca a la comisión de una contravención de esta naturaleza por medio de la aplicación de coacción directa. Lo mismo resulta aplicable a la orden militar, si su ejecución implica la comisión de una contravención.[11]

10 Sobre la mayor extensión de la justificación del actuar por orden militar en el Derecho extranjero anterior a la segunda guerra mundial, cfr. *Fuhrmann*, Befehl, págs. 32 y ss. Sobre el estado actual de esta cuestión en el Derecho Internacional, *Vogler*, Revue de droit pénal militaire 1968, 111 y ss. Cfr. sobre el Derecho extranjero vigente los materiales del V Congreso Internacional de Derecho Penal militar celebrado en Dublín 1970, Revue de droit pénal militaire 1971, número 1.

11 La cuestión de si es vinculante una orden cuya ejecución entraña el

Ejemplos: El soldado debe ejecutar la orden de recoger un teletipo posiblemente urgente en la Comandancia con una bicicleta cuyas luces no funcionan, pese a que esto encierra una contravención a las normas de tráfico (§ 17 I, 49 I núm. 17 StVO, en rel. con § 24 StVG).[12] Lo mismo cabe decir respecto del funcionario de una brigada móvil de Policía que, ante la posibilidad de una manifestación que puede resultar no pacífica, recibe la orden de colocar un tanque de agua sobre la acera (§ 2 I StVO). Por el contrario, el funcionario de Policía que ejecuta una orden de arresto pese a que sabe que implica una confusión de personas, no puede escudarse en el mandato recibido, porque el mismo impone una privación de libertad punible y no posee, por tanto, carácter vinculante.

El funcionario debe manifestar sin dilación a su inmediato superior y, en su caso, insistir ante el siguiente superior sobre *toda* duda que se le suscite acerca de la conformidad a Derecho de disposiciones de servicio (§ 56 II BBG). En el ámbito militar, por el contrario, la obligación de plantear objeciones se limita a los casos en que el subordinado sabe, o resulta manifiesto, que el superior no habría impartido la orden de haber conocido la situación (BGH 19, 231 [234]), o que su cumplimiento requeriría la comisión de un hecho punible. Lo mismo vale para los funcionarios ejecutivos frente a disposiciones que imponen el empleo de coacción directa.

3. El mandato vinculante representa para el subordinado una **causa de justificación**, aunque excepcionalmente sea antijurídica.[13] La razón de que existan mandatos antijurídicos que no obstante sean vinculantes, reside en que en casos de escasa significación el legislador valora el deber de obediencia del subordinado respecto del superior, en cuanto principio de orden fundamental para toda la actividad

peligro de un delito menos grave imprudente no ha encontrado hasta ahora respuesta en la Jurisprudencia (cfr. BGH 19, 231 [232]; SchlHOLG, *Kohlhaas/Schwenck*, § 5 WStG núm. 2). En favor de la obligatoriedad, con razón, *Schwenck*, en: *Kohlhaas/Schwenck*, § 5 WStG núm. 2. Anotación; diferenciando *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 90.

12 Cfr. OLG Celle NZWehrr 1962, 77, que, en cualquier caso incorrectamente, sostiene que una orden tal contraviene finalidades del servicio y no es, por lo tanto, vinculante. Correctamente, por el contrario, RG 59, 404 (405).

13 También así *Stratenwerth*, Verantwortung und Gehorsam, págs. 168, 182; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 87; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, página 323; *Schölz*, § 2 WStG Anm. 18b; *Schwenk*, Wehrstrafrecht, pág. 92; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 79; *Bringewat*, NZWehrr 1971, 133. La doctrina mayoritaria, en cambio, estima que en las órdenes antijurídicas pero vinculantes sólo se halla excluida la culpabilidad; así *Arndt*, Wehrstrafrecht, pág. 115; *Baumann*, Allg. Teil, págs. 349 y ss.; *Dreher*, § 32 Vorbem. 16; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 153; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 426; *Oehler*, JuS 1963, 306; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 104; *v. Weber*, MDR 1948, 37. Un sector de la literatura niega ya la propia posibilidad de una orden a la vez antijurídica y vinculante; cfr. *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 153; *M. E. Mayer*, Laband-Festschrift, pág. 121; *Dolaptschieff*, ZStW 58 (1939), pág. 249. Mas pronto apareció la concepción dominante que distingue entre antijuricidad y carácter vinculante de la orden; cfr. *Beling*, Grenzlinien, pág. 24; *Battenberg*, Befehl, págs. 2 y ss.; *H. Mayer*, Frank-Festgabe, t. I, pág. 605.

del Estado, *en mayor grado* que el deber de obediencia al orden jurídico (**colisión de deberes justificante,** cfr. *supra*, § 33 V 1a).[14] El superior sigue, ciertamente, vinculado al principio de legalidad del poder ejecutivo (art. 20 III GG), pero acepta por finalidades del servicio una insignificante vulneración del Derecho o ni siquiera llega a advertir la antijuricidad; en el ámbito militar y en el servicio de Policía ejecutiva, en el supuesto de empleo de coacción directa, el inmediato cumplimiento de la directriz no debe malograrse porque el subordinado haya de comprobar primero si la infracción se halla justificada por cualquier causa, por ejemplo, según el § 35 StVO. Contra la ejecución de una orden antijurídica pero vinculante *no cabe legítima defensa,* puesto que el subordinado actúa con arreglo a Derecho, pero sí, dentro de estrictos límites, el estado de necesidad.[15]

4. No cabe duda de que se halla justificada la ejecución de un **mandato adecuado a Derecho.** Éste es el caso cuando el superior ha comprobado cuidadosamente y estimado concurrentes los presupuestos de la aplicación de coacción estatal, pese a que en realidad no concurran. El subordinado está obligado en tal caso al cumplimiento de la orden, a no ser que conozca los hechos que sirven de base al error del superior o que el error sea manifiesto (BGH 15, 214 [217]; 19, 231).[16]

Ejemplos: La disposición del jefe de Policía que impone el empleo de tanques de agua o gases lacrimógenos contra una multitud de personas, una vez que ha comprobado debidamente y reputado existente la proporcionalidad de la medida (§§ 3, 5 II ley de Policía de Baden-Würtemberg), es adecuada a Derecho aun cuando luego resulte que hubiera sido suficiente un medio menos lesivo. La Policía ejecutiva debe dar cumplimiento a la ejecución y al hacerlo actuará conforme a Derecho. Los manifestantes que agreden a los funcionarios serán punibles por resistencia a la potestad estatal (§ 113).

5. Si, por el contrario, la orden *no posee carácter vinculante* el subordinado que la ejecute actuará siempre *antijurídicamente,* con independencia de si ha advertido o no la no obligatoriedad. La impunidad del órgano ejecutor sólo podría en tal caso resultar de la presencia de causas de exculpación (§ 35 StGB, § 7 II 2 UZwG, § 5 I WStG) (cfr. *infra*, § 46 II).

14 Cfr. *Stratenwerth*, Verantwortung und Gehorsam, pág. 166.

15 Cfr. *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 87, 11.

16 Esto vale también para el ámbito militar de la acción de guerra justificada, cfr. SchlHOLG, *Kohlrausch/Schwenck*, § 5 WStG, núm. 2 *in fine*; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 152; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 426; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 89; de otra opinión, *Arndt*, NZWehrr 1960, 148. Para la definición, *Schwenck*, Lange-Festschrift, pág. 115.

III. El Derecho de corrección del maestro

1. La corrección corporal del colegial por el maestro realiza el *tipo de lesiones* (§ 223).[17] No obstante, la Jurisprudencia admite, como **derecho consuetudinario,** un derecho de corrección del maestro en la escuela primaria (y también en escuelas superiores respecto de alumnos de edades correspondientes), si concurre un motivo suficiente, finalidad educativa y ejercicio moderado (BGH 11, 341 [347]; 14, 52; BGH GA 1963, 82; OLG Schleswig NJW 1956, 1.002; OLG Hamm 1956, 1.690; OLG Zweibrücken NJW 1974, 1.772). Por el contrario, BGH 6, 263 (269), rechazando claramente por razones pedagógicas el derecho de corrección, había reconocido que "sólo en raros casos de excepción puede resultar indicada una corrección corporal moderada por el maestro". Últimamente, el BGH, NJW 1976, 1.949, ha dejado abierta la cuestión admitiendo para el acusado un error de prohibición invencible. En las escuelas de formación profesional se deniega un derecho de corrección del maestro (BGH 12, 62 [64]).

2. En contra de la doctrina dominante, debe **rechazarse por razones jurídicas un derecho de corrección de los maestros** en todas las clases de escuela y respecto de todas las edades de alumnos.[18] La corrección corporal por el maestro se opone al derecho fundamental de la integridad corporal (art. 2 II 1 GG).[19] La corrección corporal sólo resulta cubierta por la reserva legal del art. 2 II 3 en los casos de legítima defensa (§ 32), estado de necesidad justificante (§ 34) y auxilio necesario. Así, el maestro tiene derecho a repeler agresiones de alumnos contra su propia persona, contra otros alumnos o contra la propiedad pública, en caso de necesidad incluso mediante la aprehensión corporal en el sentido de la "defensa necesaria" (BGH 14, 52). Por el contrario, no puede mantenerse un derecho de corrección con fines educativos por razones *formales,* puesto que el derecho consuetudinario no constituye ley alguna en el sentido del art. 2 II 3 GG

17 Así la doc. dom.; cfr. *Baumann,* Allg. Teil, pág. 348; *Blei,* Allg. Teil, página 137; *Bockelmann,* Allg. Teil, pág. 90; *Bruns,* JZ 1957, 410; *Dreher,* § 223 Anm. 10; *Friebe,* Verantwortlichkeit des Lehrers, págs. 137 y ss.; *Kohlrausch/Lange,* § 223 Anm. II; *LK (Hirsch),* § 223 Anm. 28; *Karstendiek,* DRiZ 1975, 333; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, págs. 421 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 223 Anm. 26; *Welzel,* Lehrbuch, pág. 291; *Wessels,* Allg. Teil, pág. 67. En contra de la concepción según la cual el mesurado ejercicio del derecho de corrección ya no constituye ni siquiera una lesión típica (así por ej., *Kienapfel,* Körperliche Züchtigung, págs. 101 y ss.), convincentemente, *Hirsch,* ZStW 74 (1962), págs. 111 y ss.

18 El texto sigue a *Maunz/Dürig/Herzog,* art. 2 II Anm. 42 y ss.; también así, *v. Kopp,* JZ 1955, 319; *SK (Horn),* § 223 Anm. 12. En contra, también, de la existencia de un derecho de corrección para los maestros *Lackner,* § 223 Anm. 5b aa; *Schall,* NJW 1977, 113 y ss.; *Jung,* Züchtigungsrecht, pág. 53; *Thomas,* ZRP 1977, 182 y ss.

19 Es incomprensible por qué deba negarse la protección del art. 2 II 1 GG tratándose de bofetadas y palos, como suponen *LK (Hirsch),* § 223 Anm. 28 y *Wessels,* Allg. Teil, pág. 67.

(cfr. sobre la cuestión correspondiente de la posibilidad de restringir los derechos fundamentales del recluso en la actualidad BVerfGE 33, 1).[19a] Pero tampoco cabría justificar *materialmente* un derecho de corrección del maestro que traspasase los límites de la legítima defensa, puesto que la humillante coacción que supone el haberse de someter a un castigo corporal ante los ojos de la clase, constituye un grave error educativo, en especial cuando en la familia del niño en cuestión se hallen rigurosamente prohibidos los correctivos corporales. El que los maestros puedan pegar a sus alumnos con fines educativos debe, pues, en cuanto suceda todavía, suprimirse de la misma forma que han ido desapareciendo los derechos de corrección que anteriormente existían respecto de aprendices, criados, marineros, reclusos y soldados. En la actualidad sólo subsiste un derecho de corrección, estrictamente limitado, en la familia, que ejercido con mesura todavía es defendible pedagógicamente para niños pequeños.[20] En ocasiones (por ej., en el caso de que el niño ingrese en un internado o en la familia del maestro) el ejercicio de este derecho puede transmitirse al maestro (BGH 12, 62 [67]), pero conservará entonces el carácter de una corrección corporal limitada a casos excepcionales que ejerce una persona próxima al niño.

IV. El actuar "pro magistratu"

1. El estado de Derecho veda, en principio, el empleo de violencia privada para la realización de derechos de naturaleza jurídico-civil y remite al acreedor a la apelación a la Justicia. Sin embargo, cuando la ayuda de la Autoridad no puede obtenerse a tiempo o se deniega injustamente y existe el peligro de que sin una intervención inmediata se malogre o dificulte de forma esencial el ejercicio del derecho, es lícito el **autoauxilio** (§§ 229-231 BGB). Como medios de autoauxilio se admiten la sustracción, el menoscabo o la destrucción de cosas del deudor, la detención del obligado cuando cabe sospecha de que emprenda la fuga y la superación de la resistencia del deudor a una acción que debe soportar. Pero incluso en estos casos sigue vigente la exigencia de proporcionalidad de la injerencia, del peligro y del derecho a realizar (RG 69, 308 [312]). No cabe acudir al derecho de autoauxilio para asegurar las pruebas (BGH 17, 328 [331]), ni puede utilizarse para dar satisfacción al acreedor (BGH 17, 87 [89]). A diferencia de la legítima defensa, el autoauxilio no presupone una agresión actual.

19a En distinto sentido, en este punto, *Roxin y otros,* Klausurenlehre, página 78, que fundan la subsistencia del derecho de corrección en su carácter preconstitcional.

20 Constituyen, en este punto, la base jurídica los §§ 1.626, 1.631, 1.705, 1.757, 1.800 BGB. En un sentido demasiado amplio, BGH NJW 1953, 1.440. Favorable también a la supresión del derecho de corrección de los padres *Petri,* ZRP 1976, 64.

Ejemplos: Quien encuentra en la calle a su deudor mutuario, cuyo nombre y dirección desconoce, puede tomarle el dinero con violencia, pero sólo a efectos de aseguramiento provisional (§ 230 II BGB) (BGH 17, 87 [89]). Quien encuentra a su deudor subiendo a un avión a bordo del cual intenta huir al extranjero, puede detenerle. En cambio, no estaría justificada la puesta en peligro su vida (RG 69, 308 [315]).

Constituyen supuestos especialmente regulados de autoauxilio la recuperación de la posesión (§ 859 II-IV BGB), el autoauxilio del arrendador (§ 561 BGB), y los derechos de autoauxilio previstos en los §§ 581 II, 704, 860, 910, 962, 1.029 BGB. La imposibilidad de una ayuda a tiempo de la autoridad no se presupone aquí.

2. Por otra parte, **cualquiera** (y no sólo el lesionado) tiene el derecho a **detener provisionalmente** al delincuente que sorprenda en flagrante delito o que se halle perseguido, si cabe temer de él la huida o no es posible constatar de inmediato su personalidad (§ 127 I StPO).[21] La finalidad del derecho de detención es el posibilitar la persecución judicial penal.[22] El Estado transmite, así, al ciudadano una función pública (RG 17, 127 [128]). El hecho por cuya causa tiene lugar la detención debe constituir un hecho punible o, por lo menos, antijurídico en el sentido del § 11 I, núm. 5, puesto que también es posible un procedimiento asegurativo respecto de los inculpables (§ 61 StGB, § 413 StPO).[23] El sorprender en flagrante delito implica que para el espectador sea reconocible la ejecución o la consumación de la acción (RG 34, 344 [345]; 65, 392 [394]). Concurre persecución en flagrante delito cuando inmediatamente después de la observación del hecho se da inicio a la persecución, de suerte que no pueda existir duda alguna sobre la identidad del autor. La detención justifica la privación de la libertad personal (§§ 239, 240). Según el principio de la intervención menos lesiva, serán también lícitas en su caso otras medidas de menor gravedad que la detención, como la sustracción de las llaves de contacto (OLG Saarbrücken NJW 1959, 1.191) o del documento de identidad, y el impedir la marcha de un vehículo. La Jurisprudencia ha negado siempre la facultad de lesionar la vida o la integridad física del sujeto a detener (RG 69, 308 [312]; 71, 49 [52]; 72, 305 [306]).

Mientras que para la conformidad a Derecho de la detención provisional practicada por *funcionarios* con arreglo al § 127 I o II (concurrencia de los presupuestos de una orden de arresto) StPO es suficiente que el sujeto

21 Sobre el derecho de detención por parte de particulares en el Derecho extranjero, cfr. *Karamuntzos*, Vorläufige Festnahme, pág. 16, nota 42.

22 Así la doc. dom.; cfr. *Löwe/Rosenberg (Dünnebier)*, § 127 StPO Anm. I 1; *Meincke*, Betreffen oder Verfolgen auf frischer Tat, pág. 13. Sostiene una teoría más amplia que incluye el derecho policial y la legítima defensa, *Karamuntzos*, Vorläufige Festnahme, págs. 39 y ss.

23 Cfr. *Löwe/Rosenberg (Dünnebier)*, § 127 StPO Anm. II 1; *Wiedenbrüg*, JuS 1973, 420 y ss. Para las infracciones administrativas rige el § 54 OWiG con la limitación del derecho de detención para los funcionarios de Policía.

haya comprobado debidamente y estimado concurrentes los presupuestos (cfr. *supra*, § 35 I 3), los particulares actuarán ya antijurídicamente en cuanto no se den objetivamente los presupuestos de la detención requeridos por el § 127 I, en especial el representado por la comisión del hecho (así, OLG Hamm NJW 1972; RG 12, 194 [195]; 19, 101 [103]; no se toma posición en BGH GA 1974, 177).[24] La razón de esta distinción ha de verse, por una parte, en que el ejercicio de la apreciación con arreglo al deber, que debe presuponerse en el funcionario habida cuenta de sus conocimientos del Derecho y de su especial responsabilidad jurídico-penal y disciplinaria, no puede esperarse de ni, por ello, confiarse a *"quivis ex populo"*. Por otra parte, la exclusión de la legítima defensa para el que resultara detenido injustamente por un particular, sería difícilmente admisible. Por último, el particular, a diferencia del funcionario de Policía, no se halla obligado a la detención ante una sospecha fundada de la comisión de un delito. En el caso de error, el que detiene no corre el peligro de ser castigado, porque no existe un tipo de imprudencia que corresponda al § 239 (cfr. *infra*, § 41 III 2d).[25]

3. A la transmisión de la potestad pública responde, asimismo, el **poder de que a bordo dispone el capitán del barco** (§ 106 SeemansG de 26-7-1957, BGBl. I, pág. 713) y el **comandante de una aeronave.**[26]

4. También el ejercicio del **Derecho de resistencia** representa, en atención a su naturaleza subsidiaria, un actuar *"pro magistratu"*. El Bundestag ha convertido el derecho de resistencia en parte integrante del Derecho Constitucional vigente, a partir de un alto, aunque poco esclarecido jurídicamente, principio de Derecho suprapositivo,[27] que históricamente se remonta lejos.[28] Ello no ha obedecido a importantes necesidades derivadas de

24 También así, *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 145; *Kleinknecht*, § 127 StPO Anm. 4; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 427; *Eb. Schmidt*, § 127 StPO Anm. 8; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 325; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 82; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 94; *Wiedenbrüg*, JuS 1973, 418 y ss. Por el contrario, también consideran suficiente una comprobación adecuada de la sospecha, tratándose de particulares, *Löwe/Rosenberg (Dünnebier)*, § 127 StPO Anm. I 3; *Kern/Roxin*, Strafverfahrensrecht, págs. 161 y ss.; *Müller/Sax*, § 127 StPO Anm. 1a (1); *Henkel*, Strafverfahrensrecht, pág. 286 (sospecha inminente); *Fincke*, GA 1971, 41 y ss. y JuS 1973, 87 y ss. (convicción).

25 Ciertamente es aplicable la punición prevista en el § 230, como señala correctamente *Fincke*, GA 1971, 41, nota 7, pero en el grado de sospecha que el mismo requiere debe negarse ya objetivamente una vulneración del deber de cuidado (cfr. *infra*, § 55 I); cfr. también *Fincke*, JuS 1973, 88, nota 5. Ahora bien, si el autor ha supuesto descuidadamente los presupuestos del derecho de detención y en tal situación ha lesionado a otro corporalmente, la pena también resulta merecida.

26 Cfr. sobre esto *Westerburg*, Polizeigewalt des Luftfahrzeugkommandanten, págs. 50 y ss.; cfr. también el *Convenio de Tokio* sobre acciones punibles y de otra naturaleza que se produzcan a bordo de aeronaves, de 14-9-1963, art. 5-10 (BGBl. 1969 II, pág. 121).

27 Como parte del Derecho natural trata el Derecho de resistencia *Weinkauff*, Über das Widerstandsrecht, 1956.

28 Sobre la historia del Derecho de resistencia cfr. varias contribuciones en: *Arthur Kaufmann* (ed.), Widerstandsrecht, 1972; también *Bertram*, Das Widerstandsrecht, págs. 13 y ss. Sobre casos de resistencia del tiempo del nacionalsocialismo y su tratamiento en la Jurisprudencia, cfr. *Scheidle*, Das Widerstandsrecht, págs. 38 y ss.

la índole de nuestro Estado, sino a consideraciones tácticas en relación con la legislación de emergencia del año 1968.[29] Como recurso último para la defensa del orden constitucional liberal y democrático en el sentido del artículo 20 I-III GG (cfr. BT-Drucksache V/2.873, pág. 9), el art. 20 IV GG confiere actualmente a todo alemán el derecho de resistencia frente a todo aquel que intente acabar con este orden, cuando no exista otra forma de evitarlo (cfr. ya anteriormente, art. 147 I de la Constitución de Hessen, y artículo 19 de la Constitución de Bremen y art. 23 III de la de Berlín). El derecho de resistencia se dirige tanto contra el "golpe de Estado desde arriba" (cfr. por ej., introducción de una dictadura militar) como frente al "golpe de Estado desde abajo" (por ej., la supresión revolucionaria de la democracia parlamentaria).[30] Puesto que debe concurrir un "intento" *(Unternehmen)*, el derecho de resistencia no nacería hasta que se alcanzase por los enemigos de la Constitución el grado de "tentativa", debiéndose dejar impunes las acciones preparatorias (por ej., § 83), aun cuando el poder público no intervenga por debilidad o culpabilidad. El derecho de resistencia no concurre frente a la pura manifestación de opiniones favorables a la supresión de los principios fundamentales de la Constitución (OLG Köln NJW 1970, 1.322 [1.324]). El derecho de resistencia posee carácter subsidiario, ya que está previsto sólo para cuando no exista otro remedio. En el supuesto de intento de un golpe de Estado el derecho de resistencia solamente aparecería, pues, en el momento en que dejasen de bastar incluso las facultades de que en estado de necesidad dispone el poder público para proteger la subsistencia esencial de la Constitución.[31] Por otra parte, se entiende acertadamente que, a la vista de lo dudosos que resultan los presupuestos del mismo que deben regir en el caso concreto, el derecho de resistencia únicamente puede ejercerse si resulta *evidente* el intento de supresión del orden liberal democrático (así ya BVerfGE 5, 85 [377]). En el aspecto subjetivo la acción de resistencia debe perseguir el mantenimiento del orden constitucional liberal y democrático (BVerfGE 5, 85 [379]).

Aunque existe uniformidad en la doctrina constitucionalista en torno a la idea de que mejor hubiera sido la no positivización del derecho de resistencia en el art. 20 IV GG,[32] el *Derecho Penal* debe regirse con arreglo a la actual situación legal y, en consecuencia, debe dar respuesta a la cuestión del tratamiento jurídico-penal que merece el derecho de resistencia y en especial el error sobre el mismo. El artículo 20 IV GG posee como objeto la parte del estado de necesidad que afecta al Estado (cfr. *supra*, § 32 II 1b).[33] El derecho de resistencia se presenta, así, al igual que el estado de necesidad del Estado, como una *causa de justificación* que permite el empleo de violencia si se respetan los principios de necesidad y proporcionalidad. El *error* será normalmente un error sobre los límites del derecho de resistencia (cfr. los casos OLG Köln NJW 1970, 1.322; BGH NJW 1966, 310), de modo que resultan de aplicación las reglas del error de prohibición que llevan a aplicar el tipo doloso (cfr. *infra*, § 41 III 1).[34]

29 Sobre la historia de la legislación, cfr. *Böckenförde*, JZ 1970, 168 y ss.

30 Sigue el texto en la interpretación del art. 20 IV GG *Hesse*, Grundzüge, páginas 298 y ss.; *Hans Schneider*, Widerstand, págs. 13 y ss.; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 92 y ss.

31 Cfr. sobre esto *Heuer*, Die Zulässigkeit des Einsatzes staatlicher Gewalt in Ausnahmesituationen, págs. 47 y ss.

32 Cfr., por ejemplo, *Isensee*, Widerstandsrecht, pág. 99: "Una autorización constitucional en la zona limítrofe con el *status naturalis* no carece menos de sentido que una garantía de libertad en situaciones de anarquía, puesto que en tales casos el poder público deja de ejercer su función de protección: o ya no es legal o ya no es efectivo."

33 Cfr. *Doehring*, Der Staat 8 (1969), pág. 437. En distinto sentido, *Maurach-Zipf*, Allg. Teil, pág. 391, que aprecia una modalidad de auxilio a la legítima defensa del Estado.

34 Así *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 65. En contra, *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 99 recomienda la aplicación de la teoría estricta de la culpabilidad (cfr. *infra*, § 41 III 2b), mientras *Dreher*, § 32 Vorbem. 10 intenta separar la cláusula de subsidiariedad del art. 20 IV GG, como "condición objetiva de justificación", del ámbito de la culpabilidad.

* * *

I. El empleo de la coacción estatal como causa de justificación

Los supuestos contemplados en el texto bajo esta primera rúbrica caben en nuestro CP en el ámbito de la eximente 11.ª del art. 8 (art. 26, 9.ª Proyecto 1980). "El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo." Una ordenación lógica del contenido de esta eximente conduce a distinguir los supuestos en que el deber o el derecho derivan del ejercicio legítimo de un oficio o cargo, de aquellos otros en que tienen origen distinto (legal, contractual). La problemática de la actuación de los órganos del Estado afecta al primer grupo: cumplimiento de un deber derivado del ejercicio de un cargo. *Los principios generales que deben presidir esta causa de justificación en nuestro Derecho no tienen por qué ser distintos de los expuestos por el texto.*[1]

II. La obediencia jerárquica

1. En Derecho español no existe una ***terminología*** *claramente diferenciada para distinguir las órdenes dictadas en el seno de la Administración civil de aquellas otras correspondientes al ámbito militar, aunque se hallan previstas regulaciones diferentes para cada una de ambas esferas.*

2. En el CP la obediencia jerárquica[2] *exime de responsabilidad, según el art. 8, 12.ª, cuando es* "debida". *El problema se centra, pues, en determinar* ***cuándo es debida la obediencia.*** *Sin duda lo es cuando la orden impartida* se ajusta a Derecho *en su forma y contenido, mas limitar a estos supuestos el*

1 Cfr. la pormenorizada exposición que efectúa *Córdoba*, Comentarios I página 366. No obstante, el TS tiende, erróneamente, a requerir como presupuesto general la presencia de una *agresión ilegítima* contra la autoridad por parte de los particulares (cfr. *ibídem*).

2 La doctrina discute si, además, tienen cabida en la eximente 12.ª otras clases de obediencia, como la doméstica o la laboral. Aunque en contra se pronuncia la doctrina mayoritaria, no faltan quienes postulan la interpretación amplia: Cfr. *Antón Oneca*, PG p. 277; *Rodríguez Devesa*, PG pp. 507 s.; *Córdoba*, Comentarios I pp. 399 s.

ámbito de la exención[3] *contradiría el planteamiento acogido por el mismo CP en el art. 369 (art. 453 Proyecto 1980). Este precepto castiga a los funcionarios que "se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a sentencias, decisiones u órdenes de la Autoridad superior, dictadas dentro de los límites de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales", con la única salvedad de que el incumplimiento se refiera "a un mandato que constituya una infracción* manifiesta, clara y terminante *de un precepto de Ley", si el autor no es autoridad, y de "cualquiera otra disposición general" si lo es. Comparto la opinión de quienes ven en este precepto consagrado el principio de la* apariencia, *según el cual el carácter vinculante de la orden no se condiciona a la juricidad intrínseca de la orden, sino a su* apariencia de legalidad. *Según esto, la antijuricidad de la orden no impide que la misma genere deber de obediencia si no es* manifiesta — *sólo si lo es deja de castigar al funcionario el art. 369 CP, de lo que se desprende que en todos los demás supuestos existe obligación, penalmente sancionada, de obediencia —.*[4] *A la misma lógica corresponde el que en todo caso se condicione el carácter vinculante de la orden a la concurrencia de* competencia *y* forma *(art. 369 I CP), pues éstas son las bases de la apariencia de legalidad.*

Distinto es el planteamiento propuesto por un sector de la doctrina que funda el deber de obediencia en las normas administrativas que regulan con carácter general la validez de los actos administrativos. Sólo podrá ser vinculante — se arguye — la orden que pueda desplegar efectos con arreglo al Derecho Administrativo. Éste no será el caso de las órdenes nulas *de pleno derecho, previstas en el art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo:* "a) *Los (actos) dictados por órgano manifiestamente incompetente;* b) *Aquellos cuyo contenido sea imposible o sean constitutivos de delito;* c) *Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido..." Dejando aparte los requisitos de competencia y forma, también necesarios según el art. 369 I CP, del apartado* b) *se deduciría la importante consecuencia de que* nunca *podría ser vinculante una orden constitutiva de delito, y ello con independencia de si resulta o no manifiesto — contra lo que hemos deducido del art. 369 CP —. El obstáculo que supone el hecho antes mencionado de que el art. 369 CP* sólo *excluya de responsabilidad al funcionario que incumple una orden manifiestamente antijurídica y no mencione a la que constituya delito que no lo sea manifiestamente, se intenta soslayar por esta corriente doctrinal alegando que el art. 369 I CP sólo castiga al que se negare a prestar el* "debido *cumplimiento" a una orden, y que nunca será "debido" al cumplimiento de una orden nula de pleno derecho según el art. 47 Ley de Procedimiento Administrativo. Como órdenes no manifiestamente antijurídicas que deben obedecerse quedarían solamente las* anulables *y las que cuenten con meras* irregularidades formales *(arts. 48 y 49 LPA).*[5]

En contra de esta importante construcción cabe efectuar, sin embargo, reparos decisivos, tanto de orden material como formal. Materialmente *no*

[3] Como pretende un sector de la doctrina española: por todos cfr. *Cuello Calón*, PG pp. 387 ss.

[4] En este sentido *Antón Oneca*, PG p. 273; *Rodríguez Devesa*, PG p. 520.

[5] Esta corriente se inició por *Cerezo Mir*, Los delitos de atentado, resistencia y desobediencia, en "Rev. Estudios Penitenciarios", 1966, pp. 341 ss. También: *Córdoba*, Comentarios I pp. 392 ss.; *Luzón Peña*, Legítima defensa pp. 306 ss.

resulta satisfactorio, atendidas las necesidades de la función pública, que el subordinado pueda desobedecer las órdenes de sus superiores si no adolecen de antijuricidad manifiesta: *En caso de duda debe decidir el superior. Habida cuenta de la complejidad jurídica que a menudo encierran los actos administrativos, lo contrario supondría la posibilidad de interrumpir constantemente el ejercicio de la función pública y trasladar la decisión acerca de las órdenes al subordinado. No debe ser excepción de este principio el supuesto de que la orden constituya delito. La mayor gravedad intrínseca de este caso no implica necesariamente que sea más* manifiesta *la antijuricidad. Así, el funcionario ejecutivo que procede a cumplir una orden de detención formalmente correcta difícilmente podrá saber con claridad si dicha orden persigue privar de libertad a un inocente, o no. Tampoco es suficiente apelar entonces a las reglas generales sobre el* error, *si no se toma en cuenta la* presunción *de legalidad que debe rodear a las decisiones formalmente válidas de una autoridad. No cabría desconocer que frente a tales decisiones no es posible exigir el mismo* deber de control de la legalidad *que existiría si la decisión tuviese otro origen. Aunque la ley no condicionase la exclusión del deber de obediencia al carácter manifiesto de la antijuricidad de la orden, la misma conclusión debería alcanzarse mediante una construcción del error que atendiese a las particulares circunstancias de la relación jerárquica: Sólo debería reputarse* vencible *(y, por tanto, punible) el error del funcionario que cumple una orden* manifiestamente *antijurídica. La doctrina alemana ha alcanzado un resultado parecido, pese a no considerar jurídicamente vinculante la orden que constituye delito (cfr.* supra § *35 II 2 b), considerando* exculpante *la obediencia de una orden cuya antijuricidad no sea* reconocible *o* evidente, *según los casos por el subordinado (cfr.* infra § *46).*

La solución materialmente correcta tiene que conducir, pues, a reclamar una apariencia cualificada *de ilegalidad en la orden para que su cumplimiento deje de eximir al subordinado.* Dogmáticamente *ello permite dos soluciones:* a) *Considerar que faltando aquel grado de apariencia de antijuricidad la orden es siempre* vinculante *y genera obediencia* debida *(art. 8, 12.° CP en relación con el art. 369 CP);* b) *entender que sólo cuando no sea nula de pleno derecho según el art. 47 LPA tendrá la orden carácter obligatorio (a los efectos del art. 8, 12.°), debiéndose fundar la exención en los demás casos en que la antijuricidad de la misma no es manifiesta en la presencia de error invencible — en nuestro Derecho sería difícil defender la solución alemana de la* exculpación, *dada la dificultad de admitir eximentes supralegales.*

Más arriba tomé posición en favor de la primera construcción. Desde el punto de vista formal, excluir el deber *de obediencia frente a órdenes no manifiestamente antijurídicas por el hecho de que sean nulas de pleno derecho según la LPA es contrario, a mi juicio, a una correcta interpretación del art. 369 CP. Los dos últimos párrafos del mismo, en los que se prevé como única salvedad al deber de cumplimiento de las órdenes el carácter manifiesto de su antijuricidad, se hallan vinculados de tal forma al primero, que presuponen que el funcionario niega el "debido cumplimiento" a la orden (esta vinculación manifiesta en la expresión inicial del segundo párrafo:* "Sin embargo *de lo dispuesto en el párrafo anterior..."). Ello supone que los párrafos II y III permiten negar el "debido cumplimiento" a las órdenes manifiestamente antijurídicas. Pues bien: Si la expresión "debido cumplimiento" se interpretase, según quiere la opinión doctrinal combatida, como*

"cumplimiento jurídicamente debido", habría que admitir la insatisfactoria conclusión de que el art. 369 CP considera obligatorio ("debido") el cumplimiento de órdenes manifiestamente antijurídicas.[6]

Pero existe otra dificultad que encuentra la tesis impugnada, que afecta a su misma raíz. Dicha tesis parte de que las órdenes nulas *no son vinculantes y en cambio sí lo son las anulables o meramente irregulares.*[7] *Ello presupone que los actos administrativos nulos son inválidos desde un principio* (ex tunc) *y los anulables sólo desde que se consigue su anulación* (ex nunc). *Este planteamiento no es exacto. Tanto los actos nulos como los anulables son* inválidos *y sólo se distinguen en cuanto al procedimiento de cesación de su* eficacia: [8] *Mientras que en el acto nulo no precisa ser* anulado *para ser privado de eficacia (basta una* declaración *de nulidad por parte de la Administración, art. 109 LPA), el acto anulable requiere su* anulación *(previa impugnación o de oficio, según los casos [art. 110 LPA], pero siempre con efectos* constitutivos*). Pero ambas clases de actos pueden ser* eficaces hasta *que se declare su nulidad o se anulen, respectivamente. Ello se desprende del* principio de ejecutoriedad, *basado en la* presunción de legalidad *del acto administrativo, que se establece inequívocamente en preceptos como los arts. 44, 45 y, sobre todo, 101 LPA ("los actos y acuerdos de las autoridades y organismos de la Administración del Estado serán* inmediatamente ejecutivos"*). El art. 103 de la misma ley refleja el alcance práctico de este principio al excluir la posibilidad de interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos, con tal únicamente de que sean realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido.*[9] *Ello supone que* todo *acto administrativo, aunque sea nulo, es eficaz desde que se dicta con competencia y forma. Lo confirma el hecho de que el art. 116 LPA prevé la posibilidad de que la autoridad a quien compete resolver la impugnación de un acto nulo de pleno derecho suspenda su ejecución, pues ello presupone que hasta entonces ha sido eficaz y, sobre todo, que para la suspensión es precisa la decisión de la autoridad competente. Todo esto se explica por el principio de que, concurriendo los requisitos formales que fundamentan la presunción de legalidad del acto administrativo, sólo puede entrarse a enjuiciar su validez intrínseca y, en especial, suspender su eficacia por medio de un proceso legalmente regulado, que debe culminar con una resolución del órgano competente. Lo cual es independiente de que tal resolución haya de ser meramente declarativa (como sucede respecto a los actos nulos) o constitutiva (como ocurre en relación a los actos anulables).*

Ahora bien, lo dicho ha de valer también para las órdenes dictadas por un órgano competente y con arreglo a las formalidades legales esenciales: Como todo acto administrativo de estas características será inmediatamente ejecutivo, lo que supone que deberá cumplirse, *con independencia de que sea materialmente válido, o no, y de la clase de invalidez que pueda afectarle, hasta tanto no se decrete su suspensión por la autoridad competente. Ni el particular ni el subordinado pueden impedir la ejecución de dicha orden. Así*

6 Esta consecuencia, no advertida por *Cerezo*, Atentado p. 341, se admite por *Luzón Peña*, op. cit., p. 308.

7 Cfr. *Cerezo*, Atentado pp. 349 ss.; *Luzón*, op. cit., pp. 307 s.

8 Cfr. *Entrena Cuesta*, Curso de Derecho Administrativo, Madrid, 1968, 3.ª ed., pp. 512 ss.; *Luzón Peña*, op. cit., p. 283.

9 Cfr. *Entrena*, Curso pp. 508 s.

lo exige la presunción de legalidad que envuelve los actos administrativos formalmente correctos. La única excepción al principio de obligatoriedad de las órdenes que posean ese carácter formal, podrá concurrir cuando la presunción se desvanezca por la manifiesta *antijuricidad de la orden. La regulación del art. 369 puede interpretarse coherentemente con este planteamiento, según la teoría de la apariencia más arriba adoptada.*[10]

3. En el **Código de Justicia Militar** *se regula de modo algo distinto la eximente de obediencia debida. En el art. 185, 12.°, se establece que los Tribunales apreciarán o no la eximente según las circunstancias del caso, teniendo presente si se prestó obediencia* con malicia o sin ella.

III. El derecho de corrección

En relación al derecho de corrección de los maestros es aplicable a nuestro país el planteamiento negativo efectuado en el texto, abonado por el hecho de que en la doctrina española nunca ha encontrado acogida relevante la solución contraria. Mayor ámbito se concede al derecho de corrección de los padres *y* tutores, *que se establece en el Código Civil respecto de sus hijos no emancipados (arts. 155, 2.° y 156 a 158) o pupilos (arts. 263 y 269, 1.°). Que no puede alcanzar a las lesiones graves puede desprenderse,* a sensu contrario, *del art. 420, último párrafo, que sólo excluye de la agravación del párrafo anterior "las lesiones que el padre causare al hijo, excediéndose en su corrección".*[11] *El exceso puede, hasta cierto punto, determinar la estimación de la eximente incompleta.*[12]

IV. El actuar "pro magistratu"

1. En el Derecho español no se prevé la figura del autoauxilio *descrita en el texto. Aparte de la posible aplicación del* estado de necesidad *(art. 8, 7.° CP; art. 26 Proyecto 1980) de la* legítima defensa *(art. 8, 4.°, 5.° y 6.° CP; art. 26, 5.° Proyecto 1980), no cabe, con carácter general, incluir el supuesto en la eximente de ejercicio de un derecho (art. 8, 11.°; art. 26, 9° Proyecto 1980), pues como regla las "vías de hecho" no suponen un ejercicio* legítimo *de los derechos.*[13] *Mas existe algún tipo de delito del que se desprende la impunidad o la atenuación de algunas conductas de autorrealización de derechos, como el del art. 337 CP y el del 496 CP. El primero castiga con una sola pena de multa al que con violencia o intimidación se apoderase de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella, conducta que de otro modo constituiría robo (arts. 500 y ss.).* A sensu contrario *debe inferir-*

10 Nótese que el art. 369 II y III no excluye literalmente la obligatoriedad administrativa de las órdenes manifiestamente antijurídicas, ya que únicamente exime de responsabilidad *penal* al que las incumple. Pudiera argüirse que, incluso frente a tales órdenes existe deber de obediencia con arreglo al Derecho Administrativo, que eximiría con arreglo al art. 8, 12.°. Mas me resisto a admitir la insatisfactoria conclusión de que una orden que lesione un bien jurídico-penal con antijuricidad *manifiesta* pueda generar deber de obediencia, pese a desaparecer la presunción de legalidad. A salvo queda, por supuesto, la posibilidad de *error.*

11 Así *Antón Oneca*, PG p. 254.

12 Así *Córdoba*, Comentarios I p. 362.

13 Cfr. *Antón Oneca*, PG pp. 255 ss.; *Córdoba*, Comentarios I pp. 353 s.

se que es atípico dicho apoderamiento si se efectúa sin violencia o intimidación. El Proyecto 1980 permite generalizar *esta argumentación, pues su artículo 514, que sustituiría al actual 337 CP, establece: "El que para realizar un derecho propio, en lugar de acudir a la vía judicial recurriere a la violencia, intimidación o fuerza, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses." Por otra parte, la redacción del art. 496 CP (art. 192 Proyecto 1980), que excluye del tipo el impedir a otro con violencia* lo que la ley le prohíbe, *permite acudir a vías de hecho para impedir perturbaciones de derechos reales como la posesión, pues la ley las prohíbe.*[14]

2. El art. 490 LECr también autoriza a cualquier persona a detener a los siguientes sujetos: "1.°) Al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo; 2.°) Al delincuente in fraganti; *3.°) Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena; 4.°) Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiere impuesto por sentencia firme; 5.°) Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior; 6.°) Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente; 7.°) Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía." Según se desprende del art. 491 LECr. basta que el particular justifique haber practicado la detención "en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos del artículo anterior". Fuera de estos supuestos la detención de una persona por un particular con objeto de presentarla a la autoridad se castiga en el art. 482 CP (art. 185 Proyecto 1980).*

§ *36 El riesgo permitido*

Deutsch, Finalität, Sozialadäquanz und Schuldtheorie als zivilrechtliche Strukturbegriffe, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 227; *Engisch,* Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *el mismo,* Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-Festschrift, t. I, 1960, pág. 401; *Erdsiek,* Wahrnehmung berechtigter Interessen ein Rechtfertigungsgrund? JZ 1969, 311; *Eser,* Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund, 1969; *Exner,* Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910; *Fuhrmann,* Die Wahrnehmung berechtigter Interessen durch die Presse, JuS 1970, 70; *Geppert,* Rechtfertigende "Einwilligung" des verletzten Mitfahrers..., ZStW 83 (1971), página 947; *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; *Noll,* Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht, ZStW 68 (1956), pág. 181; *Oehler,* Die erlaubte Gefahrsetzung und die Fahrlässigkeit, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 232; *Preuß,* Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, 1974; *Rehberg,* Zur Lehre vom "Erlaubten Risiko", 1962; *Rehbinder,* Die öffentliche Aufgabe und rechtliche Verantwortung der Presse, 1962; *Roeder,* Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, 1969; *Schwinge/Siebert,* Das neue Untreuestrafrecht, 1933; *Ulsenheimer,* Strafbarkeit des Garanten bei Nichtvornahme der einzig möglichen, aber riskanten Rettungshandlung, JuS 1972, 252.

14 Cfr. *Mir Puig,* Coacciones en ADPCP pp. 296 ss.

I. Riesgo permitido y adecuación social

1. No pocas acciones que resultan consubstanciales a la *existencia del orden social actual* implican, por su propia naturaleza, peligros para las personas y conducen en un número estadísticamente constatable de supuestos a la lesión de bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal. Y, sin embargo, tales acciones no pueden ser prohibidas, sino que, antes bien, deben propiciarse, ya que no cabe imaginar la vida sin el provecho social que traen consigo. Todavía hoy resulta válida en este sentido la observación de *Binding* "de que el Derecho escrito carece casi por completo de regulación para este enorme ámbito de la vida jurídica".[1] Aunque también es cierto que el Derecho Penal (a diferencia del Derecho del Trabajo y Administrativo, en los que se regulan los numerosos requisitos de seguridad y presupuestos de autorización) guarda silencio en torno a esta cuestión, la *ciencia* jurídica se ha esforzado en colmar la laguna. Para ello, respecto de los supuestos mencionados de acciones peligrosas pero que no cabe pensar en suprimir del orden social existente, acude en parte a la adecuación social y en parte al riesgo permitido, solucionando dogmáticamente el problema, de esta suerte, bien mediante la *exclusión del tipo,* bien mediante *la estimación de una causa de justificación.*

2. La *teoría de la adecuación social* constituye un instrumento teorético que permite sustraer del tipo de los preceptos penales correspondientes (en especial relativos a homicidio y lesiones dolosas e imprudentes) acciones que, aunque implican peligro para bienes jurídicos protegidos, resultan imprescindibles para la comunidad (cfr. *supra,* § 25 IV 1).[2] La participación en el tráfico automovilístico, de ferrocarriles, aéreo y naval, la moderna fabricación de bienes en todas las ramas de la industria, la investigación de las ciencias naturales y de la Medicina, el funcionamiento de instalaciones peligrosas como plantas atómicas, fábricas de gas, minas y canteras, la producción de materiales explosivos, de productos tóxicos y medicinales, las actividades profesionales desarrolladas en los terrenos de la construcción, de la terapéutica y de la salud, el deporte en sus más variadas formas de manifestación, incluidos sus instrumentos técnicos, como vehículos de motor, ferrocarriles de montaña, teleskis: todas éstas son actividades socialmente útiles que, pese a encerrar riesgos, no infringen ninguna norma prohibitiva jurídico-penal si en ellas se observa el cuidado debido

1 *Binding,* Normen, t. IV, pág. 436; cfr. también la exposición de *Roeder,* Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, págs. 28 y ss.

2 Cfr. *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, pág. 419; *Preisendanz,* § 32 Vorbem. II 6; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 32 Vorbem. 107a; *Stratenwerth,* Allg. Teil I, números 334 y ss.; *Welzel,* Lehrbuch, pág. 57; *Wessels,* Allg. Teil, pág. 11. Sobre el estado de la doctrina civil, *Deutsch,* Welzel-Festschrift, págs. 273 y ss. En contra del concepto de adecuación social por su indeterminación, *LK (Hirsch),* § 51 Vorbem. 22; *Hirsch,* ZStW 74 (1962), págs. 87 y ss. *Schmidhäuser,* Allg. Teil, páginas 298 y ss., contempla la adecuación social como causa de justificación, pero no la distingue del riesgo permitido (págs. 300 y ss.).

en el tráfico, ni siquiera en el caso de que produzcan resultados lesivos típicos que con arreglo a la experiencia no puedan excluirse por completo. Si, pese a la realización cuidadosa de una de tales acciones "sucede algo", faltará lo injusto de la acción típico de la correspondiente figura de delito. No obstante, muchas de estas acciones que encierran peligro pero comportan utilidad social se condicionan a la posesión de autorización oficial, puesto que el Estado ha de ejercer su control acerca de si la fuente de peligro se domina correctamente, si se han adoptado todas las precauciones de seguridad necesarias y si las personas que intervienen se hallan en posesión de los requeridos conocimientos, y merecen la suficiente fiabilidad (cfr. *supra*, § 33 VI 2). En tales casos sólo resulta típica la actuación *sin* la autorización prescrita.

3. La situación es distinta en los supuestos de **riesgo permitido.**[3] Aquí la acción aparece como peligrosa para la comunidad y se halla básicamente prohibida porque el riesgo que conlleva es demasiado importante para que pueda aceptarse sin más en interés del libre despliegue del desarrollo social (por ej., la puesta en peligro del honor por medio de afirmaciones proferidas en salvaguardia de intereses legítimos, § 193). Si fracasa la prueba de la verdad respecto de una afirmación de hechos que afectan al honor, se realizará el tipo de la difamación; por consiguiente, la salvaguardia de intereses legítimos sólo operará como causa de justificación. Generalmente afectarán al riesgo permitido casos de *culpa consciente* (cfr. *infra*, § 56 III 1), pero también son imaginables acciones con *dolo eventual*, cuando a la vista de la proximidad del peligro y de la urgencia de la intervención no quede al autor más que la posibilidad de aceptar la posibilidad de infringir el Derecho. Caso de realizarse el peligro inherente al hecho, se cumplirá el tipo de la acción punible y sólo cabrá preguntar si, atendido el legítimo interés perseguido por el autor, resulta permitido excepcionalmente la lesión de intereses ajenos.[4]

II. Los casos de riesgo permitido

1. En primer lugar, son casos de riesgo permitido las **acciones de salvación arriesgadas.** Se hallan próximas al estado de necesidad justificante y al actuar en interés del lesionado bajo consentimiento

3 Con frecuencia no se distinguen el riesgo permitido y la adecuación social; cfr., por ejemplo, *Baumann*, Allg. Teil, págs. 276 y ss.; *Exner*, Fahrlässigkeit, págs. 193 y ss.; *Oehler*, Eb. Schmidt-Festschrift, págs. 243 y ss.; *SK (Samson)*, § 32 Vorbem. 53; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 300 y ss.

4 La doc. dom. niega el riesgo permitido como causa de justificación independiente y sólo ve en él "un concepto sintético para una estructura normativa que se manifiesta en distintos sentidos"; cfr. *Preuß*, Untersuchungen, página 225; *Baumann*, Allg. Teil, pág. 331; *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 106; *Geppert*, ZStW 83 (1971), pág. 997; *Kienapfel*, Erlaubtes Risiko, págs. 26 y ss.; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 26; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 107b. Como aquí, *Klug*, Eb. Schmidt-Festschrift, pág. 264; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, página 419; *Preisendanz*, § 32 Vorbem. II 6. Cfr. también *Dreher*, § 32 Vorbem. 12 y ss.; *Lackner*, § 32 Vorbem. II 11.

presunto. La diferencia respecto del estado de necesidad justificante reside en que la propia acción de salvación pone en grave riesgo el bien jurídico en peligro y en que no es seguro que la misma constituya el único medio disponible para la conservación de éste. Del consentimiento presunto el riesgo permitido se diferencia en que no se persigue en éste lesión alguna, sino precisamente la salvación del bien jurídico que peligra (cfr. sobre esto OLG Frankfurt MDR 1970, 695, en que un caso de riesgo permitido con una acción de auxilio necesario que pone en peligro al propio agredido se trata con arreglo a las reglas del consentimiento presunto del mismo).

Ejemplos: Durante un incendio el padre se ve en la necesidad de decidir entre arrojar a dos hijos pequeños por la ventana con la esperanza de que puedan ser tomados en brazos por personas que se prestan a colaborar, o dejar que perezcan entre las llamas (BGH *Dallinger*, MDR 1971, 361).[5] Tras de un accidente de tráfico el auxiliador conduce (§ 330c) al hospital a un herido de gravedad cuyas fuerzas disminuyen, aunque todavía cabía esperar la llegada de un médico. El guarda forestal ve que un perro rabioso ataca a un niño pequeño y decide efectuar un disparo peligroso, pese a que posiblemente todavía hubiera estado a tiempo de socorrer al niño de otro modo. En un incendio importante, un bombero arroja a una persona rezagada a la lona de salvamento, si bien quizás habría podido salvarse igualmente por otra vía menos peligrosa. El helicóptero de salvamento emprende el rescate a pesar de que la maniobra, vistas las circunstancias, pone en peligro la propia vida de los accidentados.

En todos los ejemplos propuestos basta para la justificación de la acción de salvación que el auxiliador, tras haber comprobado cuidadosamente todas las circunstancias, haya actuado como le pareciera necesario en atención al interés del bien jurídico en peligro y a la correspondiente entidad del peligro a que se sometan las demás personas implicadas.

2. En segundo lugar, constituyen casos de riesgo permitido las **acciones que ponen en peligro bienes jurídicos en interés de la generalidad, del autor o del lesionado.**

a) El supuesto más importante en que el riesgo permitido resulta de aplicación como causa de justificación es la **salvaguardia de intereses legítimos (§ 193).**[6] Es lícito manifestar una afirmación lesiva para el honor aun a riesgo de que resulte incierta o en todo caso no susceptible de prueba, cuando la expresión de la imputación de que

5 Sin razón niega aquí el deber de salvación del padre, *Ulsenheimer*, JuS 1972, 255.

6 Así *Gallas*, Niederschriften, t. IX, pág. 71; *el mismo*, Beiträge, pág. 37; *Hirsch*, Ehre und Beleidigung, págs. 200 y ss.; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 155; *Lenckner*, H. Mayer-Festschrift, págs. 179 y ss.; *Heinitz*, Eb. Schmidt-Festschrift, 282; *Rehbinder*, Die öffentliche Aufgabe der Presse, págs. 117 y ss.; *Dreher*, § 193 Anm. 1; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 321; *Welzel*, Lehrbuch, página 320. En contra, *Preuß*, Untersuchungen, pág. 223; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 419.

se trate constituya la única forma de salvaguardar un legítimo interés público o privado.

La cuestión de la clasificación del § 193 en el sistema del Derecho Penal se halla sin embargo discutida. La antigua Jurisprudencia y una parte de la doctrina ven en la institución un caso particular de estado de necesidad justificante,[7] lo que no resulta satisfactorio porque precisamente por la incertidumbre típica de la acción arriesgada no se requiere una prevalencia esencial del interés protegido sobre la protección del honor (cfr. *supra*, § 33 IV 3c). Otros autores estiman concurrente un caso inespecífico de ponderación de bienes e intereses,[8] pero una cláusula general semejante con carácter de causa de justificación resulta desconocida en Derecho Penal y sería apenas justificable. Tampoco es convincente el entendimiento de la salvaguardia de intereses legítimos como causa de exculpación,[9] ya que en el supuesto del § 193 la expresión lesiva del honor resulta *lícita* y no sólo disculpable. La opinión según la cual lo que aquí importa es asegurar el continuo "proceso de adaptación de la libertad de opinión y de revelación" a las necesidades y concepciones valorativas de cada época,[10] contiene una acertada referencia a la función social del § 193. Mas con ello no se explica por qué una concesión tan amplia a la dinámica del ajuste social ha de resultar lícita precisamente en este punto del Derecho Penal.

Una imputación de hechos constitutiva de difamación (§ 186) o injuria (§ 185) está justificada como *riesgo permitido* si concurren los **presupuestos** de la salvaguardia de intereses legítimos previstos en el § 193. Entre ellos cuentan, en primer lugar, el de que la expresión represente el *único* medio de conseguir una finalidad legítima y el de que el autor actúe con la intención de salvaguardar dicho interés (elemento subjetivo de justificación). Cabe reputar intereses legítimos en el sentido del § 193 no sólo los propios del autor y otros intereses privados que le afecten de cerca, sino también intereses de la colectividad. En especial, también la *prensa* puede recabar la protección del § 193 cuando se vea forzada a difundir hechos lesivos del honor para cumplir su deber de información al público.[11] Por otra

7 Así RG 62, 83 (93); 65, 333 (335); BGHZ 3, 270 (281); *Baumann*, Allg. Teil, págs. 362 y ss.; *Kohlrausch/Lange*, § 193 Anm. I; *Mezger*, Lehrbuch, páginas 206 y ss.

8 Así *Lackner*, § 193 Anm. 1; *Maurach*, Bes. Teil, pág. 156; *Mezger/Blei*, Bes. Teil, pág. 118; *Noll*, ZStW 68 (1956), págs. 192 y ss.; *Fuhrmann*, JuS 1970, 71. En esta dirección, también, BGH 18, 182 (184).

9 Así RG 64, 23; JW 1939, 400; *Erdsiek*, JZ 1969, 315 y ss.

10 Así *Eser*, Wahrnehmung berechtigter Interessen, págs. 40 y ss. en contra la doctrina según la cual el § 193 no es susceptible de extensión a otros tipos (con razón *LK* [*Hirsch*], § 51 Vorbem. 155). Remiten a la libertad de opinión garantizada en el art. 5 GG como núcleo material del § 193, también BGH 12, 287 (293) y BGH MDR 1971, 999.

11 La anterior concepción, rechazable, de la Jurisprudencia (RG 25, 68, 56, 383; 64, 13; 65, 360) ha cedido en la actualidad a la opinión dominante, sostenida en el texto, única que corresponde a la misión pública que a la prensa atribuyen las leyes de prensa de los *Länder;* cfr. BVerfG 12, 113 (125 y ss.); BVerfGE 24, 278 (282 y ss.); BGHZ 31, 308; BGH 18, 182 (187); *Fuhrmann*, JuS 1970, 70 y ss.; *Rehbinder*, Die öffentliche Aufgabe der Presse, págs. 120 y ss.

parte, la manifestación debe constituir un medio *adecuado* de salvaguardia de la finalidad legítima. Ello supone, por de pronto, que el interés que el autor desea proteger se halle cualitativa y cuantitativamente en una relación admisible con la protección del honor que el afectado puede esperar del Derecho Penal. De hecho concurre, pues, una ponderación de intereses que, no obstante, se diferencia de la ponderación requerida para el estado de necesidad justificante. Además, el autor no puede estar convencido de que la manifestación es incierta, y debe haber observado antes de comunicarla o difundirla el *deber de informarse*. Por último, cabe requerir que la expresión se produzca en forma *adecuada*. Del § 193 se deduce, al mismo tiempo, que los juicios de valor injuriosos independientes de las imputaciones fácticas no pueden resultar cubiertas, ya que para la salvaguardia del interés legítimo basta que puedan manifestarse los hechos deshonrosos. El ofendido, por lo demás, es protegido en el proceso por la circunstancia de que la cuestión de la salvaguardia de intereses legítimos sólo puede suscitarse una vez que se haya comprobado la posibilidad de prueba de los hechos imputados (BGH 11, 273).

Ejemplos: El gerente de una empresa puede formular contra el contable la acusación de apropiación indebida si la comprobación de los libros y de la caja ponen de manifiesto la existencia de graves motivos de sospecha. Por el contrario, quien manifiesta en la prensa, sobre la sola base de una afirmación indemostrable, la sospecha de que ciertos políticos despliegan actividades comunistas, no puede acogerse al § 193, puesto que no ha respetado el deber de información que le afecta (BGH 14, 48 [51]). En la contienda electoral un político ha de tolerar la acusación de "carácter doble" y de cambio de ideología por motivos de provecho personal (BGH 12, 287 [293 y ss.]). Informes acerca de la vida privada de un político que sólo persiguen el escándalo y el sensacionalismo se hallan fuera de la función pública que pudiera alegar la prensa como legítimo interés que la misma deba salvaguardar (BGH 18, 182 [187]).

b) El riesgo permitido también opera como causa de justificación ante la acusación de infidelidad (§ 266 StGB), cuando en la administración de un patrimonio ajeno se efectúan negocios de especulación peligrosos, pero en principio no prohibidos, que exceden a una prudente gestión empresarial o administración patrimonial, pero que atendidas las circunstancias prometen ganancias considerables.[12]

* * *

La problemática del riesgo consentido por la adecuación social se examinó con relación al Derecho español en las Adiciones al § 25. La doctrina española no ha elaborado una categoría específica para los supuestos de riesgo per-

12 Cfr. *Schwinge/Siebert*, Das neue Untreuestrafrecht, pág. 46; *Klug*, Eb. Schmidt-Festschrift, págs. 260 y ss.

mitido estudiados en el presente párrafo 36, y el CP tampoco prevé ninguna regulación específica para los mismos. Mas en general encontrarían amparo en la amplia fórmula que para el estado de necesidad *ofrece el art. 8, 7.° CP (art. 26, 6.° Proyecto 1980). Éste es aplicable a acciones arriesgadas, aunque persigan la causación de un mal para evitar otro, por la misma razón que debe admitirse el estado de necesidad en delitos imprudentes (cfr.* infra *las observaciones de Derecho español al § 56). Por otra parte, no es óbice a la estimación del estado de necesidad del art. 8, 7.° CP el hecho de que en alguno de los supuestos mencionados en el texto (así, las acciones arriesgadas de salvamento) el bien puesto en peligro no sea distinto al que se quiere salvar, pues en nuestro Derecho no lo requiere la ley. Por último, en todo estado de necesidad puede suceder que no sea* seguro *que el medio de salvación empleado sea el único disponible o el menos lesivo, pues el requisito de la* necesidad *debe juzgarse* ex ante *y atendiendo a lo que razonablemente hubiera estimado necesario el hombre medio colocado en el lugar del agente, con todos los condicionamientos emocionales y de urgencia que implica su situación.*

Sección 2.ª

La culpabilidad

La teoría de la antijuricidad afecta a la cuestión de los presupuestos bajo los cuales una acción contradice el ordenamiento jurídico. Los baremos que permiten juzgar como antijurídico un comportamiento humano no toman en consideración las características personales del autor: la prohibición de hurtar vale tanto para los ricos como para los pobres, las normas del Derecho Penal sexual se dirigen tanto a los psicópatas sexuales como a los mentalmente sanos, los deberes de cuidado que implica el tráfico rodado alcanzan tanto al principiante como al conductor versado. En este sentido, en Derecho Penal se juzga realmente "*sin atención a la persona*". El objeto del enjuiciamiento varía, sin embargo, tan pronto como se pisa el ámbito de la culpabilidad. En él importa la cuestión de los presupuestos bajo los cuales cabe hacer responsable como persona al autor de una acción antijurídica. Para poder responder a dicha cuestión debe comprobarse la forma en que se ha producido la voluntad antijurídica de la acción. Culpabilidad significa, entonces, que *han de valorarse negativamente los motivos por los que se ha guiado el autor en la formación de su voluntad y que cabe por ello reprocharle su hecho,* o más brevemente: **Culpabilidad es reprochabilidad de la formación de la voluntad.**

Subsección A

Los fundamentos de la teoría de la culpabilidad

§ *37 Fundamentos antropológicos del concepto de culpabilidad*

Ancel, La défense sociale nouvelle, 2.ª ed., 1966; *Androulakis,* "Zurechnung", Schuldbemessung und personale Identität, ZStW 82 (1970), pág. 492; *v. Baeyer,* Die Freiheitsfrage in der forensischen Psychiatrie..., Der Nervenarzt 28 (1957), página 337; *el mismo,* Neurose, Psychotherapie und Gesetzgebung, Handbuch der Neurosenlehre und Psychotherapie, t. I, 1959, pág. 627; *Bauer,* Das Verbrechen und die Gesellschaft, 1957; *el mismo,* Das Strafrecht und das heutige Bild vom Menschen, en: Die deutsche Strafrechtsreform, 1967, pág. 11; *el mismo,* Vom kommenden Strafrecht, 1969; *Baumann,* Soziale Verantwortung ohne soziale Freiheit? JZ 1969, 181; *Bacigalupo,* Bemerkungen zur Schuldlehre im Strafrecht, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 477; *Bockelmann,* Vom Sinn der Strafe,

Heidelberger Jahrbücher, t. V, 1961, pág. 25; *el mismo*, Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit, ZStW 75 (1963), pág. 372; *el mismo*, Schuld, Schicksal und Verantwortung des Menschen, en: Freiheit und Determination, 1966, pág. 91; *el mismo*, Zur Problematik der Sonderbehandlung von Überzeugunsverbrechern, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 543; *Bopp*, Der Gewissenstäter..., 1974; *v. Burski*, Die Zeugen Jehovas..., tesis, Freiburg, 1970; *Danner*, Gibt es einen freien Willen?, 3.ª ed., 1974; *el mismo*, Gedanken zur "psychologischen Wahlfreiheit" des Menschen, MSchr Krim 1971, 48; *Graf zu Dohna*, Willensfreiheit und Verantwortlichkeit, 1907; *el mismo*, Ein unausrottbares Mißverständnis, ZStW 66 (1954), pág. 505; *Dürig*, Art. 103 III GG und die "Zeugen Jehovas", JZ 1967, 426; *Ebbinghaus*, Kant und das 20. Jahrhundert, Studium Generale 1954, 513; *Ebert*, Der Überzeugungstäter..., 1975, *Ehrenzweig*, Psychoanalytische Rechtswissenschaft, 1973; *Engisch*, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 2.ª ed., 1965; *el mismo*, Über die Charakterschuld, MSchr Krim 1967, 108; *el mismo*, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971; *Frey*, Schuld, Verantwortung, Strafe als kriminalpolitisches Problem, en: Schuld-Verantwortung-Strafe, 1964, pág. 297; *Gehlen*, Der Mensch, 6.ª ed., 1958; *Gimbernat Ordeig*, Strafrechtssystematik auf der Grundlage der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit, Festschrift für H. Henkel, 1974, página 151; *Gödan*, Die Rechtsfigur des Überzeugungstäters, 1975; *Gramatica*, Principi di difesa sociale, 1961; *Haddenbrock*, Die Unbestimmtheitsrelation von Freiheit und Unfreiheit..., Der Nervenarzt 32 (1961), pág. 145; *el mismo*, Personale oder soziale Schuldfähigkeit..., MSchrKrim 1968, 145; *el mismo*, Freiheit und Unfreiheit der Menschen im Aspekt der forensischen Psychiatrie, JZ 1969, 121; *el mismo*, Strafrechtliche Handlungsfähigkeit und "Schuldfähigkeit"..., Handbuch der forensischen Psychiatrie, t. II, 1972, pág. 863; *Nicolai Hartmann*, Ethik, 3.ª ed., 1949; *el mismo*, Einführung in die Philosophie, 3.ª ed., 1954; *Heinitz*, Strafzumessung und Persönlichkeit, ZStW 63 (1951), pág. 57; *el mismo*, Der Überzeugungsgstäter 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, 229; *el mismo*, Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem, Festschrift für K. Larenz, 1973, pág. 3; *H. F. Hoffmann*, Die Schichttheorie, 1935; *Holzhauer*, Willensfreiheit und Strafe, 1970; *Hupperschwiller*, Gewissen und Gewissensbildung in jugendkriminologischer Sicht, 1970; *Jescheck*, Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform, 1957; *el mismo*, Das Gewissen und die strafrechtliche Verantwortlichkeit, Revista jurídica de Buenos Aires 1959, 24; *Kant*, Kritik der reinen Vernunft [1781], Ausgabe der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft, t. II, 1956; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik im AE, ZStW 80 (1968), pág. 34; *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 2.ª ed., 1976; *el mismo*, Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens, JZ 1967; *Hilde Kaufmann*, Was läßt die Kriminologie vom Strafrecht übrig? JZ 1962, 193; *W. Keller*, Das Problem der Willensfreiheit, Handbuch der Neurosenlehre und Psychotherapie, t. 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..., GA 1959, 325; *Krümpelmann*, Motivation und Handlung im Affekt, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 327; *el mismo*, Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit..., ZStW 88 (1976), página 6; *Lange*, Die moderne Anthropologie und das Strafrecht, en: Schuld-Verantwortung-Strafe, 1964, pág. 277; *Lersch*, Aufbau der Person, 11.ª ed., 1970; *v. Liszt*, Aufsätze und Vorträge, t. II, 1905, pág. 25; *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, página 54; *Mergen*, Kriminologie und Strafrecht, 1966; *Mezger*, Über Willensfreiheit, Sitzungsberichte der Bayer. Akademie der Wissenschaften, 1944/46, número 9; *A. Mitscherlich* (ed.), Psychoanalyse und Justiz, 1971; *Moser*, Psychoanalyse und Justiz, ZRP 1971, 106; *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, 289; *Noll*, Der Überzeugungstäter im Strafrecht, ZStW 78 (1966), pág. 638; *Nowakowski*, Freiheit, Schuld, Vergeltung, Festschrift für Th. Rittler, 1957, página 55; *el mismo*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, 19; *Peters*, Überzeugungstäter und Gewissenstäter, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 257; *el mismo*, Bemerkungen zur Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zur Wehrersatzdienstverweigerung aus Gewissensgründen, JZ 1966, 457; *el mismo*, Abschließende Bemerkungen zu den Zeugen-Jehovas-Prozessen, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 468, *Pompe*, Le problème de la responsabilité criminelle, Festschrift für E. de Greeff, t. I, 1956, pág. 73; *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, t. II, 1927, página 354; *Ranft*, Hilfspflicht und Glaubensfreiheit..., Festschrift für E. Schwinge, 1973, pág. 111; *Ricoeur*, Philosophie de la volonté, t. I, 1949; *Rothacker*, Die Schichten der Persönlichkeit, 5.ª ed., 1952; *Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 377; *el mismo*, Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, MSchrKrim 1973, 316; *el mismo*, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Festschrift für H. Henkel, 1974, pág. 171; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969; *Stratenwerth*, Tatschuld und Strafzumessung, 1972; *el mismo*, Literaturbericht, ZStW 85 (1973), pág. 469; *Thomae*, Bewußtsein, Persönlichkeit und Schuld, MSchrKrim 1961, 114; *Thomae/Schmidt*, Psychologische Aspekte der Schuldfähigkeit, Handbuch der Psychologie, t. 11, 1967, pág. 326; *Tiedemann*, Zur legislatorischen Behandlung des Verbotsirrtums..., ZStW 81 (1969), página 869; *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; *E. Wolf*, Verbrechen aus Überzeugung, 1927; *Würtenberger*, Jurisprudenz und philosophische Anthropologie, Freiburger Dies Universitatis, t. 7, 1958/59, página 85; *el mismo*, Vom rechtschaffenen Gewissen, Festschrift für E. Wolf, 1962, pág. 337.

I. Principio de culpabilidad y libertad de voluntad

1. El principio de culpabilidad se considera en Alemania postulado supremo de la Política criminal (cfr. *supra*, § 3 I 2):[1] la pena criminal *sólo* puede fundarse en la constatación de que cabe formular al autor un reproche por la formación de la voluntad que condujo

1 Para *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, pág. 115 constituye "la verdadera y más profunda justificación del Derecho Penal de naturaleza absoluta"; para BVerfGE 20, 323 (331) el principio *nulla poena sine culpa* ostenta "el rango de principio constitucional". Cfr. también BVerfGE 9, 167 (169); 23, 127 (132 y ss.); BGH 2, 194 (200). El rango constitucional del principio de culpabilidad descansa en la dignidad humana (art. 1 GG) y el principio de Estado de Derecho (art. 28 I 1 GG). Defiende consecuentemente la posición contraria *Neufelder*, GA 1974, 303 y ss.

a decidir el hecho, y nunca puede ser más grave de lo que el autor *merezca* según su culpabilidad.[2] **El principio de culpabilidad presupone lógicamente la libertad de decisión del hombre,** pues sólo si existe básicamente la capacidad de actuar de otra forma podrá hacerse responsable al autor de haber llegado al hecho antijurídico en lugar de dominar los impulsos criminales. Si toda conducta estuviera determinada definitivamente por la virtualidad causal de fuerzas objetivas sustraídas al influjo de la voluntad, al modo de los procesos naturalísticos, reprochar al hombre sus acciones tendría tan poco sentido como hacerle responsable de sus enfermedades. Pero, aun cuando todas las acciones humanas si no naturalísticamente sí fueran impuestas psicológicamente por las peculiaridades del carácter, la prevalencia de los motivos concurrentes y el influjo del mundo exterior, la pena no podría concebirse como juicio de desvalor *ético*-social, sino que debería adquirir un sentido valorativamente neutral.

Por ello, los *negadores consecuentes de la libertad de voluntad,* siguiendo a *Franz von Liszt* y su doctrina según la cual el determinismo coherente ha de conducir "necesariamente al repudio total e ilimitado de la pena retributiva y al reconocimiento exclusivo y sin reservas de la pena final",[3] han propuesto un sistema del Derecho Penal que renuncia al principio de culpabilidad entendido en sentido ético-social y concibe la culpabilidad únicamente en sentido formal, como la suma de elementos subjetivos de la imputación del hecho.[4]

2. Un Derecho Penal orientado en el sentido del principio de culpabilidad debe, por el contrario, enfrentarse a la **problemática de la libertad de voluntad.**[5] No obstante, aquí sólo puede abordarse la polémica en torno a la libertad de voluntad en la medida en que pone en cuestión la fundamentación de la culpabilidad jurídico-penal.[6]

2 El principio de culpabilidad no sólo posee naturaleza constitucional en su función limitadora de la pena, sino también en la de su fundamentación; en distinto sentido *Roxin,* JuS 1966, 384; *el mismo,* MSchrKrim 1973, 319 y ss.; *SK (Rudolphi),* § 19 Vorbem. 1; §§ 2 II, 59 AE. Como el texto, la doc. dom.; cfr. especialmente *Arthur Kaufmann,* JZ 1966, 555; *Lenckner,* Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, pág. 18; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 13 Vorbem. 109; *Stratenwerth,* ZStW 85 (1973), pág. 490.

3 *v. Liszt,* Aufsätze, t. II, pág. 52.

4 Cfr., por ejemplo, *Bauer,* Das Verbrechen, págs. 17 y ss.; *el mismo,* Das heutige Bild, págs. 16 y ss.; *el mismo,* Vom kommenden Strafrecht, págs. 59 y ss.; *Danner,* Gibt es einen freien Willen?, págs. 165 y ss.; *el mismo,* MSchrKrim 1971, 53 y ss. (con una clara contraposición de las consecuencias); *Gramatica,* Principi, págs. 41 y ss. (adhiriéndose al "Progetto preliminare" *Ferri,* de 1921); *Klug,* Die zentrale Bedeutung des Schutzgedankens, págs. 108 y ss.; *Mergen,* Kriminologie und Strafrecht, pág. 17. En distinto sentido, la actual "defensa social", cfr. *Marc Ancel,* Défense sociale nouvelle, pág. 209: "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". Cfr. también sobre esto *Hilde Kaufmann,* JZ 1962, 195 y ss.; *Lange,* Die moderne Anthropologie, págs. 281 y ss. También en Escandinavia pierde terreno la fundamentación puramente utilitaria de la pena; cfr. *Agge/Thornstedt,* Das schwedische Strafrecht, pág. 260.

5 También *Mezger* abandonó su tesis formulada en el Lehrbuch, pág. 251, según la cual la culpabilidad jurídico-penal es, en cuanto "culpabilidad jurídica", independiente de la polémica en torno a la libertad de voluntad. Por el contrario, *H. Mayer,* Grundriß, pág. 105. basa su teoría de la imputación subjetiva con independencia de la cuestión de la libertad de voluntad, en el hecho del "dominio de la voluntad". *Haddenbrock,* MSchKrim 1968, 151 y JZ 1969, 121 y ss. no fundamenta su concepto de culpabilidad en la libertad de voluntad, sino en la capacidad de responsabilidad del hombre; *Roxin,* Henkel-Festschrift, pág. 181, lo hace en la teoría de los fines de la pena, como *Gimbernat Ordeig,* Henkel-Festschrift, págs. 159 y ss. Contra ambos, *Bacigalupo,* Welzel-Festschrift, págs. 481 y ss. Como el texto, *Schultz,* Einführung, I, pág. 126 y ss.

6 Una exposición de las múltiples facetas de este problema en el siglo XIX ofrece *Holzhauer,* Willensfreiheit und Strafe, 1970.

7 Así *Wegner,* Strafrecht, pág. 79.

8 Cfr. *A. Wenzl,* Philosophie der Freiheit, pág. 30. Sobre esto, *Haisenberg,* Naturbild, págs. 26 y ss., que explica las leyes puramente estadísticas por el hecho de "que sólo se conoce de forma incompleta el correspondiente sistema físico".

9 *Nicolai Hartmann,* Ethik, págs. 594, 628 y 635; *el mismo,* Einführung in die Philosophie, págs. 179 y ss.; *H. Mayer,* Lehrbuch, págs. 230 y ss.; *Würtenberger,* Freiburger Dies Universitatis 1958/59, pág. 94; *Arthur Kaufmann,* Schuldprinzip, págs. 280 y ss.

10 Cfr. *Mezger,* Willensfreiheit, pág. 13; *Welzel,* Lehrbuch, págs. 142 y ss.; *Mangakis,* ZStW 75 (1963), pág. 523; *W. Keller,* Willensfreiheit, pág. 576; *Arthur Kaufmann,* Schuldprinzip, págs. 118, 130. También, fundamentalmente, *Baumann,* Allg. Teil, págs. 377 y ss.; *el mismo,* JZ 1969, 182; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, pá-

a) Sólo unos pocos defienden ya el *clásico dogma del indeterminismo incondicionado,* con arreglo al cual el hombre podría siempre seguir tanto la voz de la conciencia como la de la tentación y, así, determinar en base a su libre decisión su mérito y culpabilidad.[7] El BGH no se hallaba lejos de esta concepción cuando en una ocasión declaró: "Con el juicio de desvalor de la culpabilidad se reprocha al autor que se haya decidido en favor del injusto pese a que podía haberse decidido en favor del Derecho" (BGH 2, 194 [200]). De forma parecida, la fundamentación del E 1962 afirma: "La reprochabilidad requiere que el autor fuera capaz en el momento del hecho de evitar la formación de la voluntad de realizar el hecho" (pág. 137). La objeción de que la admisión de la libertad constituye una ruptura científicamente insostenible del principio de culpabilidad se contesta por esta posición mediante la tesis de que ni siquiera para las ciencias de la Naturaleza la ley de la causalidad vale sin excepciones, sino que debe admitirse un "margen de libertad".[8] En la antropología filosófica una dirección mantiene, por ello, el punto de vista de que en el ámbito de la responsabilidad moral y jurídica rige una forma especial de determinación, a saber, la que opera a través de la ley moral, por la que ciertamente el hombre debe dejarse determinar, pero frente a la que él mismo conserva aún su libertad.[9] En este sentido, junto a la estructura mental de la causalidad, referida a la Naturaleza, se supone la existencia de otra estructura mental de "espontaneidad" referida a la psique, en la cual encontrarían expresión la creatividad, la autonomía y la espiritualidad de la personalidad humana.[10] La doctrina dominante, por el contrario, reputa indemos-

trable la fundamentación del reproche de culpabilidad a través de la libertad del hombre como persona *individual*.[11] Se entiende, en cambio, que sólo resulta posible un juicio de culpabilidad comparativo-social en el que se pregunte si "otro" (un "hombre medio", una "*personalidad a la medida*" [*maßgerechte Persönlichkeit*]) colocado en el lugar del autor hubiese estado en situación de actuar de otro modo.[12] Una tercera opinión basa la culpabilidad no en la formación de la voluntad que conduce al hecho en el caso concreto, sino en la disposición caracterológica del autor. A éste se le reprocharía que a lo largo de su vida no haya adquirido la fuerza de voluntad ni la prudencia ética que hubieran sido necesarias para resistir a los impulsos que llevaron al hecho antijurídico.[13]

b) Ante la oscuridad de estas cuestiones únicamente puede afirmarse con la suficiente certeza en orden a la fundamentación de la culpabilidad jurídico-penal lo siguiente:[14] los procesos psicológicos que sirven de base a la formación de la voluntad no siguen puramente las reglas de la Naturaleza, como la presión sanguínea, la respiración o la digestión, sino que se rigen con arreglo a leyes de determinación propias. **La determinabilidad de la actuación descansa en la capacidad del hombre de controlar los impulsos que sobre él inciden y de dirigir su decisión según contenidos de sentido, valores y normas.** El hombre se distingue precisamente de los demás seres vivos en que su comportamiento se ajusta a un sentido conferido por él mismo, en tanto que el animal permanece siempre encerrado en el mecanismo de su mundo instintivo. Por ello, resulta válida para el hombre en cuanto especie la afirmación de *Tomás de Aquino:* "Differt autem in agendo natura rationalis praedita libero arbitrio

gina 505 y ss.; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 69; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, páginas 12 y ss. Sobre la demostrabilidad empírica del "poder actuar de otro modo" *v. Baeyer*, Der Nervenarzt 28 (1957), pág. 337.

11 Cfr. *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 108; *Blei*, Allg. Teil, págs. 156 y ss.; *Henkel*, Larenz-Festschrift, pág. 24; *Haddenbrock*, JZ 1969, 121 y ss.; *el mismo*, Strafrechtliche Handlungsfähigkeit und "Schuldfähigkeit", págs. 893 y ss.; *LK (Lange)*, § 51 Anm. 6; *Lenckner*, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, pág. 98; *Roxin*, Henkel-Festschrift, pág. 175; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 507; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 154. Cfr. también *Welzel*, Engisch-Festschrift, página 101.

12 Así *Nowakowski*, Rittler-Festschrift, pág. 71; *Graf zu Dohna*, Willensfreiheit, pág. 17; *el mismo*, ZStW 66 (1954), pág. 508; *Blei*, Allg. Teil, pág. 158; *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 110; *LK (Lange)*, § 51 Anm. 6; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 19 Vorbem. 110; *Arthur Kaufmann*, JZ 1967, 560; *el mismo*, Schuldprinzip, pág. 282; *Krümpelmann*, ZStW 88 (1976), pág. 12; *SK (Rudolphi)*, § 20 Anm. 25.

13 Así *Engisch*, Willensfreiheit, pág. 65; *el mismo*, MSchrKrim 1967, 110 y ss.; *Heinitz*, ZStW 63 (1951), pág. 76.

14 Cfr. *Jescheck*, Das Menschenbild, págs. 20 y ss. Coincidiendo esencialmente con el texto, *Nowakowski*, JBl 1972, 29. Sobre la nueva fundamentación de la doctrina de la libertad, cfr. *v. Baeyer*, Neurose, Psychotherapie, págs. 633 y ss.; *W. Keller*, Das Problem der Willensfreiheit, págs. 541 y ss.; *Portmann*, Biologische Fragmente, págs. 81 y ss.; *Ricoeur*, Philosophie de la volonté, págs. 64 y siguientes.

ab omni alia natura". *Dos cosas*, sin embargo, siguen sin conocerse y posiblemente permanecerán ocultas siempre a la investigación, porque la libertad, como parte del mundo trascendente, escapa a la comprobación empírica.[15] *Por una parte*, se desconoce si de la libertad del hombre como especie cabe inferir la libertad del individuo en la situación concreta de su hecho, pues a causa de las constantes alteraciones que tienen lugar en la mente del hombre las condiciones en que se produce la decisión no pueden reproducirse por vía de experimento, ni aun cuando pudieran analizarse en su totalidad. *Por otra parte*, no sabemos de qué modo consigue el hombre resistir los impulsos criminales que le apremian y prestar obediencia a las exigencias de la ley moral. En otras palabras, no cabe probar con claridad ni la existencia ni la forma de actuar de una "espontaneidad" específicamente humana en el acto de decisión individual. Asimismo es bien posible que el concreto hecho punible sea sólo el resultado de la relación de fuerzas existente a la sazón entre los impulsos psicológicos y que en la irrepetible situación hayan faltado al autor las fuerzas necesarias para determinarse de conformidad con las normas del ordenamiento jurídico. Por ello, el reproche de culpabilidad solamente puede dirigirse al individuo en los términos siguientes: el autor, en la situación en que se encontraba, hubiera podido actuar de otra forma, en el sentido de que con arreglo a nuestra experiencia sobre la esencia del hombre, otro en su lugar hubiera actuado de otro modo en las concretas circunstancias empleando la fuerza de voluntad que posiblemente faltó al autor.[16] Pero la cuestión de si el acusado hubiese podido contar con la suficiente fuerza de voluntad y de qué modo se hubiera podido imponer ésta en la relación de fuerzas psicológicas caso de haberse utilizado, debe quedar sin respuesta.[17] El traslado del problema a la expectativa de acción referida a "otro" supone materialmente dos cosas: primero, en el hombre adulto sólo pueden excluir el reproche de culpabilidad *circunstancias extraordinarias* que concurran en la persona del autor o en la situación que rodea al hecho; segundo, de toda persona se supone que hubiera podido *conseguir* la fuerza de voluntad necesaria para vencer la tentación de cometer el hecho. Ninguno de ambos presupuestos descansa en comprobaciones empíricas sobre el éxito de la socialización, en el caso particular, sino que representan exigencias normativas que la

15 Sobre la indemostrabilidad de la libertad individual cfr. *Nowakowski*, Rittler-Festschrift, pág. 58; *Haddenbrock*, Der Nervenarzt 32 (1961), págs. 148, 227 y ss.; *Engisch*, Willensfreiheit, págs. 23 y ss.; *Welzel*, Engisch-Festschrift, página 101; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 29.

16 *Engisch*, Willensfreiheit, pág. 26; *Graf zu Dohna*, ZStW 66 (1954), página 508 y los autores citados en la nota 12.

17 Mas esta opinión no obliga en absoluto al legislador a asumir las consecuencias del determinismo por exigencias del "*in dubio pro reo*", pues tales consecuencias no son en modo alguno más favorables para el autor, sino "exactamente tan perjudiciales, o, en algunos casos, más", como ha puesto de manifiesto en base a la experiencia psiquiátrica *Haddenbrock*, JZ 1969, 124.

sociedad dirige al autor, al cual trata como ciudadano responsable y no como menor o enfermo. El Derecho Penal se funda en la decisión del legislador en el sentido de admitir que *esta especie de imputación subjetiva* es tan *necesaria* como *justificada* en un ordenamiento jurídico basado en la libertad.

3. *Para el reproche de culpabilidad jurídico-penal bastan las conclusiones obtenidas.*[18] La convivencia humana exige que la existencia en el mundo sea referida a un contenido de sentido trascendente, cualquiera que sea la fundamentación específica del mismo que se prefiera; en cualquier caso no cabe fundar un orden humano en el puro hecho de la existencia de seres vivientes.[19] De ahí que el Derecho deba exigir de los miembros de la sociedad que dejen determinarse por las normas de comportamiento que permiten su existencia. Sin embargo, la pretensión puramente ética de obediencia jurídica no bastaría para el mantenimiento del orden comunitario. Para esto es preciso que todos puedan ser hechos responsables de su conducta mediante sanciones que se basen en la experiencia general de la posibilidad de autodeterminación. *La idea de la responsabilidad* del autor adulto y normal y mentalmente sano constituye una **indudable realidad de nuestra conciencia social y moral.**[20] Todos partimos de la certeza de la libertad como presupuesto de nuestra actuación y esperamos igualmente una conducta libre de los demás hombres.[21] Del mismo modo, también resulta evidente la responsabilidad de todo hombre que vive en Sociedad frente a todos los demás hombres. Constituiría una mala Política criminal el que el Derecho Penal no prestara atención a esta realidad fundamental de psicología social y en su lugar pretendiese cimentarse sobre la imagen del hombre que suscribe el determinismo consecuente, cuyos presupuestos son tan poco susceptibles de exacta prueba como los de la libertad.[22]

4. El actuar humano, cuya libertad presupone el principio de culpabilidad, no resulta, ni siquiera en el mejor de los casos, determinado únicamente por consideraciones éticas. El **margen de posibilidades** de que dispone el hombre en el momento de la decisión se halla restringido por **numerosos factores propiamente causales** como la

18 Así, con razón, *Bockelmann*, ZStW 75 (1963), pág. 388; *el mismo*, Vom Sinn der Strafe, págs. 37 y ss.; *Ebbinghaus*, Studium Generale 1954, 520.

19 Cfr. *Welzel*, Grünhut-Erinnerungsgabe, págs. 183 y ss.; *Henkel*, Rechtsphilosophie, págs. 257 y ss.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, págs. 603 y ss.; *Frey*, Schuld, Verantwortung, Strafe, pág. 320.

20 No se trata, pues, como supuso *Kohlrausch*, Güterbock-Festgabe, pág. 26, de una "ficción necesaria para el Estado". Cfr. también *Haddenbrock*, MSchrKrim 1968, 151 y ss. y JZ 1969, 126 y ss.; *Lersch*, Aufbau der Person, pág. 493; *Kaiser*, Kriminologie, pág. 25; *Lenckner*, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, páginas 20, 97.

21 Cfr. *Pompe*, de Greeff-Festschrift, págs. 75 y ss.; *H. Mayer*, Engisch-Festschrift, págs. 57 y ss.

22 Sobre la absurda consecuencia de que el hombre sólo puede ser conducido mediante un tratamiento coactivo de la determinación al delito a la determinación a la fidelidad al Derecho, cfr. *Bockelmann*, Allg. Teil, págs. 109 y ss.

edad, el sexo, el lugar de procedencia, las experiencias vividas, la enfermedad, el temperamento, el estado de ánimo, el cansancio, la excitación, las pasiones, hasta llegar a la mentalidad nacional y el influjo de la geografía y el clima. Es inimaginable una sentencia judicial que pueda contemplar exhaustivamente todos los momentos que inciden en la formación de la voluntad del autor.[23] Ahora bien, la imposibilidad de una Justicia absoluta no contradice la posibilidad y el valor de una Justicia relativa, para cuya realización el principio de culpabilidad constituye aún el medio más apropiado porque todo hombre aplica y comprende este mismo baremo. Y de hecho, sólo el principio de culpabilidad puede ofrecer la base de la Política criminal, pues las penas que no se sintieran como merecidas nunca podrían ejercer una influencia positiva ni en el condenado ni en la comunidad. Por otra parte, únicamente el principio de culpabilidad puede imponerse como principio de medición de la pena en la práctica de los tribunales, al limitar en principio al hecho la sentencia judicial y no referirla a toda la biografía del acusado.[24] Por último, solamente cabe confiar en la virtualidad resocializadora del cumplimiento de la pena cuando el condenado ha advertido su culpabilidad criminal y se propone seriamente evitarla en el futuro.[25]

II. La conciencia como fuente de conocimiento del Derecho y del injusto

1. El principio de culpabilidad no presupone sólo que el hombre pueda decidir *con libertad*, sino también *correctamente*. Junto a la libertad de querer debe hallarse la capacidad para los valores. Es más, esta última es la auténticamente primordial, ya que sin ella las decisiones humanas no podrían venir determinadas por normas de deber. El medio por el que se perciben los conceptos valorativos y se enjuician de antemano las propias acciones es la **conciencia.**[26] Ésta

23 *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, pág. 501, nota: "La verdadera moralidad de las acciones (mérito y culpabilidad), incluso la de nuestro propio comportamiento, se nos oculta por completo. Nuestras imputaciones sólo pueden referirse al carácter empírico. Mas qué parte cabe atribuir a la pura incidencia de la libertad, y qué parte a la sola naturaleza y a defecto inculpable del temperamento, o a su feliz configuración *(mérito fortunae)*, nadie puede averiguarlo ni, por tanto, juzgarlo con plena justicia."

24 En esta dirección, acertadamente, *Stratenwerth*, Tatschuld, pág. 31.

25 A un mejor conocimiento de la imagen de la personalidad y del acusado, como de la del condenado (en vista a su tratamiento penitenciario) puede contribuir el psicoanálisis, cuyos escritos clásicos de *Reik*, *Alexander* y *Stauf* han sido editados de nuevo por *Alexander Mitscherlich* en el libro "Psychoanalyse und Justiz" 1971, previene de "expectativas exageradas", con razón, *Moser*, ZRP 1971, 109. Cfr. también *Ehrenzweig*, Psychoanalytische Rechtswissenschaft, 1973.

26 Cfr. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, págs. 610 y ss.; *Henkel*, Rechtsphilosophie, pág. 331; *Welzel*, Naturrecht, 238; *el mismo*, Die Frage nach der Rechtsgeltung, págs. 29 y ss.; *Hupperschwiller*, Gewissen, págs. 41 y ss.

resulta tan poco explicable racionalmente como la libertad,[27] pero como ella se admite como evidente por todos. La conciencia es un *a priori* en el hombre, se desarrolla desde la más tierna infancia pasando por varias etapas,[28] para conducir en la personalidad adulta a aquel conocimiento natural del Derecho que generalmente capacita al hombre para evitar el injusto sin mayores reflexiones (cfr. *infra*, § 37 III 2).[29] Los juicios de la conciencia son, como los de un juez, insobornables, casi siempre claros y categóricos, y se admiten sin contradicción por el hombre aun cuando éste busca disculpar su falta ante el mundo que le rodea.

2. En el ámbito del ordenamiento jurídico la **conciencia del Derecho** es lo que capacita al hombre para distinguir entre el Derecho y el injusto.[30] La vigencia de la norma jurídica no se halla condicionada, ciertamente, a su reconocimiento por la conciencia del ciudadano,[31] pero la conciencia del Derecho constituye el órgano natural por el que el particular hace propios los mandatos y prohibiciones jurídicos, sin perjuicio de que el intelecto pueda participar también con el conocimiento puramente racional de los mandatos jurídicos y la conciencia pueda resultar completada por informaciones debidamente recabadas. El Derecho Penal exige de todos "esforzar la conciencia" para disipar posibles dudas sobre el Derecho y el injusto (BGH 2, 194 [201]). Ahora bien, como forma de sentir y conocer humana, la conciencia del Derecho encierra la posibilidad de **decisiones erróneas**, que pueden proceder de pereza, error o ceguera de la conciencia ("conciencia errónea").[32] Si falta al autor la conciencia de la antijuricidad, el mismo se encuentra en error de prohibición (cfr. *infra*, § 41 II, III). La cuestión de la evitabilidad o inevitabilidad del error de prohibición depende de si el autor podía, de haber esforzado en la medida de lo exigible su conciencia, haber advertido, o no, la antijuricidad de su hacer (BGH 2, 194 [201 y ss.]). El reproche de culpabilidad jurídico-penal se funda, pues, esencialmente en que el autor no se ha dejado conducir en la formación de la voluntad por su conciencia del Derecho o, si ésta era errónea, no la ha corregido.

3. Del error de conciencia es preciso distinguir la *convicción* del

27 Así *Nicolai Hartmann*, Ethik, pág. 135 describe la conciencia como "actuación de un 'poder' superior, una voz de otro mundo".

28 Sobre el proceso de formación de la conciencia, *Hupperschwiller*, Gewissen, págs. 47 y ss.

29 Cfr. sobre el concepto de "personalidad socio-cultural" *Thomae*, MSchr-Krim 1961, 116.

30 Cfr. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, pág. 611; *Würtenberger*, E. Wolf-Festschrift, págs. 349 y ss.; *Kraushaar*, GA 1959, 327 y ss.; *Jescheck*, Revista jurídica de Buenos Aires, 1959, 26.

31 *Engisch*, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, págs. 72 y ss.; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, pág. 39.

32 Cfr. *Welzel*, Vom irrenden Gewissen, págs. 13 y ss.

autor *contraria al Derecho*.[33] La vigencia de las normas jurídicas no depende, ciertamente, de la aprobación del individuo, sino que descansa en un acto de creación de Derecho por parte de la comunidad. Pero, pese al *carácter vinculante del ordenamiento jurídico*, el individuo puede sentirse forzado por su conciencia a realizar un comportamiento contrario al mismo. Nos encontramos, entonces, ante el problema del *delincuente por convicción*.[34]

Ejemplos: La negativa por parte de los miembros de la secta de los "testigos de Jehová" a realizar el servicio sustitutorio del militar previsto en el art. 12a II GG, se funda en que para ellos toda alternativa al servicio militar supone apartarse de los imperativos de su fe, por lo que según esto no podría ser impuesta coactivamente por el Estado. El Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 19, 135 y 23, 127 [132]) no ha admitido, sin embargo, la validez del argumento de conciencia frente al deber de prestar el servicio sustitutorio que establece la propia Constitución. Las repetidas condenas de los objetores de conciencia de órdenes de llamamiento contradice, pese a ello, el art. 103 III GG (BVerfG 23, 191 [203]).[35] El perteneciente a una secta religiosa que no intenta convencer a su mujer, que comparte su misma fe, de que consienta una transfusión de sangre, necesaria para ella tras un parto, pero ilícita según las reglas de su religión, no puede ser castigado con arreglo al § 222 o al § 330c (BVerfGE 32, 98 [106 y ss.]; cfr. también OLG Hamm NJW 1968, 212).[36]

El ordenamiento jurídico no puede condicionar la vigencia de sus normas a la aprobación de los individuos, puesto que de otro modo se rebajaría a la calidad de recomendación no vinculante, con mengua de su seguridad. El delincuente por convicción no se halla, pues, según la doctrina dominante, ni justificado ni exculpado (BGH 2, 194 [208]).[37] Tampoco concurre un error de prohibición, de modo

33 Cfr. *Welzel*, DJT-Festschrift, págs. 393 y ss.

34 Sobre el estado de la cuestión en los años 20 cfr.: *Radbruch*, ZStW 44 (1924), págs. 34 y ss.; *el mismo*, Verhandlungen des 34. DJT, t. II, págs. 354 y ss.; *Nagler*, GS 94 (1927), págs. 48 y ss.; *E. Wolf*, Verbrechen aus Überzeugung, 1927; también Große Strafrechtskommission: Niederschriften, t. I, págs. 94 y siguientes.

35 Cfr. sobre todo esto, *Peters*, JZ 1966, 457; *Dürig*, JZ 1967, 426; *v. Burski*, Die Zeugen Jehovas, págs. 135, 143; concluyente, *Peters*, Engisch-Festschrift, páginas 468 y ss.

36 Por las peculiaridades del supuesto de hecho (la propia mujer rechazó toda transfusión), esta sentencia no ofrece ningún criterio general para el tratamiento del autor por convicción; cfr. *Ranft*, Schwinge-Festschrift, págs. 123 y ss.; *SK (Rudolphi)*, § 19 Vorbem. 7.

37 Cfr. *Gallas*, Beiträge, págs. 65 y ss.; *Heinitz*, ZStW 78 (1966), pág. 631; *Noll*, ZStW 78 (1966), págs. 638 y ss.; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 183; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 489 y ss.; *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, páginas 137 y ss; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 425 y ss.; *Welzel*, Lehrbuch, páginas 176 y ss. En favor, en cambio, de la justificación de delincuentes de conciencia, *Peters*, H. Mayer-Festschrift, pág. 276. En favor de la exculpación, *Bopp*, Gewissenstäter, pág. 251; *Ebert*, Überzeugungstäter, pág. 84 (que habla de "delincuente por necesidad de conciencia"); *Müller-Dietz*, Peters-Festschrift, página 108. En favor de un "ofrecimiento de entendimiento pacífico", *Gödan*, Überzeugungstäter, pág. 285.

que el delincuente por convicción sólo falta a la obediencia que debe al mandato legal por él advertido.[38] Por el contrario, es lícito tomar en consideración una decisión en conciencia contra el Derecho en la medición de la pena, según el valor ético de los motivos determinantes (BGH 8, 162 [163]).[39] No han logrado imponerse las corrientes que intentan introducir una clase especial de penas para el delincuente por convicción que a la vez dejase a salvo la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico y evitase contener un juicio de desvalor sobre la persona del autor (cfr. edición anterior, pág. 309).[40]

III. El modelo de la estructura estratificada de la personalidad

La *Psicología* ha desarrollado la teoría de la **estructura estratificada de la personalidad** para poner de manifiesto la concurrencia de las fuerzas corporales y psíquicas que intervienen en el sentir, pensar, valorar, querer y actuar del hombre. Ciertamente, ello sólo ofrece una imagen, pero muestra al hombre en una forma gráfica para el Derecho Penal no sólo como "ser natural", sino también como "ser espiritual".[41]

1. La idea fundamental de todas las teorías de la estratificación[42] consiste en la distinción entre una *capa profunda inconsciente* y una *capa consciente de la personalidad*.[43] Dentro de la capa profunda se distingue entre la capa vital y la capa psicológico-profunda. La **capa vital** es la portadora de las funciones biológico-fisiológicas del cuerpo, sin las que no es posible ninguna vida superior (respiración, circulación sanguínea, metabolismo, movimiento, percepción sensorial, reflejos). Confiere continuamente sus energías a las capas superiores y suministra, así, las fuerzas necesarias para todas las prestaciones psicológicas y espirituales (*"mens sana in corpore sano"*). A su vez, la capa vital acusa también constantes influencias de las capas superiores (por ej., palpitaciones del corazón, oscilaciones de la presión sanguínea y perturbaciones de la respiración en las impresiones psíquicas importantes). La **capa psicológico-profunda** comprende los impulsos desligados de una total vinculación a los instintos (los llamados instintos de conservación, de nutrición y sexual), las actitudes psíquicas fundamentales

38 En favor, en cambio, del error de prohibición, *Armin Kaufmann*, ZStW 80 (1968), págs. 40 y ss.; *Tiedemann*, ZStW 81 (1969), pág. 873, nota 11.

39 Cfr. *Bruns*, Strafzumessungsrecht, págs. 557 y ss.; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 185, con referencias.

40 Cfr. *Bockelmann*, Welzel-Festschrift, págs. 549 y ss.

41 Cfr. *Henkel*, Studium Generale 1960, 232 y ss. Previene con razón de un entendimiento acrítico de la teoría estratificada *Nass*, Wandlungen des Schuldbegriffs, págs. 123 y ss. También es importante la indicación de *Thomae*, Schuldfähigkeit, pág. 333 de que las relaciones de dominio entre las capas no pueden concebirse "estáticamente". Sobre todo esto, *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 148 y ss. y 372 y ss.

42 El texto sigue en lo esencial la exposición de *Rothacker*, Die Schichten der Persönlichkeit, 1952. Otros modelos no del todo divergentes ha desarrollado *Lersch*, Aufbau der Person, págs. 99 y ss., 495 y ss y 530 y ss. y *H. F. Hoffmann*, Die Schichttheorie, 1935.

43 Cfr. con más detalle *Heiß*, Tiefenspsychologie, págs. 13 y ss.

heredadas o adquiridas (temperamento), las aptitudes (por ej., musicalidad, capacidad para los idiomas), toda la escala de sentimientos hasta las más altas aspiraciones, tendencias e intereses (por ej., el amor a los animales, la misericordia, la rectitud, la religiosidad). La capa psicológico-profunda es el centro de los estímulos que mueven al hombre, lo impulsan en una determinada dirección, lo conducen a ciertas metas y le suministran ideas e impulsos. La personalidad se halla determinada en su idiosincrasia y plenitud esencialmente por la capa profunda, sin la que no existirían las actividades espirituales superiores. "El hombre no puede permanecer largo tiempo consciente o en estado de consciencia. De vez en cuando debe huir al inconsciente porque en él encuentra sus raíces" *(Goethe)*.

2. La *capa de la personalidad* del hombre se encuentra determinada por el centro del Yo, en el cual encuentran sede las funciones espirituales conscientes. Pero al centro del Yo se antepone aún otra capa que, pese a pertenecer a la capa de la personalidad, representa el tránsito de las funciones psíquicas inconscientes a las conscientes: la **capa personal.**[44] Para el actuar del hombre en el Derecho resulta especialmente importante puesto que en ella se forma el carácter a partir de las decisiones anteriores que continuamente se llevan a cabo durante la vida.[45] En la capa personal se acumula un conjunto estable de reglas vitales que sirven de base a decisiones de actuar posteriores que se producen espontáneamente sin reflexión y al mismo tiempo sin esfuerzo, pero con un sello personal inconfundible. El punto culminante de la vida psicológica espiritual plenamente consciente es el **centro del Yo.** En él reside la instancia de control de los impulsos que emanan de la capa profunda, los cuales, en la medida en que no se lleven a término o se rechazen automáticamente en la capa personal, deben comprobarse en su contenido de sentido y rango valorativo (conciencia consciente). En el centro del Yo surgen las prestaciones propiamente psíquico-espirituales.

3. El **juicio de culpabilidad** se halla en relación con la totalidad de los procesos que entran en juego en la formación de la voluntad. Supone la valoración de *todas* las fuerzas, tendencias y principios que en aquélla concurren. El reproche de culpabilidad se dirige ante todo contra el fracaso de la instancia de control, ya que en ésta reside la última decisión sobre toda conducta.[46] Mas también el modo de funcionamiento de la capa personal constituye objeto del juicio de culpabilidad, puesto que a partir de aquélla se conduce el comportamiento inconsciente en la vida cotidiana. Así, la aparición del error de prohibición evitable responde a menudo a la falta de una admonición por parte de la capa personal. En especial, el contenido de culpa-

44 Sobre esto, cfr. con más detalle *Lersch*, Aufbau der Person, págs. 496 y ss.; *Welzel*, Lehrbuch, págs. 149 y ss.

45 Sobre esto, cfr. con más detalle *Gehlen*, Der Mensch, págs. 400 y ss.

46 Cfr. sobre esto la observación de *Rothacker*, Die Schichten der Persönlichkeit, págs. 92: "Las exigencias que el Derecho y la Moral me dirigen" como ser responsable se basan en este enorme poder del Yo siempre vigilante.

bilidad de la culpa inconsciente sólo puede fundarse con frecuencia en un fracaso de los mecanismos de cuidado que actúan automáticamente. Asimismo, en los hechos pasionales que se cometen en un estado de fuerte disminución de la consciencia a través de una descarga que pasa por alto el centro del Yo, el reproche de culpabilidad se refiere a los controles defectuosos de los impulsos psíquico-profundos por parte de las fuerzas de la capa personal en la fase previa de excitación de la pasión.[47] Los impulsos de la capa profunda surgen de la naturaleza del hombre, y aunque son, sin duda, controlables no se hallan sometidos en su aparición a la voluntad. Nadie puede, pues, reprochar al delincuente sexual que el instinto sexual se impusiera sobre él y lo impulsara a la descarga. El juicio de culpabilidad sólo alcanza al funcionamiento de las instancias de control. Menos todavía cabría fundar un reproche de culpabilidad en procesos producidos en la parte fisiológico-biológica de la capa profunda. Ésta es la razón por la que los actos reflejos y los accesos en estado de inconsciencia no puedan ni siquiera considerarse acciones en el sentido del Derecho (cfr. *supra*, § 23 IV 2a).

* * *

I. Principio de culpabilidad y libertad de voluntad

La doctrina tradicional *ha fundado en España el Derecho penal sobre la base de la libertad moral. Tal planteamiento, aunque especialmente claro en los autores del siglo pasado,*[1] *domina todavía en la doctrina actual.*[2] *No obstante, se advierte una tendencia general a orillar la problemática filosófica del libre albedrío,*[3] *considerando suficiente para la libertad necesaria para el Derecho penal "la capacidad para elegir entre diversos factores", como "capacidad de querer" independiente de su fundamento filosófico y equivalente a la "normalidad",*[4] *la "ausencia de coacción" que deja "intacta la gran cuestión de si el sujeto estaba, o no, predeterminado a actuar como lo hizo".*[5] *La significación de este intento de prescindir de la cuestión filosófica es mayor de lo que pudiera pensarse. Negar la necesidad de algo más que la posibilidad de elegir entre motivos normalmente y sin coacción, es negar la necesidad de la libertad de voluntad como libre albedrío: es negar que sea preciso que la decisión se halle desvinculada de la ley de la causalidad. Esta conclusión no parece advertirse claramente por todos quienes a la vez que fundan el Derecho penal en la libertad proclaman la desvinculación de esta afirmación respecto del dogma filosófico del libre albedrío. Así,* Rodríguez Devesa, *pese a lo que de él se recoge en el texto, parte de la necesidad*

47 Cfr. *Krümpelmann*, Welzel-Festschrift, págs. 338 y ss.

1 Así, cfr. *Silvela*, El Derecho Penal (1903), I pp. 199 s.

2 Cfr. en este sentido *Antón Oneca*, PG pp. 192, 196 s.; *Quintano*, Curso I páginas 265 ss.; *Rodríguez Devesa*, PG pp. 415 s.; *Cerezo Mir*, Culpabilidad y pena, en ADPCP 1980, pp. 347 ss.

3 Especialmente claro en este sentido: *Cuello Calón*, PG p. 418.

4 Cfr. *Antón Oneca*, PG p. 195.

5 Cfr. *Rodríguez Devesa*, PG p. 416.

de que el sujeto pudiera "actuar de otra manera a como lo hizo".[6] *También,* Antón Oneca, *después de entender coincidente la libertad y la normalidad, con independencia de su fundamento filosófico, escribe que ello significa que "no habiéndose demostrado racionalmente el determinismo, se mantiene la creencia en la libertad intuida por nuestra conciencia...".*[7]

Esta negación ha sido sostenida expresamente por Gimbernat, *a partir de las enseñanzas de la moderna Sociología y del Psicoanálisis. La imposibilidad de probar la libertad de voluntad hace imposible, según este autor, basar racionalmente en él el Derecho penal. Pero ello no supone inevitablemente que deba abandonarse el recurso a la pena, sino sólo que ésta no debe fundarse en la retribución, sino en la prevención.*[8] *Comparto este planteamiento. El Derecho penal, y con él la pena, no se fundan en la libertad (no se castiga* porque *exista la libertad), sino en la* necesidad de la prevención *penal en orden a la de la Sociedad. Y para que el ejercicio de la prevención penal sea lícito desde el prisma de un Estado democrático no es preciso tampoco el libre albedrío: basta que presuponga la "pertenencia" del hecho a su autor, como sujeto capaz de una* decisión racional normal *y susceptible por tanto de ser* motivado normalmente *por el Derecho.*[9]

Un camino intermedio entre la fundamentación del Derecho penal en la libertad y la negación de la posibilidad (o demostrabilidad) de ésta ha seguido Muñoz Conde. *Para este autor, aunque existiera la libertad de voluntad, no ofrecería una base material idónea a la culpabilidad, que debe asentarse en otra realidad más sustancial;* la posibilidad de internalización *de la norma penal por el sujeto.*[10] *A esta construcción prestaremos atención a continuación.*

II. La conciencia como fuente del conocimiento del Derecho y de lo injusto

En este apartado importa detenernos, siquiera brevemente, en el planteamiento propuesto por Muñoz Conde. *Como acaba de verse, para este autor la culpabilidad presupone la posibilidad de participación del sujeto en los*

6 Cfr. *Rodríguez Devesa*, PG p. 415.

7 Cfr. *Antón Oneca*, PG p. 196.

8 Cfr. *Gimbernat*, Estudios pp. 61 ss. *Córdoba*, Culpabilidad y pena, Barcelona, 1977, pp. 24 y 53, también afirma la "práctica imposibilidad de que los Tribunales den efectiva constancia de la libertad de actuación del condenado en la situación concreta en la que cometió el delito", pero únicamente parece referirse a la imposibilidad de prueba *en el caso particular*, no a la imposibilidad radical de probar la existencia del libre albedrío, lo que explica que siga propugnando que se tome en consideración la supresión o aminoración del poder actuar de otro modo que en *cualquier persona* concurre cuando en ella se dan determinadas condiciones (pp. 70 ss.); en pp. 38 ss. se manifiesta críticamente en relación a la *sustitución* de la culpabilidad por el criterio de necesidad de pena defendido por *Gimbernat*, aunque coincide en la conveniencia de *añadir* a la culpabilidad la exigencia de necesidad de la pena, sin la cual admite que deba dejarse de imponer: páginas 54 ss.

9 Cfr. *Mir Puig*, Introducción pp. 155 ss. y 161 ss.; *el mismo*, Política Criminal y Dogmática de culpabilidad, mecanografiado inédito; *el mismo*, Función de la pena y teoría del delito pp. 64 ss.

10 Cfr. *Muñoz Conde*, Über den materiellen Schuldbegriff, en GA 1977, 69, 74. Y El principio de culpabilidad, en III Jornadas de Profesores de Derecho Penal, Santiago, 1976, p. 231.

valores afectados por su acción. Se plantea entonces el tema de la posible contradicción entre la conciencia jurídica del sujeto y los valores defendidos por el Derecho, que es lo que caracteriza al delincuente por convicción. *Para* Muñoz Conde *la única solución posible, desde sus premisas, es la de negar en tales casos la culpabilidad y absolver al sujeto.*[11]

Esta solución, que se opone a la doctrina dominante, ha sido objeto de las siguientes críticas: 1.°) Si bien es cierto que en ocasiones el Derecho positivo castiga conductas que no debieran serlo, ello constituye el viejo problema del Derecho injusto, cuya solución sólo en escasa medida puede corresponder a la dogmática y que, en todo caso, no pertenece al lugar sistemático propio de la culpabilidad; 2.°) La aplicación de la solución de exclusión de la culpabilidad a todos los casos en que se dé la falta de internalización de la norma infringida conduciría a resultados inadmisibles cuando esta norma sea positiva e importante, como por ejemplo, las que definen los delitos contra las personas o la libertad.[12]

No obstante, con posterioridad ha precisado Muñoz Conde *que, aun faltando la participación del sujeto en los valores que representan, tratándose de* bienes jurídicos imprescindibles *para la convivencia o de agresiones a* esferas jurídicas ajenas, *cabe exigir una actuación adecuada a las expectativas de la norma. La utilidad práctica del concepto de culpabilidad propuesto por* Muñoz Conde *se manifestaría, entonces, como él mismo reconoce, en el Derecho penal* político *y, aun en este ámbito, sólo en el contexto de un* Estado social y democrático de Derecho.[13]

§ 38 *Fundamentos dogmáticos del concepto de culpabilidad*

Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974; *Bacigalupo*, Bemerkungen zur Schuldlehre, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 477; *Baumann*, Schuld und Verantwortung, JZ 1962, 41; *Beling*, Unschuld, Schuld und Schuldstufen..., 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; *Anne-Eva Brauneck*, Zum Schuldstrafrecht des neuesten Entwurfs eines StGB, MSchKrim 1958, 129; *el mismo*, Der strafrechtliche Schuldbegriff, GA 1959, 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, t. I, 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, página 173; *Goldschmidt*, Der Notstand, ein Schuldproblem, Österr. Zeitschrift für Strafrecht 1913, 129; *el mismo*, Normativer Schuldbegriff, Festgabe für R. v. Frank, t. I, 1930, pág. 428; *Grünhut*, Gefährlichkeit als Schuldmoment, Festgabe für G. Aschaffenburg (MSchrKrim 1926, Beiheft 1), pág. 87; *Hall*, Sicherungsverwahrung und Sicherungsstrafe, ZStW 70 (1958), pág. 41; *Hardwig*, Die Zurechnung, 1957; *Hegler*, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915), páginas 184 y ss.; *Heinitz*, Strafzumessung und Persönlichkeit, ZStW 63 (1951), página 57; *Herren*, Die Gesinnung im Rahmen der vorsätzlichen Tötungsdelikte, 1966; *Hohenleitner*, Schuld als Werturteil, Festschrift für Th. Rittler, 1957, página 185; *Hold v. Ferneck*, Die Schuld im Rechte und in der Moral, ZStW 32 (1911), pág. 249; *Jescheck*, Vom Stil der gegenwärtigen deutschen Strafrechtspflege, SchwZStr 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; *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; *Krümpelmann*, Motivation und Handlung im Affekt, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 327; *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; *Mířička*, Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung, 1903; *Müller-Dietz*, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967; *Nowakowski*, Das Ausmaß der Schuld, SchwZStr 65 (1950), pág. 301; *el mismo*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, 19; *Oehler*, Die Achtung vor dem Leben und die Notstandshandlung, JR 1951, 489; *Peters*, Zur Lehre von den persönlichen Strafausschließungsgründen, JR 1949, 496; *el mismo*, Die Tötung von Menschen in Notsituationen, JR 1950, 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, 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; *Rudolphi*, Affekt und Schuld, Festschrift für H. Henkel, 1974, pág. 199; *Sax*, Grundsätze der Strafrechtspflege, Die Grundrechte, t. III, 2, 1959, pág. 909; *Schmidhäuser*, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958; *el mismo*, Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 81; *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. Cfr. además la bibliografía general del § 37.

11 Cfr. *Muñoz Conde*, GA 1978, p. 75, y El principio de culpabilidad pp. 233, 240.

12 Cfr. *Córdoba*, Culpabilidad pp. 29 ss.

13 Cfr. *Muñoz Conde*, GA 1978, pp. 75 s.

I. Culpabilidad jurídica y culpabilidad moral

1. La culpabilidad jurídico-penal es, ante todo, **culpabilidad jurídica, no culpabilidad moral.**[1] La culpabilidad se refiere a normas ju-

1 Así la doc. dom.; cfr. *Binding*, Normen, t. II, pág. 274; *Baumann*, Allg. Teil, págs. 372 y ss.; *Hold v. Ferneck*, ZStW 32 (1911), págs. 258 y ss.; *Gallas*,

rídicas y el objeto del reproche lo constituye *la carencia de una actitud interna favorable al Derecho (Rechtsgesinnung)*. Cierto que los mandatos y prohibiciones que ampara el Derecho Penal coinciden ampliamente con las normas de la Moral,[2] mas ambos órdenes son independientes entre sí[3] y las normas jurídicas son vinculantes aunque no se sientan por el individuo como deberes morales (cfr. *supra*, § 37 II 3). Para la obligatoriedad de la obediencia al Derecho basta con que el destinatario de la norma advierta que el precepto penal ha sido promulgado en la forma prescrita por los órganos constitucionales competentes para legislar y que están llamados a servir al orden de la vida comunitaria. Únicamente el "injusto plasmado en forma de ley" carece de validez y puede dejar de obedecerse.[4] Por otra parte, la culpabilidad jurídico-penal es culpabilidad jurídica porque se mide con arreglo a *baremos jurídicos*. Éstos deben ser necesariamente formales y no pueden sospesar el mérito y la culpabilidad con la exactitud que requiere el enjuiciamiento de la calidad ética de una acción (cfr. sobre la capacidad de culpabilidad *infra*, § 40 I 3, sobre el estado de necesidad *infra*, § 47 II 2).[5] En especial, no existe culpabilidad jurídica por el hecho de que alguien se conforme en su actuación con la pura legalidad y no convierta en principio de su obrar la "idea del deber de la ley" *(Kant)* (lo que exigiría la moralidad). Por último, la culpabilidad jurídico-penal es culpabilidad jurídica porque ha de constatarse públicamente ante la *instancia de un Tribunal estatal* y con arreglo a un procedimiento jurídicamente reglado, a diferencia de la culpabilidad moral, que permanece en el ámbito de la propia conciencia. Ahora bien, así como el Derecho se halla referido a la moral, del mismo modo la culpabilidad jurídica guarda relación con la culpabilidad moral.[6]

2. Esta doctrina es *atacada* a menudo con el argumento de que todo deber vinculante en sentido pleno, y también el deber jurídico, debe fundarse inevitablemente en el hecho de que sea reconocido por el hombre como deber moral y convertido libremente en norma autónomamente elegida de la propia conducta; únicamente tales deberes "producen un deber *(Sollen)* interno y no sólo un deber *(Müssen)* impuesto".[7] En este sentido,

Beiträge, pág. 75; *F. Kaufmann*, Die philosophischen Grundprobleme, pág. 75; *v. Hippel*, t. II, pág. 278; *Mezger*, Lehrbuch, pág. 251; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, página 489; *Welzel*, ZStW 63 (1951), pág. 53.

2 Sin la vinculación del Derecho a la Moral "el Derecho se empobrecería sustancialmente", así *Engisch*, Gerechtigkeit, pág. 106; cfr. también *Bockelmann*, Radbruch-Gedächtnisschrift, pág. 259; *el mismo*, Einführung, pág. 28.

3 Sobre el "apoyo recíproco" de Derecho y Moral, *Henkel*, Rechtsphilosophie, págs. 78 y ss. Sobre el Derecho como "condición de posibilidad de la actuación moral" *Welzel*, Schaffstein-Festschrift, pág. 50.

4 *Radbruch*, SJZ 1946, 107.

5 Cfr. *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 507.

6 Cfr. *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 371 y ss., con referencias.

7 Así *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, pág. 128; cfr. también *Graf zu Dohna*, ZStW 32 (1911), pág. 326; *Oehler*, JR 1951, 489; *Peters*, JR 1949, 496; *el mismo*, JR 1950, 742.

el E 1962 intentaba limitar la pena a los casos en que "pueda reprocharse moralmente al autor su conducta".[8] De igual modo, la Jurisprudencia ha manifestado repetidamente la tendencia a convertir en deberes jurídicos deberes morales y, así, a referir la conciencia de la antijuricidad a las "normas de la ley moral" (OGH 1, 321 [337]; 2, 117 [122]; BGH 6, 46 [52 y ss., 59]; 6, 147 [153]).[9] No obstante, la confusión de Derecho y Moral, superada ya desde *Samuel Puffendorf* y *Christian Thomasius*, debe rechazarse porque desconoce el valor específico del Derecho y la Justicia. De lo contrario, además, la constatación de la culpabilidad debería soportar el peso de emociones que perjudicarían el desapasionamiento de la sentencia judicial.

II. Fases de evolución de la teoría de la culpabilidad

1. Las raíces de la teoría de la culpabilidad se encuentran en la ciencia del Derecho Penal italiano de la Baja Edad Media y en la doctrina del Derecho Común que sobre esa base se elaboró en los siglos XVI y XVII.[10] En la evolución ulterior influyó, sobre todo, la *concepción de la culpabilidad del Derecho Natural*. Desde esta perspectiva fue *Samuel Pufendorf* (1634-1694) el que ofreció con el concepto de imputación *(imputatio)* la primera estructura mental susceptible de desarrollo.[11] Imputabilidad significa que la acción *libre* se reputa perteneciente al autor *("ad ipsum proprie pertinens")* y, por consiguiente, fundamento *("causa moralis")* de su responsabilidad. Más de cien años después, para *Kleinschrod*[12] la "causa de toda imputación" era el hecho de que la acción "se emprendió con libertad". Según los hegelianos, que consideraron el delito como separación libremente elegida de la voluntad particular respecto de la voluntad general expresada en la ley, todo el sistema del Derecho Penal descansaba en la imputación subjetiva.[13] *Binding* llevó esta concepción vinculada al presupuesto de la libertad de voluntad a la dogmática actual.[14]

2. La decadencia de la teoría de la libertad de voluntad en la segunda mitad del siglo XIX hizo insostenible el concepto de culpabilidad del Derecho Natural, basado en el abuso de aquélla. En su lugar apareció la **concepción psicológica de la culpabilidad,** característica de la actitud del Positivismo de orientación a lo fáctico (cfr. *supra*, § 22 II 1).[15] Partía de la distinción entre la parte exterior del hecho punible y sus componentes psíquicas, y se contentaba con caracteri-

8 E 1962, Begründung, pág. 96.

9 Cfr. sobre esto *Jescheck*, SchwZStr 75 (1959), págs. 66 y ss.

10 Cfr. sobre esto, con mayor detalle, *Engelmann*, Die Schuldlehre der Postglossatoren, 1895; *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren, págs. 94 y ss.

11 *Pufendorf*, De jure naturae et gentium, t. I Kap. V, § 3. Cfr. sobre esto, *Welzel*, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, págs. 84 y ss.; *Hardwig*, Die Zurechnung, págs. 35 y ss.; *E. Wolf*, Große Rechtsdenker, pág. 345.

12 *Kleinschrod*, Grundbegriffe, pág. 109.

13 Cfr. *Köstlin*, System, pág. 128: "La voluntad mala tiene su origen en el arbitrio. De ahí que el Derecho Penal sólo tenga que ver con el arbitrio". Cfr. con más detalle *Hardwig*, Die Zurechnung, págs. 53 y ss.

14 *Binding*, Normen, t. II, págs. 270 y ss. Sobre esto, *Achenbach*, Schuldlehre, págs. 27 y ss.

15 Cfr. con mayor detalle *Achenbach*, Schuldlehre, págs. 62 y ss.

zar como culpabilidad la totalidad de relaciones psíquicas del autor con el resultado, prescindiendo de la aprehensión del contenido material de la culpabilidad. "Culpabilidad es aquella relación subjetiva del autor con el resultado antijurídico producido a la cual se asocia la responsabilidad jurídica.[16]

La concepción psicológica de la culpabilidad pronto se sintió, sin embargo, como insuficiente porque no daba respuesta a las cuestiones de *qué* relaciones psíquicas debían considerarse jurídico-penalmente relevantes y *por qué* su presencia fundamenta la culpabilidad y su ausencia la excluye.[17] Así, no podía explicarse por qué aun cuando el autor actúe dolosamente y, por tanto, haya producido una relación psíquica con el resultado, debe negarse su culpabilidad si es un enfermo mental o se halla en estado de necesidad (§ 35). Tampoco podía fundarse el contenido de culpabilidad de la culpa inconsciente con arreglo a la concepción psicológica de la culpabilidad, ya que en ella falta precisamente toda relación psíquica con el resultado.[18]

3. La **concepción normativa de la culpabilidad** hoy dominante (cfr. *supra*, § 22 III 2d) intenta incluir la totalidad de los elementos psíquicos del hecho bajo un solo concepto material que permita la valoración de la parte interna del hecho y haga comprensible, así, qué factores pertenecen a la culpabilidad y cómo debe enjuiciarse la falta de sus elementos particulares.[19] El primer paso en esta dirección lo dio *Frank*. Según éste, la culpabilidad es un *juicio de valor*, apoyado en el mandato de la norma, sobre una situación psíquica. "Culpabilidad es reprochabilidad".[20] Luego se vio la culpabilidad no tanto en un juicio sobre la naturaleza subjetiva del hecho,[21] cuanto en la propia naturaleza defectuosa de la voluntad de la acción.[22] Todo ello permitió ordenar satisfactoriamente los elementos de la culpabilidad:[23] la *capacidad de culpabilidad*, en cuanto condición previa

16 Así *v. Liszt*, Lehrbuch 8.ª ed., pág. 154; también así *Löffler*, Schuldformen, pág. 5; *Mířička*, Formen der Strafschuld, pág. 102; *Kohlrausch*, Irrtum, página 1; *Radbruch*, ZStW 24 (1904), págs. 333 y ss.; *v. Liszt*, desde Lehrbuch, 18ª ed., pág. 163, concibió, sin embargo, la culpabilidad materialmente apartándose del concepto psicológico de la misma, como "actitud interna antisocial del autor".

17 Cfr. sobre esto *Binding*, Normen, t. II, pág. 277 Anm. 22.

18 Cfr. *Radbruch*, ZStW 24 (1904), págs. 338 y ss. y 346.

19 Cfr. sobre esto *Hohenleitner*, Rittler-Festschrift, pág. 190; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 159; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 504.

20 *Frank*, Aufbau des Schuldbegriffs, pág. 11; *el mismo*, § 51 Vorbem. II. Cfr. también *Beling*, Unschuld, Schuld und Schuldstufen, págs. 7 y ss.; también *M. E. Mayer*, Schuldhafte Handlung, pág. 106; *Hegler*, ZStW 36 (1915), págs. 184 y ss. Sobre esto, *Achenbach*, Schuldlehre, págs. 97 y ss.

21 Cfr. la conocida crítica de *Rosenfeld*, ZStW 32 (1911), pág. 469, según la cual "la culpabilidad de un hombre reside solamente en la cabeza de otros". Claramente, en el sentido "de una relación valorativa efectuada posteriormente por el juez", *Maurach*, Schuld und Verantwortung, pág. 117.

22 Cfr. *Goldschmidt*, Österr. Zeitschrift für Strafrecht 1913, 161; *el mismo*, Frank-Festgabe, t. I, pág. 432; *Engisch*, Untersuchungen, pág. 22; *Graf zu Dohna*, Verbrechenslehre, págs. 31 y ss.

23 Cfr. los sistemas de *v. Hippel*, t. II, págs. 289 y ss.; *Mezger*, Lehrbuch, páginas 267 y ss.; *Baumann*, Allg. Teil, pág. 384; *Nowakowski*, SchwZStr 65 (1950), págs. 302 y ss.; *el mismo*, Das österreichische Strafrecht, págs. 446 y ss. (distinto en JBl 1972, 19 y ss.).

de la formación de una voluntad de actuar conforme a Derecho, constituye el presupuesto de la culpabilidad. La voluntad de actuar culpable aparece bajo las formas de culpabilidad representadas por el *dolo* (conocer y querer el hecho) y la *imprudencia* (no conocer pudiendo conocerse). Las *causas de exclusión de la culpabilidad* (por ej., estado de necesidad, exceso en la legítima defensa) se explican por la anormalidad de las circunstancias concomitantes. Por exigencia de la teoría normativa de la culpabilidad se admitió la conciencia de la antijuricidad generalmente en el dolo, puesto que la voluntad de actuar no aparece como digna de censura cuando concurre un error de prohibición inevitable.[24] La última consecuencia de la concepción normativa 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 (cfr. sobre esto *infra*, § 47 II 1).

4. La concepción normativa de la culpabilidad experimentó otra profundización gracias a la *teoría final de la acción*, al excluir ésta el dolo, y con él la última componente puramente psicológica del hecho, de los presupuestos fácticos de la culpabilidad **(concepción puramente normativa de la culpabilidad)** (cfr. *supra*, § 22 IV 3a).[25] Sobre la base de la teoría de la culpabilidad de *E. Wolf*,[26] ya *Graf zu Dohna* había separado de forma tajante la voluntad de actuar, como "objeto de la valoración", que remitió al tipo subjetivo, y la "valoración del objeto", consistente en el enjuiciamiento de la motivación del autor.[27] Pero sólo *Welzel* proporcionó una fundamentación coherente a la concepción puramente normativa de la culpabilidad, al proclamar que el dolo formaba parte de la acción y, por tanto, también del tipo de injusto, lo que hizo comprensible la conclusión de *Graf zu Dohna* desde el prisma de la teoría del injusto. Según esto, el injusto es la totalidad de las propiedades de la *voluntad de la acción* que permiten contemplarla como no debida, en tanto que la culpabilidad es el conjunto de las características que la hacen aparecer como reprochable.[28]

24 Cfr., por ejemplo, *v. Hippel*, t. II, pág. 276; *Mezger*, Lehrbuch, páginas 330 y ss.

25 Cfr. *Welzel*, Lehrbuch, págs. 140 y ss.; *el mismo*, ZStW 60 (1941), página 456; *el mismo*, Das neue Bild, págs. 41 y ss; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, página 442; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 503; Cfr. también *Achenbach*, Schuldlehre, págs. 209 y ss.

26 Cfr. *E. Wolf*, Strafrechtliche Schuldlehre, pág. 126; sobre esto, *Jescheck*, E. Wolf-Festschrift, pág. 474 y ss.

27 *Graf zu Dohna*, Verbrechenslehre, págs. 22, 40. Con razón, críticamente, *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 159.

28 También así *v. Weber*, Grundriß, pág. 107; *el mismo*, Aufbau, pág. 17 (contraposición de "deber" y "poder"); *Busch*, Moderne Wandlungen, pág. 11; *Anne-Eva Brauneck*, GA 1959, 261. Cfr. también *H. Mayer*, Lehrbuch, págs. 210 y siguientes.

5. Mas la evolución ha ido más allá de esta fase y parece haber alcanzado un fundamento sólido.[29] Mientras que para *Welzel* el objeto de la antijuricidad coincide con el de la culpabilidad, a saber, la voluntad de actuar, que de una parte se valora como no debida y de otra como reprochable,[30] la doctrina más reciente ha podido asegurar al juicio de culpabilidad un *objeto de referencia propio:* objeto del juicio de culpabilidad es el hecho a la vista de la **actitud interna jurídicamente defectuosa** (actitud interna frente al Derecho censurable) de la cual ha surgido la resolución de cometer el hecho (cfr. la inclusión de la actitud interna en el catálogo de las circunstancias de medición de la pena, § 46 II 2 2.ª circunstancia). Configurando la actitud interna del conjunto de principios de actuación que sirven de base a la resolución de realizar el hecho. La actitud interna no debe entenderse, pues, como actitud permanente, sino como la "*disposición actual*" *(Gesonnensein)* en la formación de la resolución del hecho.[31] Culpabilidad significa, según esto: "reprochabilidad del hecho en atención a la reprobable actitud interna manifestada en el mismo" *(Gallas)*. Lo que se reprocha es siempre, por supuesto, el hecho y no sólo la actitud interna.[32] Mas el hecho recibe, gracias a la actitud interna de la que surge, su propio contenido de valor o desvalor. La actitud interna constituye, así, la *razón* por la que el hecho se reprocha con mayor o menor intensidad al autor.

III. Concepto formal y material de culpabilidad

1. El **concepto formal de culpabilidad** abarca aquellos elementos psíquicos del hecho que en un ordenamiento jurídico dado se exigen positivamente como presupuestos de la imputación subjetiva. El *concepto material de culpabilidad,* en cambio, descubre las razones por las que ciertos factores psíquicos se toman como presupuestos de la imputación subjetiva y en caso de faltar determinan la desaparición del juicio de culpabilidad.[33] En sentido formal, pues, la culpabilidad equivale al conjunto de elementos que en un *sistema de Derecho Penal históricamente dado* se contemplan como presupuestos de la imputación subjetiva.

29 En lo que sigue, el texto responde a *Gallas,* Beiträge, págs. 55 y ss. Se han adherido: *Schmidhäuser,* Gesinnungsmerkmale, pág. 178; *el mismo,* Allg. Teil, págs. 148 y ss. y 366 y ss.; *el mismo,* Gallas-Festschrift, págs. 93 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 13 Vorbem. 119; *Wessels,* Allg. Teil, pág. 70. La cuestión que plantea *Roxin,* Henkel-Festschrift, págs. 176 y ss., de la "configuración interna de los baremos" a utilizar para decidir el carácter defectuoso de la actitud interna, puede responderse fácilmente: son los mismos con arreglo a los cuales se enjuicia la culpabilidad en la medición de la pena. En contra de la opinión de *Roxin* (pág. 181), según la cual la teoría de los fines de la pena puede servir de base al concepto de culpabilidad, acertadamente, *Bacigalupo,* Welzel-Festschrift, págs. 482 y ss.

30 Cfr. *Welzel,* Lehrbuch, pág. 138; también así *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, página 493.

31 Cfr. *Herren,* Die Gesinnung, págs. 85 y ss. ("actitud interna relevante para el hecho").

32 Esto es preciso destacarlo como aclaración ante la crítica de *Roxin,* ZStW 82 (1970), págs. 687 y ss.

33 Cfr. sobre todo esto *Engisch,* Untersuchungen, págs. 38 y ss.

2. El **concepto material de culpabilidad** plantea, por el contrario, la cuestión de bajo qué condiciones resulta justificado fundar la imputación subjetiva sobre la base de un comportamiento psíquico determinado.[34] El concepto material de culpabilidad puede basarse en exigencias de la ética[35] o de la seguridad pública,[36] en la especificidad de la conducción de los impulsos en el hombre[37] o el fin de la pena.[38] Materialmente contemplado, el concepto material de culpabilidad tiene el carácter de un *postulado* según el cual sólo pueden entrar en consideración como fundamento del juicio de culpabilidad características muy precisas de la acción o del autor. El concepto material de culpabilidad se halla en juego en toda discusión de *Política jurídica* sobre la cuestión de los presupuestos bajo los cuales puede tener lugar la imputabilidad subjetiva del hecho punible.

IV. Culpabilidad por el hecho individual y culpabilidad por la conducta de la vida

1. La culpabilidad puede manifestarse como *culpabilidad por el hecho individual (Einzeltatschuld)* y como *culpabilidad por la conducta de la vida (Lebensführungsschuld)* (culpabilidad de autor, de personalidad o de carácter). En la culpabilidad por el hecho individual se contemplan sólo aquellos factores de la actitud interna jurídicamente censurable que se manifiestan de forma inmediata en la acción típica. En la culpabilidad por la conducta de la vida, por el contrario, el juicio de culpabilidad se amplia a la total personalidad del autor y su desarrollo. El concepto de culpabilidad del Derecho Penal alemán se refiere fundamentalmente a la **culpabilidad por el hecho individual,** lo que se sigue ya de la elección de un Derecho Penal del hecho (cfr. *supra,* § 7 III 2). El injusto en el que se apoya el reproche de culpabilidad consiste en la comisión de un determinado hecho prohibido por el ordenamiento jurídico, y no en una conducta vital jurídicamente desaprobada.[39] A esto se añade la consideración de carácter práctico de que con los medios del Derecho Procesal penal

34 Cfr. sobre esto *Mangakis,* ZStW 83 (1971), págs. 290 y ss.

35 *Arthur Kaufmann,* Schuldprinzip, pág. 129; *Baumann,* JZ 1962, 43.

36 Así *v. Liszt/Schmidt,* pág. 231: "Asocia la actitud interna del autor como síntoma de peligrosidad"; cfr. también *Grünhut,* Aschaffenburg-Festgabe, pág. 95: "Peligrosidad como momento de la culpabilidad".

37 Así *Welzel,* Lehrbuch, pág. 144.

38 Así *Roxin,* Kriminalpolitik, págs. 33 y ss.; *el mismo,* Henkel-Festschrift, páginas 181 y ss.

39 Ciertamente, el art. 103 II GG no excluye en principio la presencia de preceptos penales referidos al autor, pero un Derecho Penal formulado mediante tipos de acción responde mejor a la función de garantía de la ley penal (cfr. *supra,* § 15 III 3); cfr. sobre esto *Sax,* Grundsätze der Strafrechtspflege, pág. 947.

vigente sería imposible, al menos en la gran mayoría de los casos, esclarecer la biografía del acusado con sus conexiones psicológico-profundas a menudo ocultas. Hacerlo implicaría, por lo demás, el peligro de que la investigación de la personalidad condujese a un abandono, inadecuado a la importancia de la cosa, de la esfera íntima del acusado en el juicio, y a una Jurisprudencia moralizante (en contra, acertadamente, OLG Hamm GA 1969, 26), todo lo que en absoluto serviría a la justicia ni a la reinserción del condenado en la comunidad. Finalmente, la culpabilidad por el hecho individual es la que mejor corresponde a la idea de la pena retributiva del hecho, la cual se halla referida por imperativos del Estado de Derecho a un sector estrictamente delimitado de la vida del autor y no ha sido imaginada como intento de un rendimiento general de cuentas. Tras de la derogación del § 20a de la anterior redacción (agravación de la pena para el delincuente habitual peligroso) la culpabilidad por el hecho individual constituye la forma decisiva del concepto de culpabilidad en el Derecho vigente.[40]

2. Por otra parte, habla en favor de la importancia de la **culpabilidad por la conducta de la vida**[41] en Derecho Penal la constatación de que con frecuencia el obrar del hombre no es conducido por medio de reflexiones conscientes, sino por impulsos procedentes del ámbito del carácter adquirido que actúan automáticamente (cfr. *supra*, § 37 III 2). Además, suele ocurrir que la entidad real de la culpabilidad por el hecho se desprende de las características personales del autor. La investigación de la personalidad no resulta tampoco imposible en el proceso penal, sino que, por lo menos limitada a los supuestos de criminalidad grave, constituye un cometido internacionalmente reconocido a la moderna Administración de Justicia.[42] El legislador ha partido en ocasiones de la culpabilidad por la conducta de la vida (cfr. *infra*, § 38 IV 3). Por estas razones, una parte de la doctrina acude a la culpabilidad por la conducta de la vida, cuando menos en algunos supuestos, con objeto de poder aprehender al hombre tal como en realidad es.[43]

40 Cfr. *Binding*, Normen, t. II, pág. 283; *Baumann*, Allg. Teil, págs. 370 y ss.; *Bruns*, Strafzumessungsrecht, págs. 538 y ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, página 492; *H. Mayer*, Lehrbuch, pág. 65; *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, páginas 187 y ss.; *Müller-Dietz*, Grenzen des Schuldgedankens, pág. 62; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 373; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 105; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 70.

41 La expresión procede de *Mezger*, ZStW 57 (1938), pág. 689. *Bockelmann*, Täterstrafrecht, 2.ª Parte, pág. 153 habla de culpabilidad por la *decisión* de la vida, para acentuar el contenido de culpabilidad de voluntad.

42 Cfr. Entschließung II, 3 des VIII. Internationalen Strafrechtskongresses in Lissabon, ZStW 74 (1962), pág. 191; también *Kaiser*, Kriminologie, págs. 50 y siguientes.

43 Cfr. *Engisch*, ZStW 61 (1942), págs. 170 y ss.; *el mismo*, ZStW 66 (1954), pág. 359; *Heinitz*, ZStW 63 (1951), págs. 74 y ss.; *Hall*, ZStW 70 (1958), páginas 46 y ss.; *Kohlrausch/Lange*, § 20a Anm. II 2; *Mezger*, Moderne Wege, págs. 35 y ss.; *Blei*, Allg. Teil, págs. 378 y ss.; *Dünnebier*, Tagungsberichte, t. I, pág. 94.

3. Lo correcto parece la **unión de ambas concepciones.**[44] El núcleo del concepto de culpabilidad sólo puede ser la culpabilidad por el hecho individual, mas el Derecho Penal debe tener en cuenta también a menudo la culpabilidad de autor. El nuevo Derecho ha prescrito en tres importantes preceptos la consideración de la total personalidad: el enjuiciamiento de la evitabilidad del error de prohibición (§ 17, segundo inciso) requiere en muchos casos una contemplación de los antecedentes del hecho,[45] la referencia a la ausencia de efecto admonitorio de las condenas previas en la reincidencia (§ 48 I) hace pensar en la culpabilidad por la conducta de la vida y el precepto regulador de la medición de la pena alude a la personalidad total del autor no sólo a los efectos de prevención (§ 46 I 2), sino también en orden al contenido de culpabilidad del hecho (§ 46 I 1) (§ 46 II).[46] Tampoco resulta posible a menudo sin acudir al desarrollo de la actitud interna del autor el enjuiciamiento de los estados pasionales,[47] de la *actio libera in causa* y de la culpa inconsciente.

* * *

I. Culpabilidad jurídica y culpabilidad moral

La doctrina española actual comparte la opinión dominante en Alemania según la cual la culpabilidad jurídica no presupone culpabilidad moral.[1]

II. Fases de evolución de la teoría de la culpabilidad

La recepción del neoclasicismo alemán determinó la introducción en nuestro país de la concepción normativa de la culpabilidad,[2] *que hoy constituye la doctrina dominante, aun generalmente en la versión neokantiana, pero*

44 En esta dirección, sobre todo, *Bockelmann*, Untersuchungen, págs. 12 y ss.; *el mismo*, Allg. Teil, pág. 221; *Anne-Eva Brauneck*, MSchrKrim 1958, 142 y ss.; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 158; *Seelig*, Schuld, pág. 25; *Sauer*, Allg. Strafrechtslehre, pág. 144. En contra, *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 374; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 105 y ss.; *SK (Rudolphi)*, § 19 Vorbem. 3 y siguientes.

45 Cfr. *SK (Rudolphi)*, § 17 Anm. 44 y ss.

46 Pero en contra, *Bruns*, Strafzumessungsrecht, págs. 543 y ss. Reserva para la prevención las componentes relativas al autor *Stratenwerth*, Tatschuld, páginas 28 y ss.

47 Cfr. sobre esto *Geilen*, Maurach-Festschrift, págs. 173 y ss.; *Krümpelmann*, Welzel-Festschrift, págs. 338 y ss.; *Rudolphi*, Henkel-Festschrift, págs. 199 y siguientes.

1 Cfr. *Rodríguez Devesa*, PG p. 417. Cfr. también, aunque en relación a la necesidad de un sentimiento subjetivo de culpabilidad en el sujeto, *Córdoba*, Culpabilidad pp. 25 ss.

2 Con anterioridad había dominado un concepto de culpabilidad (a veces sin este nombre) anclado en la teoría de la *imputación*, como causalidad *moral* frente a la causalidad material, que dependía de la concurrencia de inteligencia y voluntad, esto es, de ciertas condiciones *psicológicas:* cfr. *Cuello Calón*, PG 2.ª ed. (1929 p. 251; *Antón Oneca/De Miguel Garcilópez*, Derecho Penal, PG Madrid, 1940, p. 129. La concepción normativa se introduce en España por *Rodríguez Muñoz*, Notas II pp. 6 ss., al filo de la obra de *Mezger*.

también acogiéndose por un sector la formulación sistemática del finalismo.[3] *En cambio, todavía no ha encontrado eco suficiente la construcción, adoptada por el texto, que ve en la* Gesinnung *(que he traducido por "actitud interna") del sujeto frente al Derecho un objeto material específico para la culpabilidad.*[4]

Personalmente comparto las reservas que un sector de nuestra doctrina muestra respecto a la concepción de la culpabilidad como juicio de reproche, *según el planteamiento del concepto normativo de culpabilidad.*[5] *Si, según pienso, no cabe fundar la culpabilidad en el libre albedrío, mal podría "reprocharse" en sentido propio al sujeto haber actuado como lo hizo y no de otro modo. Cierto que la imposición de una pena, que es un mal, presupone la posibilidad de un juicio de* desvalor *sobre aquello que la motiva, mas basta que dicho desvalor recaiga sobre el* hecho antijurídico *(que, según el esquema finalista que suscribo, requiere tanto la imputación objetiva como el dolo o la imprudencia), que es la* única *razón por la que se castiga: no para retribuir "deméritos" éticos, sino para salir al paso de hechos que lesionan bienes jurídicos fundamentales y quieren evitarse. La culpabilidad — término que acaso convendría sustituir por otro de menor resonancia moral como atribuibilidad o responsabilidad — no puede fundamentar, ni por tanto afectar al desvalor del delito, sino únicamente servir de puente entre el desvalor del injusto y la pena en el sentido siguiente: Puesto que la pena no recae sobre el hecho, sino sobre su autor, requiere que aquél pueda* atribuirse *social y por tanto jurídicamente a éste, lo que sucede siempre que el hecho constituye el producto de una* decisión racional normal *del sujeto (en cuyo caso le* pertenece normalmente*). Este planteamiento se ajusta al Derecho positivo, que, lejos de requerir la "reprochabilidad" personal que supone la doctrina dominante, se limita a excluir la responsabilidad penal cuando el sujeto no ha decidido en condiciones* normales, *sean biológicas (enajenación, trastorno mental transitorio: art. 8, 1.°; minoría de edad penal: art. 8, 2.°; sordomudez: art. 8, 3.°), sean situaciones (miedo insuperable: art. 8, 10.°). La situación es la misma en el Proyecto 1980.*

III. Culpabilidad por el hecho y por la conducta de la vida

En España la polémica suscitada en este punto por las construcciones germánicas favorables a la "culpabilidad de autor" ha encontrado resonancia en una monografía que acoge esta concepción,[6] *en algunas breves tomas de*

[3] Cfr. en este sentido enjuicia la situación doctrinal *Córdoba,* Culpabilidad páginas 15 ss.

[4] En contra de esta formulación *Mir Puig,* La Reincidencia en el CP, Barcelona, 1974, p. 533, y Delito y falta p. 332. No obstante, *Rodríguez Devesa,* PG p. 421 afirma que la culpabilidad "fundamentalmente radica en la *actitud psíquica* del sujeto..." (el subrayado es mío).

[5] En contra de esta concepción normativa de la culpabilidad como consecuencia de su negación de la demostrabilidad del libre albedrío, *Gimbernat,* Estudios pp. 61 ss., 92 s. Manifiesta también una actitud crítica frente a la idea de reproche *Córdoba,* Culpabilidad pp. 24 ss.

[6] Cfr. *Del Rosal,* La personalidad del delincuente en la técnica penal, Valladolid, 1949.

posición, en favor de la culpabilidad por el hecho[7] *o más eclécticas,*[8] *y en alguna referencia doctrinal.*[9]

§ 39 Delimitación, contenido y estructura del concepto de culpabilidad

Deutsch, Farlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 1963; *Fluri,* Zur Lehre von der Tatverantwortung, 1972; *Freudenthal,* Schuld und Vorwurf, 1922; *Goldschmidt,* Normativer Schuldbegriff, Festgabe für R. v. Frank, t. I, 1930, pág. 428; *Hardwig,* Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, ZStW 68 (1956), pág. 14; *el mismo,* Über die unterschiedlichen Unrechtsgehalte und die Abgrenzung von Unrecht und Schuld, JZ 1969, 459; *Heinitz,* Besprechung von Maurach, "Deutsches Strafrecht, Allg. Teil", JR 1957, 78; *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 voeltanschaulichen und politischen grundlagen des E 1962, ZStW 71 (1963), página 1; *el mismo,* Deutsche und österreichische Strafrechtsreform, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 365; *Jiménez de Asúa,* Les problèmes modernes de la culpabilité, En hommage à Jean Constant, 1971, pág. 147; *Kadečka,* Von der Schädlichkeit zur Schuld..., SchwZStr 50 (1936), 343; *el mismo,* Willensstrafrecht und Schuld..., SchwZStr 50 (1936), pág. 343; *el mismo,* Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff, ZStW 59 (1940), pág. 1; *Kantorowicz,* Tat und Schuld, 1933; *Armin Kaufmann,* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *Arthur Kaufmann,* Rechtsfreier Raum..., Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 372; *Kohlrausch,* Sollen und Können, Festgabe für K. Güterbock, 1910, pág. 1; *el mismo,* Der Allgemeine Teil des E 1925, en: *Aschrott/Kohlrausch,* Reform des Strafrechts, 1926, pág. 1; *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 Strafrechsreform, 1959, pág. 53; *Nowakowski,* Freiheit, Schuld, Vergeltung, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 55; *Rehberg,* Zur Lehre vom "Erlaubten Risiko", 1962; *Rittler,* Besprechung von Maurach "Deutsches Strafrecht, Allg. Teil", JBl 1955, 633; *Roeder,* Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, 1969; *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), página 295; *Welzel,* Das Gesinnungsmoment im Recht, Festschrift für J. v. Gierke, 1950, pág. 290. Cfr. además la bibliografía general de los §§ 37 y 38.

I. Antijuricidad y culpabilidad

1. **La separación de antijuricidad y culpabilidad** se remonta a la distinción efectuada por la ciencia jurídico-penal del Derecho común entre imputación objetiva y subjetiva *(imputatio physica* o *facti,* e *imputatio moralis* o *iuris).*[1] Desde entonces, y pese a todas las

[7] Cfr. *Rodríguez Devesa,* PG p. 421 s. nota 60.

[8] Cfr. *Antón Oneca,* PG p. 187; *Córdoba,* Culpabilidad p. 21.

[9] Así cfr. *Mir Puig,* Habitualidad, en Rev. J. Cat. 1974, p. 387.

[1] "Imputatio physica" no significa, ciertamente, antijuricidad (ésta no se descubrió como elemento autónomo del delito hasta mucho más adelante, cfr. *supra,* § 22 I), sino imputación del hecho como obra de la voluntad del autor. Mas es precisamente éste el núcleo de lo que en el marco de la teoría del injusto hoy se llama imputación objetiva; cfr. sobre los dos conceptos de imputatio, *Schaffstein,* Die allgemeinen Lehren, pág. 37.

oscilaciones producidas a lo largo de la historia dogmática, dicha separación ha permanecido como fundamental y debe calificarse de **eje de la teoría del delito.** Asimismo, hoy se admite con carácter general que el examen de la antijuricidad debe *preceder* al de la culpabilidad.[2] La antijuricidad y la culpabilidad constituyen los dos criterios materiales con arreglo a los cuales se determina la punibilidad de una acción. La comprobación de la antijuricidad implica el examen del hecho en cuanto a su *corrección objetiva* (se examina si se halla en correspondencia con las normas del deber ser del ordenamiento jurídico) bajo el punto de vista de la cualidad de la acción y del resultado. Injusto significa, entonces, que el hecho se halla en contradicción con el Derecho en sus elementos objetivos y subjetivos. El examen de la culpabilidad entraña la pregunta de si un hecho puede ser *reprochado personalmente* al autor[3] (se pregunta si el hecho guarda correspondencia con las exigencias que el ordenamiento jurídico impone a la actitud interna que el individuo debe manifestar frente al Derecho). Culpabilidad significará, entonces, que el hecho antijurídico se achaca al autor porque la formación de su voluntad se debió a una defectuosa actitud interna frente al Derecho (cfr. *supra*, § 38 II 5).

2. Son raras las desviaciones del principio rector de la separación de injusto y culpabilidad. La posibilidad de distinción de antijuricidad y culpabilidad se puso en duda durante un tiempo por *Schaffstein*[4] y luego también por *Hardwig*.[5] *H. Mayer*[6] no admite la posibilidad de separar antijuricidad y culpabilidad por entender que el hecho realizado por el autor sin culpabilidad no constituye una voluntad objetivada ni, consiguientemente, un injusto. *Kantorowicz* no consideraba la culpabilidad como un elemento del delito, sino como condición de punibilidad.[7] La concepción subjetiva del delito, defendida en otro tiempo en *Austria* sostenía la posibilidad de un hecho punible culpable sin antijuricidad (por ej., en la tentativa).[8] En la doctrina jurídico-penal *francesa* y en la *angloamericana* falta un desarrollo de la teoría del injusto comparable al que ha tenido lugar en la moderna dogmática alemana. Por el contrario, es innegable el influjo de la doctrina alemana en las ciencias *italiana*[9] y *española*.[10] En *Holanda*, la distinción de antijuricidad y culpabilidad apunta en *Pompe*[11] a las partes externa e interna del hecho, en tanto que *van Bemmelen*[12] expone la teoría del delito de modo semejante a como lo hace la moderna concepción alemana.

2 Cfr. *SK (Rudolphi)*, § 19 Vorbem. 2.

3 Al injusto se añade el "poder-evitarlo" del autor; así *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 103; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 70.

4 *Schaffstein*, Problematik, pág. 31; *el mismo*, Verbrechen als Pflichtverletzung, pág. 137; *el mismo*, ZStW 57 (1938), págs. 326 y ss.

5 *Hardwig*, Zurechnung, pág. 132. En distinto sentido, y no obstante próximo al texto, *el mismo*, JZ 1969, 461 y ss.

6 *H. Mayer*, Lehrbuch, pág. 105; *el mismo*, Grundriß, pág. 64.

7 *Kantorowicz*, Tat und Schuld, págs. 219 y ss.

8 Cfr. en este sentido *Kadečka*, ZStW 59 (1940), págs. 17 y ss.; *Nowakowski*, Grundriß, pág 42 (distinto en JBl 1972, 22). Sobre esto, *Jescheck*, ZStW 73 (1961), página 207.

9 Cfr. *Bettiol*, Diritto penale, págs. 201 y ss.; los dos juicios de valor de "*antigiuridicità*" y "*colpevolezza*" distingue también *Nuvolone*, Sistema, páginas 108, 265.

10 Cfr. *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal, págs. 339 y ss. y 364 y ss.; *Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo*, Art. 3 párrs. 2 y 3 Anm. C y D.

II. Objeto del juicio de culpabilidad

1. Objeto del juicio de culpabilidad es el hecho antijurídico en relación con la actitud interna jurídicamente desaprobada que se actualiza en aquél.[13] La *actitud interna favorable al Derecho (Rechtsgesinnung)* * constituye una cualidad del ciudadano imprescindible para la afirmación práctica del orden social, ya que en ella se basa la posición frente al Derecho y, consiguientemente, la voluntad de obedecerlo.[14] No equivale a actitud ética, pues no plantea la cuestión del carácter moralmente vinculante de las normas jurídicas, sino de la comprensión de su validez. La culpabilidad es una censurable falta de actitud jurídica que se expresa en una acción típica y antijurídica. Dicha falta puede darse en mayor o menor medida, lo cual dependerá de la entidad del valor de los motivos concurrentes en la formación de la voluntad. Por consiguiente, la culpabilidad es, como el injusto, un concepto susceptible de gradación. En la reprobable falta de actitud jurídica radica el punto de referencia con arreglo al cual deben orientarse los distintos elementos del concepto de culpabilidad y a partir del cual éstos han de entenderse.

Ejemplos: En el delincuente enfermo mental falta, ciertamente, la actitud jurídica, pero esta falta no merece censura alguna, porque obedece a una perturbación psíquica. En el error de prohibición importa si el desconocimiento del injusto se refiere a preceptos generales de Derecho natural que todos deben conocer, si el autor ha carecido de la necesaria información intencionalmente o por imprudencia, o si el error fue inevitable. El soldado que cumple una orden se hallará exculpado si no es manifiesta la antijuricidad del hecho, porque en tal caso no tiene ningún motivo para formular objeciones.

2. La concepción según la cual el objeto del juicio de culpabilidad es la falta de actitud jurídica en el autor, no se distingue esencialmente de otras teorías que buscan la culpabilidad en la "motivación",[15] en el "poder de formación de voluntad",[16] o en la "expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del autor",[17] pues todos estos defectos son únicamente

11 Cfr. *Pompe*, Handboek, pág. 99. *Pompe*, Das niederländische Strafrecht, páginas 62 y ss. y 74 y ss. ha abandonado ya esta concepción.

12 *van Bemmelen*, Ons strafrecht, pág. 111. Muy claramente en esta dirección ahora también *D. Hazewinkel-Suringa*, Inleiding, págs. 215 y ss.

13 Cfr. *supra*, § 38 II 5, nota 29.

* En lo sucesivo se traducirá la expresión por "actitud jurídica" más manejable y ajustada al término alemán "Rechtsgessinnung". *(N. del T.)*

14 Cfr. *Henkel*, Rechtsphilosophie, pág. 82; *Welzel*, v. Gierke-Festschrift, páginas 296 y ss.

15 Así *Engisch*, Untersuchungen, pág. 476.

16 Así *Welzel*, Lehrbuch, págs. 140 y ss.

17 Así *Blei*, Allg. Teil, pág. 152.

imaginables a partir de una actitud censurable frente al Derecho y en un sentido más general pueden considerarse compatibles con la doctrina que aquí se sostiene, todas las formulaciones actuales de la bibliografía reciente que definen un concepto material de culpabilidad.[18] Constituye una excepción la "teoría político-criminal" de *Roxin*.[19] La misma plantea la cuestión de "si con arreglo a los criterios jurídico-penales resulta necesaria una sanción frente al autor individual". La culpabilidad sería sólo un límite del poder punitivo del Estado.[20] Pero lo importante es, en primer lugar, si la pena es *merecida;* así, la culpabilidad es presupuesto y no sólo límite de la pena.[21] A un segundo término ha pasado la teoría de la "exigibilidad" como fundamento material del reproche de culpabilidad.[22]

III. El baremo del juicio de culpabilidad

1. Como criterio para la valoración de la falta de actitud jurídica manifestada en el hecho debe tomarse en consideración tanto un baremo individual como comparativo-social. Con frecuencia se entiende que el reproche de culpabilidad debe basarse en el **"poder evitar"** *(Dafür-können)* **individual** del autor.[23] Se pregunta si la persona que en concreto comparece como acusado ante el Tribunal hubiese estado en situación de actuar de otro modo, esto es, de acuerdo con las exigencias del orden jurídico. Pero no cabe dar a esta cuestión una respuesta racional, pues presupondría que puede demostrarse la existencia de libertad de voluntad para un individuo determinado y en un hecho concreto (cfr. *supra,* § 37 I 2b). Para que tenga sentido la pregunta sólo puede plantearse en el sentido de si "otro" en la situación del autor hubiera podido, según nuestra experiencia, resistir a la tentación de cometer el hecho.[24]

Pretender tomar al autor individual como baremo de su culpabilidad tampoco resultaría adecuado desde la perspectiva político-criminal. Ello entraña la consecuencia de que cuanto menos carácter tuviera el autor, menor debería reputarse la medida de su culpabilidad. Por esta vía debería, en último término, llegarse a excluir el reproche de culpabilidad precisamente respecto de los criminales más peligrosos, ya que la carencia absoluta de vinculación con la comunidad impondría la negación absoluta de aquel reproche, siendo así que el ordenamiento jurídico no puede menos de exigir un mínimo esfuerzo de la voluntad si es que ha de mantenerse en pie mediante normas (y no a través de la coacción inmediata). La comunidad no puede conformarse con que el autor se limite a ajustarse en la comisión del hecho a sus módulos personales. La individualidad del delincuente no impide al Derecho Penal requerir de él lo que otro podría hacer en su misma situación. En ello radica la esencia de la imputación subjetiva.

2. **El baremo del juicio de culpabilidad** lo ha de ofrecer, según lo anterior, un **poder medio,**[25] como reconoce el ordenamiento jurídico al asociar, por ejemplo, la incapacidad de culpabilidad (§ 20) a determinados estados psico-patológicos excepcionales y afirmar, por tanto, la capacidad de culpabilidad en todos los demás casos de menoscabo psíquico. El poder general no debe, evidentemente, entenderse en el sentido de un promedio estadístico, sino como el poder que en circunstancias normales se espera por la comunidad jurídica. Así, el juez debe, pues, preguntar si "se" hubiera podido actuar de otro modo en las circunstancias concretas. Para ello no debe atenderse al hombre sin más ("el género humano con la sola excepción del autor"),[26] sino a un **"hombre a la medida"** *("maßgrechten Menschen")*,[27] que en su edad, sexo, profesión, características corporales, capacidad intelectual y experiencia de la vida debe imaginarse igual al autor. En esto, pero *sólo* en esto, consiste la necesidad de concreción del baremo de la culpabilidad. La delimitación entre las características que deben considerarse en la equiparación y aquéllas otras que no importan a la misma, debe realizarse de la forma siguiente: los defectos corporales, los defectos mentales y la falta de experiencia de la vida no son imputables al autor, porque no puede hacer nada para evitarlos; de ahí que el hombre medio deba imaginársele igual en estos aspectos. Es el no dar la medida de actitud jurídica y fuerza de voluntad que se espera de un ciudadano medio lo que se censura al autor

18 Para *Mezger,* Lehrbuch, pág. 275, la culpabilidad es "expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del autor"; para *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, página 439, "apartamiento del autor del mandato normativo"; *Lange,* SchwZStr 70 (1955), pág. 394, "reproche por un insuficiente esfuerzo ético-social"; para *Arthur Kaufmann,* Schuldprinzip, pág. 129, "libre y autorresponsable decisión de voluntad en contra de un deber advertido"; para *Schmidhäuser,* Allg. Teil, pág. 148, "comportamiento espiritual lesivo de bienes jurídicos"; para *Stratenwerth,* Allg. Teil I, núm. 505, "posibilidad de advertir la exigencia jurídica de deber ser y de conducirse según la misma".

19 Cfr. *Roxin,* Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, págs. 33 y ss.; *el mismo,* Henkel-Festschrift, págs. 181 y ss. En contra, también, *Lackner,* § 13 Vorbem. III 4.

20 Cfr. *Roxin,* MSchrKrim 1973, 319 y ss.

21 Así *Arthur Kaufmann,* JZ 1967, 555; *Lenckner,* Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, pág. 18.

22 Así *Freudenthal,* Schuld und Vorwurf, 1922; *Goldschmidt,* Frank-Festgabe, pág. 442.

23 Así, por ejemplo, *Freudenthal,* Schuld und Vorwurf, pág. 7; *Lang-Hinrichsen,* Grundfragen, págs. 116 y ss.; *Maurach, /Zipf,* Allg. Teil, pág. 507; *v. Weber,* Grundriß, pág. 108; *Wegner,* Strafrecht, pág. 145; *Welzel,* Lehrbuch, páginas 140 y ss.

24 Cfr. *Jescheck,* ZStW 75 (1963), pág. 10.

25 Cfr. *Kohlrausch,* Güterbock-Festgabe, págs. 24 y ss.; *el mismo,* en: *Aschrott/Kohlrausch,* t. I, pág. 26; *Goldschmidt,* Frank-Festgabe, pág. 453; *Kadečka,* SchwZStr 50 (1936), pág. 363; *Bockelmann,* Allg. Teil, pág. 110; *Blei,* Allg. Teil, pág. 168; *Mirička,* Strafschuld, pág. 169; *Nowakowski,* SchwZStr 65 (1950), pág. 308; *el mismo,* Grundriß, págs. 67 y ss. También *Engisch,* Willensfreiheit, pág. 65 y *Rittler,* t. I, pág. 160, deben mencionarse aquí, por mucho que apoyen el reproche de culpabilidad en el carácter.

26 Así la extrema formulación de *Graf zu Dohna,* ZStW 66 (1954), pág. 508; en contra, con razón, *Engisch,* Willensfreiheit, pág. 22.

27 Así la fórmula de *Nowakowski,* Grundriß, pág. 67; cfr. también *el mismo,* Rittler-Festschrift, pág. 70 y JBl 1972, 29. Tomado del OGH austr., SSt 29, 83 (pág. 263). Una valoración de la doctrina austríaca en *Jescheck,* Lange-Festschrift, pág. 374.

y constituye su culpabilidad. El hecho de que se deduzcan de las cualidades morales de "otro" las posibilidades de que disponía el autor en el momento del hecho, no puede reputarse injusto, puesto que la responsabilidad del hombre adulto y psíquicamente sano constituye un presupuesto imprescindible de todo orden social basado en la libertad (cfr. *supra*, § 37 I 3).

IV. Elementos del concepto de culpabilidad

1. El juicio de desvalor sobre la actitud jurídica del autor no se formula globalmente sobre la base de la impresión general de la personalidad, sino que se apoya en la comprobación de los **elementos de la culpabilidad** previstos por la ley. Ello encierra, por una parte, una garantía para el acusado propia del Estado de Derecho, pues la cuestión de las condiciones bajo las cuales puede el juez pronunciar el reproche de culpabilidad no queda simplemente a su discrecionalidad; pero implica también, por otra parte, un relativo rigor del Derecho Penal, puesto que los elementos de la culpabilidad se hallan definidos *negativamente* (como causas de exclusión de la culpabilidad), de suerte que la culpabilidad debe afirmarse si en el caso concreto no concurren motivos para su exclusión.

2. El primer elemento del concepto de culpabilidad es la *salud psíquico-mental* del autor adulto (capacidad de culpabilidad) (cfr. *infra*, § 40).[28] En los supuestos de graves manifestaciones de deficiencia y perturbaciones, la mengua de actitud jurídica no es censurable porque en tales casos falta al autor la capacidad de autodeterminación que normalmente debe suponerse. El segundo elemento del concepto de culpabilidad, verdadero signo de la falta de actitud jurídica, es la *conciencia de la antijuricidad* (cfr. *infra*, § 41 I). Quien resuelve realizar el hecho con pleno *conocimiento* de su prohibición, muestra una actitud frente al Derecho especialmente digna de desaprobación. Si, por el contrario, concurre un *error* de prohibición, no cabe censurar al autor cuando el error es inevitable. El desconocimiento del mandato jurídico puede obedecer, sin embargo, a una reprochable falta de actitud jurídica, lo que tiene como consecuencia que el error de prohibición evitable se equipare hasta cierto punto a la sublevación consciente contra el Derecho (cfr. *infra*, § 41 II y III 1). La culpabilidad puede también elevarse o disminuirse por virtud de especiales *elementos de culpabilidad típicos del delito* que caracterizan más precisamente la actitud del autor hacia su hecho (cfr. *infra*, § 42).[29] Finalmente, el reproche de culpabilidad presupone la

28 Cfr. además la clasificación de los elementos de culpabilidad en torno a los dos criterios de "posibilidad de conocimiento de lo injusto" (elemento intelectual de la culpabilidad) y "posibilidad de comportarse de conformidad al conocimiento de lo injusto" (elemento voluntativo de la culpabilidad) en *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 162.

29 En contra de la formación de un especial "tipo de culpabilidad" que

"*normalidad de las circunstancias concomitantes*". Cuando concurren determinadas situaciones de excepción previstas por la ley que con arreglo a la experiencia menoscaban de forma notable la capacidad de autodeterminación de acuerdo con la norma, el autor resulta disculpado, pues la raíz del hecho ya no es entonces una deficiente actitud jurídica (cfr. *infra*, §§ 44-47).

3. Aparte de los elementos específicos del concepto de culpabilidad, el **contenido de culpabilidad del hecho depende también del de su injusto**, pues lo que se reprocha al autor no es la *formación* de la voluntad por sí sola, sino la *actuación* de la voluntad que de ella surge. Puesto que el injusto constituye presupuesto de la culpabilidad y ésta debe referirse siempre al injusto, toda diferenciación que tenga lugar en el ámbito del injusto influirá también en la gravedad del reproche de culpabilidad.[30] Así, en cuanto elemento subjetivo del injusto, el *dolo* constituye a la vez objeto de la imputación que recae sobre el autor, pues el que el autor haya actuado dolosa o imprudentemente no sólo determina una diferencia en el contenido del injusto, sino también en el de la culpabilidad por el hecho (cfr. *supra*, § 24 III 4c, 5).[31] Normalmente, la constatación del dolo, como portador del injusto personal de la acción que encierra el hecho, es también suficiente para la caracterización de la actitud jurídica del autor. Mas excepcionalmente puede tenerse que negar el dolo como expresión del desvalor de la actitud interna, aun cuando concurra como elemento de la acción (así, en la suposición errónea de los presupuestos de una causa de justificación, cfr. *infra*, § 41 III 2d; en la *actio libera in causa* dolosa, cfr. *infra*, § 40 VI 2). Sólo en los *hechos imprudentes* es precisa siempre la comprobación especial, en el marco de la culpabilidad, de las cuestiones de si debe reprocharse al autor la vulneración objetiva del deber de cuidado a la vista de su capacidad personal, y de si el resultado era previsible para él (cfr. *infra*, § 57 II y III).

V. La teoría de la responsabilidad por el hecho

1. Entre antijuricidad y culpabilidad se intercala por una teoría, como categoría especial, la responsabilidad por el hecho.[32] Al igual que la "*imputatio facti*" del Derecho común, está llamada a fundamentar la imputación del hecho como obra de la voluntad del autor, ya que en ese ámbito no es

reúna los elementos de culpabilidad específicos del delito, *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 162 i. F.

30 Cfr. *Gallas*, Beiträge, pág. 44; *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte, página 156; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 165; *Roxin*, ZStW 82 (1970), pág. 691; *SK (Rudolphi)*, § 19 Vorbem. 2.

31 Contra la doble posición del dolo, *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 160. Como el texto, *Schönke/Schröder/Lenkner*, § 13 Vorbem. 120; *Wessels*, Allg. Teil, páginas 31, 73 y ss.

32 *Maurach*, Schuld und Verantwortung, págs. 38 y ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 446 y ss.

posible un reproche de culpabilidad individualizador. La responsabilidad por el hecho tiene, ante todo, significado negativo, puesto que se suprime por la presencia de causas de exclusión de la responsabilidad. Se consideran tales el estado de necesidad exculpante (§ 35), el exceso en la legítima defensa (§ 33) y el obrar en virtud de una orden no manifiestamente antijurídica (§ 5 WStG). La significación práctica de la teoría para la Parte General radicaría en el hecho de que la falta de responsabilidad por el hecho impediría también la aplicación de medidas (§§ 63, 64, 69, 70) a sujetos incapaces de culpabilidad, y de que en el terreno de la participación resultaría posible una posición intermedia entre la accesoriedad "limitada" y "máxima" (cfr. *infra*, § 61 VII 1). En la Parte Especial también se extraen consecuencias por esta teoría en orden a las categorías dogmáticas de la teoría del delito que deban concurrir en el hecho que sirve de presupuesto a los tipos de conexión y de referencia a que se hace alusión en distintos preceptos penales (por ej., §§ 257-259).

2. La teoría de la responsabilidad por el hecho debe rechazarse.[33] Es cierto que las causas de exculpación que se incluyen entre las causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho se hallan reguladas con arreglo a un "método estandarizado",[34] mas no por ello pierden su carácter de elementos de la culpabilidad. Tampoco es posible un reproche de culpabilidad referido al autor como persona individual en los otros elementos de la culpabilidad (cfr. *supra*, § 39 III 2). Por otra parte, las consecuencias prácticas que derivan de la teoría de la responsabilidad por el hecho tampoco son del todo convincentes. Debe discutirse ya la suposición de que la falta de responsabilidad por el hecho deba excluir siempre la aplicación de medidas. Cuando tiene lugar por un autor incapaz de culpabilidad un exceso en la legítima defensa por trastorno, miedo o terror (§ 33) y el estado pasional se basa precisamente en la enfermedad mental, bien procede el internamiento en un establecimiento psiquiátrico.[35] El problema del grado de accesoriedad que debe requerirse ha de deducirse de la esencia de la participación; y ello puede conducir a soluciones distintas a las que supone la teoría de la responsabilidad por el hecho. Finalmente, también en relación con los delitos de referencia y de conexión previstos en la Parte Especial ha de ser la interpretación de los preceptos penales correspondientes la que permita inferir qué grado de carácter delictivo es necesario en las acciones punibles a que se remite.

* * *

33 En la literatura, la teoría de la responsabilidad por el hecho se halla en discusión. De acuerdo *Arthur Kaufmann*, Maurach-Festschrift, págs. 328 y ss.; *Armin Kaufmann*, ZStW 80 (1968), pág. 45; *Rehberg*, Erlaubtes Risiko, pág. 185; *Deutsch*, Fahrlässigkeit, págs. 251 y ss.; *Rittler*, Bl 1955, 634; *LK (Jagusch)*, 8.ª ed., § 54 Anm. 1; *Jiménez de Asúa*, En hommage à Jean Constant, pág. 152; En contra la doc. dom.; cfr. *Bockelmann*, Untersuchungen, pág. 85, nota 123; *Fluri*, Tatverantwortung, págs. 115 y ss. y 144 y ss.; *Roxin*, Henkel-Festschrift, páginas 179 y ss.; *Sauer*, Allgemeine Strafrechtslehre, pág. 150, nota 11; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 172; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 20; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 506 y ss.; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 179.

34 Así *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 463.

35 Lo mismo vale para el enfermo mental que erróneamente cree actuar en estado de necesidad (§ 35); cfr. *Schmidhäuser*, Allg. Teil, 1.ª ed., pág. 307; *Bockelmann*, Untersuchungen, pág. 85, nota 123.

El contenido de este parágrafo no plantea peculiaridades dignas de especial mención ni en el Derecho ni en la doctrina españoles. No obstante, algunas posiciones sostenidas en el texto han sido objeto de particular consideración por algún autor. Así, Córdoba *coincide en reconocer las dificultades con que tropezaría el pretender medir el poder actuar de otro modo y, por tanto, la culpabilidad con arreglo a un* baremo individual, *por lo que se inclina a entender "que las referidas situaciones de ausencia o aminoración de capacidad deben ser concebidas como aquellos estados que producen un tal efecto de ausencia o disminución* en cualquier persona *en la que concurra el conjunto de elementos integrantes de la respectiva situación".*[1] *Por lo que se refiere a la* doble posición del dolo *cfr.* supra, *Adiciones al § 25 III 4. Debe insistirse a este respecto que el texto funda esta postura en una concepción de la culpabilidad como "concepto suma", que no se añade al lado y fuera del injusto, sino que lo implica internamente, de suerte que la gravedad de la culpabilidad depende, en primer lugar, de la gravedad del injusto. En este sentido, el dolo pertenecería no sólo al injusto, sino también a la culpabilidad por la misma razón que todos los demás elementos del injusto. Mas este planteamiento no se apartaría del tradicional si no fuera porque no sólo atribuye al dolo influjo en la culpabilidad en el mismo sentido* mediato *del resto de elementos del injusto, sino porque admite la posibilidad de valorar* otra vez *y de forma* inmediata *la concurrencia del dolo en el ámbito de la culpabilidad. Y esto es, precisamente, lo que es opinable. Finalmente, también la construcción de* Maurach *de la* responsabilidad por el hecho, *que el texto rechaza, ha sido examinada con vistas a su posible encaje en nuestro Derecho. Se ha llegado a la conclusión de que también cabe defender dicha teoría en nuestro país, tanto por lo que respecta a las consecuencias que importa en orden a las medidas de seguridad postdelictuales, como en cuanto a la accesoriedad en la participación, pero se ha puesto de manifiesto la dificultad de distinguir entre causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho y causas de propia inculpabilidad, ya que tampoco en éstas es precisa siempre una indagación absolutamente* individual.[2]

Subsección B

Elementos de la culpabilidad

§ *40 La capacidad de culpabilidad (imputabilidad)*

Aschaffenburg, Zur Frage: Verminderte Zurechnungsfähigkeit, RG-Festgabe, 1929, pág. 242; *v. Baeyer*, Die Freiheitsfrage in der forensischen Psychiatrie..., Der Nervenarzt 28 (1957), pág. 337; *Berner*, Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre, 1843; *Bertel*, Die Zurechnungsfähigkeit, ÖJZ 1975, 622; *Binder*, Die Geisteskrankheit im Recht, 1952; *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; *Anne-Eva Brauneck*, Die

1 Cfr. *Córdoba*, Culpabilidad p. 70.

2 Cfr. *Córdoba*, Notas II pp. 37 ss., 413 s.

Jugendlichenreife nach § 105 JGG, ZStW 77 (1965), 209; *Bresser*, Jugendzurechnungsfähigkeit oder Strafmündigkeit, ZStW 74 (1962), pág. 579; *el mismo*, Noch immer: Die Problematik des § 105 JGG, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, página 323; *Busse*, Unklare Doppelregelung des Verbotsirrtums, MDR 1971, 985; *Cramer*, Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt, 1962; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 21, 381, JZ 1968, 273; *el mismo*, Verschuldete Zurechnungsunfähigkeit, JZ 1971, 766; *Dallinger/Lanckner*, Jugendgerichtsgesetz, 2.ª ed., 1965; *Dreher*, Verbotsirrtum und § 51 StGB, GA 1957, 97; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 21, 27, JR 1966, 350; *Ehrhardt*, Die Schuldfähigkeit in psychiatrisch-psychologischer Sicht, en: Schuld-Verantwortung-Strafe, 1964, página 277; *Ehrhardt/Villinger*, Forensische und administrative Psychiatrie, en: Psychiatrie der Gegenwart, t. III, 1961, pág. 181; *Eickmeyer*, Die strafrechtliche Behandlung der Heranwachsenden nach § 105 JGG, 1963; *Engisch*, Die Lehre von der Willensfreiheit..., 2.ª ed., 1965; *Geilen*, Zur Problematik des schuldausschließenden Affekts, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 173; *Giese/Schorsch*, Zur Psychopathologie der Sexualität, 1973; *Goldstein*, The Insanity Defense, 1967; *Hadamik*, Über die Rewußtseinsstörung bei Affektverbrechen, MSchrKrim 1953, 11; *el mismo*, Leidenschaft und Schuld, GA 1957, 101; *Haddenbrock*, Strafrechtliche Handlungsfähigkeit und "Schuldfähigkeit", Handbuch der forensischen Psychiatrie, t. II, 1972, pág. 863; *Hafter*, Normale Menschen? Zurechnungsfähigkeit, Zurechnungsunfähigkeit, SchwZStr 66 (1951), pág. 1; *Heiß*, Die Bedeutung der nichtkrankhaften Bewußtseinsstörungen..., en: Gerichtliche Psychologie, 1962, pág. 223; *Heldmann*, Zurechnungsfähigkeit, Zurechnungsunfähigkeit und verminderte Zurechnungsfähigkeit in rechtsvergleichender Darstellung, tesis, Freiburg 1956; *Horn*, Actio libera in causa..., GA 1969, 289; *Hruschka*, Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit, JuS 1968, 554; *el mismo*, Methodenprobleme bei der Tatzurechnung trotz Schuldunfähigkeit des Täters, SchwZStr 90 (1974), pág. 48; *Jescheck*, Die Bedeutung nicht-krankhafter Bewußtseinsstörungen..., en: Gerichtliche Psychologie, 1962, página 208; *Kallwaß*, Der Psychopath, 1969; *Katzenstein*, Die Straflosigkeit der actio libera in causa, 1901; *Armin Kaufmann*, Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 319; *Hilde Kaufmann*, Die Regelung der Zurechnungskähigkeit im E 1962, JZ 1967, 139; *Hilde Kaufmann/Pirsch*, Das Verhältnis von § 3 JGG zu § 51 StGB, JZ 1969, 358; *W. Keller*, Menschliche Existenz, Willensfreiheit und Schuld, en: 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..., tesis, Freiburg 1956; *Krause*, Betrachtungen zur actio libera in causa..., Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 305; *Krümpelmann*, Motivation und Handlung im Affekt, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 327; *el mismo*, Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit..., ZStW 88 (1976), página 6; *O. Lange*, Von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Jugendlichen, SJZ 1949, 397; *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..., ZStW 88 (1976), pág. 40; *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, 373; *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, núm. 2; *el mismo*, Das Verstehen als Grundlage der Zurechnung, Sitzungsberichte der Bayer. Akademie der Wissenschaften, 1951, núm. 1; *Miehe*, Die Schuldfähigkeit Jugendlicher im Strafrecht der DDR, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág. 353; *Oehler*, Anmerkung zu BGH vom 9-10-1969, JZ 1970, 380; *Peters*, Literaturbericht, ZStW 66 (1954), pág. 423; *el mismo*, Die Beurteilung der Verantwortungsreife, Handbuch der Psychologie, t. 11, 1967, pág. 260; *el mismo*, Bleibende Grundlagen im Wandel des Jugendrechts, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág. 381; *Pfeiffer*, Die kriminologische Bedeutung der Chromosomenanomalien, Kriminologische Gegenwartsfragen, núm. 9, 1970, pág. 119; *Platzgummer*, Die "Allgemeinen Bestimmungen" des Strafgesetzentwurfs im Licht der neueren Strafrechtsdogmatik, JBl 1971, 236; *Lieselotte Pongratz* y otros, Kinderdelinquenz, 1975; *Rasch*, Schuldfähigkeit, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3.ª ed., 1967, pág. 55; *el mismo*, Tötung des Intimpartners, 1964; *Remschmidt* y otros, Zum Dunkelfeld kindlicher Delinquenz, MSchrKrim 1975, 133; *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*, Jugendstrafrecht, 6.ª ed., 1977; *el mismo*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit Heranwachsender nach Herabsetzung des Volljährigkeitsalters, MSchrKrim 1976, 92; *Schewe*, Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz, 1972; *A. Schmidt*, Probleme der Kriminalität geisteskranker Täter, 1970; *K. Schneider*, Die psychopathischen Persönlichkeiten, 9.ª edición, 1950; *el mismo*, Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit, 3.ª ed., 1956; *Schölz*, Wehrstrafgesetz, 2.ª ed., 1975; *Schröder*, Verbotsirrtum, Zurechnungsfähigkeit, actio libera in causa, GA 1957, 297; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 21, 27, JZ 1966, 451; *Schüler-Springorum*, Zum Strafrecht für junge Erwachsene, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág. 395; *Schwalm*, Schuld und Schuldfähigkeit..., JZ 1970, 487; *Schwarz/Wille*, § 51 — gestern, heute und morgen, NJW 1971, 1.061; *Schwinghammer*, Die Rechtsfigur der actio libera in causa, tesis, München 1966; *Helen Silving*, Essays on Mental Incapacity and Criminal Conduct, 1967; *Tromae*, Bewußtsein, Persönlichkeit und Schuld, MSchrKrim 1961, 114; *Thomae/Schmidt*, Psychologische Aspekte der Schuldfähigkeit bei Bewußtseinsstörung, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 2.ª ed., 1957, pág. 130; *Undeutsch*, Zur Problematik des psychologischen Sachverständigen, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 703; *Venzlaff*, Restaurierung eines "engen" Krankheitsbegriffs...?, ZStW 88 (1976), pág. 57; *Waaben/Schultz/Léauté*, Die Behandlung der Trunkenheit im Strafrecht, 1960; *Walder*, Der Affekt und seine Bedeutung im schweizerischen Strafrecht, SchwZStr 81 (1965), pág. 24; *v. Weber*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Rauschtat, Festschrift für U. Stock, 1966, página 59; *Welp*, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968; *Wilmanns*, Die sogenannte verminderte Zurechnungsfähigkeit..., 1927; *Witter*, Die Beurteilung Erwachsener im Strafrecht, Handbuch der forensischen Psychiatrie, t. II, 1972, pág. 966; *el mismo*, Die Bedeutung des psychiatrischen Krankheitsbegriffs für das Strafrecht, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 723; *Würtenberger*, Zur Problematik der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit, JZ 1954, 209.

I. Concepto de capacidad de culpabilidad

1. La capacidad de culpabilidad[1] constituye el *primero de los elementos sobre los que reposa el juicio de culpabilidad.*[2] La misma debe

1 La designación usual de "*imputabilidad*" enlaza con la imputación subjetiva en el sentido de la doctrina jurídico-penal del siglo XIX. Imputabilidad significaba entonces que ningún obstáculo se oponía a la imputación subjetiva. La expresión abarcaba, así, también a la ausencia de error y coacción (cfr. *Berner*, Imputationslehre, pág. 52). Desde la perspectiva, en cambio, del concepto normativo de culpabilidad dominante es preferible la expresión "incapacidad de culpabilidad" (así, ahora, también §§ 19-21).

2 Según la opinión mayoritaria se trataría de un "presupuesto de la culpa-

concurrir para que la falta de actitud jurídica de que nace la decisión del hecho pueda aparecer como digna de censura. Únicamente quien ha alcanzado una determinada edad y no sufre de graves perturbaciones psíquicas, posee aquel **mínimo de capacidad de autodeterminación** que el ordenamiento jurídico requiere para la responsabilidad jurídico-penal. Cuando falta la capacidad de culpabilidad el autor puede, ciertamente, actuar — a diferencia de lo que sucede cuando concurre incapacidad de acción en los actos reflejos (por ej., reacción a una descarga eléctrica) o inconsciencia (sonambulismo) (cfr. *supra*, § 23 IV 2a) —, pero no devenir *culpable*, ya que el hecho no obedece a una actitud interna ante el Derecho digna de desaprobación.

Sobre las teorías, hoy superadas, que pretendían concebir la capacidad de culpabilidad como "capacidad jurídico-penal" de acción o "capacidad de pena" *(Strafempfänglichkeit)*, cfr, la edición anterior, pág. 325.

2. El concepto de capacidad de culpabilidad apunta, en primer lugar, a la **edad.** Antes de alcanzar la madurez biológica reflejada en la edad, o no puede en ningún modo formularse un reproche de culpabilidad *(minoría penal)*, o bien éste requiere la constatación de que el autor ha alcanzado un grado de desarrollo intelectual, de madurez moral y de fuerza de voluntad que justifica medir la actitud hacia el Derecho actualizada en su hecho con arreglo a baremos adecuados a la juventud, pero dotados ya de carácter *jurídico-penal (mayoría penal condicionada)*. La capacidad de culpabilidad se halla, además, en relación con la salud psíquico-mental del autor, por lo que debe negarse cuando se dan graves manifestaciones de disminución de la misma (§ 20).

3. En tanto que en los jóvenes que sólo condicionadamente se consideran menores de edad penal la capacidad de culpabilidad ha de constatarse positivamente y expresarse en la sentencia (RG 58, 128), en el autor adulto debe presuponerse hasta tanto no existan motivos para poner en duda su responsabilidad (RG 21, 131 [132]).[3] Pueden concurrir fundadas dudas en supuestos como los de actos sexuales que por primera vez realiza con niños un hombre de avanzada edad (BGH NJW 1964, 2.213), o de hurtos en grandes almacenes por una mujer no condenada con anterioridad (OLG Köln MDR 1975, 858). La diferencia se debe a que en los jóvenes la falta

bilidad" previo a ésta; así *Baumann*, Allg. Teil, pág. 387; *Dreher*, § 1 Vorbem. 32; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 239; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 500; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 71; *SK (Rudolphi)*, § 19 Vorbem. 5; la cuestión se deja abierta en *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 118. En realidad se trata de un elemento de la culpabilidad independiente *dentro* del concepto de culpabilidad; también así *Frank*, § 51 Vorbem. II; *LK (Lange)*, § 51 Anm. 2; *Blei*, Allg. Teil, página 159; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núms. 509 y ss.; *Welzel*, Lehrbuch, págs. 152 y ss., apartándose de su planteamiento sistemático, *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 163 i. F.

3 Cfr. *Lackner*, § 20 Anm. 6a; *LK (Lange)*, § 51 Anm. 11; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 20 Anm. 1, 45.

de la madurez necesaria para la responsabilidad es frecuente, mientras que los defectos psíquico-mentales que conducen a la exclusión de la responsabilidad según el § 20, constituyen en comparación raras excepciones. El concepto de capacidad de culpabilidad incluye en este segundo aspecto las más variadas formas de anormalidad y perturbaciones de poca importancia, como falta de inteligencia, debilidad de voluntad, extraordinaria irritabilidad, desmesurada potencia sexual y reacciones vivenciales desacostumbradas, en tanto las mismas no alcancen el grado de una perturbación psíquica morbosa, de un trastorno profundo de la consciencia, de imbecilidad o de otra anomalía psíquica grave (§ 20).

II. Etapas de la capacidad de culpabilidad

1. Los **niños**, es decir, personas que al tiempo del hecho no tienen aún 14 años, se declaran por el § 19 incapaces de culpabilidad.[4] La incapacidad absoluta de culpabilidad (minoría de edad penal), cuya frontera se elevó por la JGG 1923 de los 12 a los 14 años, significa que el legislador niega de forma general por debajo de esta edad la capacidad de culpabilidad, sin atender al estado de desarrollo individual del niño correspondiente.[5] Se trata de una causa de exclusión de la culpabilidad.[6] Es posible, pues, la participación de un sujeto capaz de culpabilidad (§ 29). Desde el punto de vista jurídico-procesal, la minoría de edad penal absoluta constituye un obstáculo procesal que determina la necesidad de que se suspendan los procesos iniciados sin advertirlo.[7]

Si un niño comete un hecho antijurídico (§ 11 I núm. 5), el Tribunal Tutelar puede adoptar medidas protectoras con arreglo a los §§ 1.631 II, 1.666, 1.838 BGB, o las medidas educativas previstas por los §§ 55 y ss. JWG (asistencia educativa, ayuda educacional voluntaria, educación asistencial).[8]

2. Un **joven**, esto es, una persona que al tiempo del hecho no ha alcanzado los 18 años (§ 1 II JGG), sólo incurrirá en responsabilidad

4 La regulación del § 1 II, ant. red. JGG, casi coincidente en su literalidad, fue incorporada al StGB por la segunda StrRG a causa de su significación general.

5 El E 1962, Begründung, pág. 137, habla aquí, como la doc. dom. (cfr. *Dreher*, § 19 Anm. 2; *Lanckner*, § 19 Anm. 1; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 19 Anm. 3; *Schaffstein*, Jugendstrafrecht, pág. 35). De una "presunción *iuris ed de iure* de incapacidad de culpabilidad".

6 Cfr. *Schaffstein*, Jugendstrafrecht, pág. 35; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 19 Anm. 5.

7 Así la doc. dom.; cfr. *Dallinger/Lackner*, § 1 JGG Anm. 39; *Dreher*, § 19 Anm. 2; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 19 Anm. 7; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, página 377; *SK (Rudolphi)*, § 19 Anm. 3; *Schaffstein*, Jugendstrafrecht, pág. 35.

8 Sobre la imposibilidad de formación pedagógica de los niños propensos a la criminalidad, *Leferenz*, Die Kriminalität der Kinder, págs. 16 y ss. Sobre la importancia numérica de la criminalidad infantil, cfr. *Lieselotte Pongratz* y otros, Kinderdelinquenz, págs. 89 y ss. (criminalidad registrada de la policía); *Remschmidt* y otros, MSchrKrim 1975, 133 y ss. (investigación de cifra oscura).

jurídico-penal "si por su desarrollo moral e intelectual goza de la suficiente madurez para comprender lo injusto del hecho y actuar conforme a este entendimiento" (§ 3 JGG).[9]

Originariamente el StGB 1871, siguiendo el ejemplo del *Code pénal* francés de 1810 *("discernement")*, aludía únicamente a la capacidad intelectual de comprensión del joven. Sin embargo, ya *la JGG 1923* vino a reflejar la observación de la moderna psicología juvenil de que el enjuiciamiento de la responsabilidad del joven depende también de su madurez moral y de su capacidad para formar su voluntad, y erigió estos elementos como presupuestos del juicio de culpabilidad jurídico-penal.

La capacidad de comprensión del joven debe alcanzar a permitirle comprender lo injusto material de su hecho (no sólo la inmoralidad o contrariedad a las costumbres). Por el contrario, no se requiere el conocimiento de la punibilidad o de la ley penal.[10] La capacidad de entendimiento debe referirse al concreto hecho, pero en el caso particular puede concurrir respecto de uno sólo de los delitos en el concurso ideal, o únicamente en relación al tipo básico y no al precepto penal cualificado (incorrectamente, RG DR 1944, 659; sobre la "divisibilidad" de la conciencia de lo injusto, acertadamente BGH 10, 35). La capacidad de comprensión presupone tanto un determinado estadio de desarrollo intelectual, cuanto un cierto grado de madurez ética. Puede suceder que el joven comprenda intelectualmente la norma, pero no la tome en serio por falta de madurez moral.

Ejemplos: En el abuso sexual de niños (§ 176) el joven debe poseer la capacidad de advertir no sólo que el hecho es inmoral, sino también que se halla jurídicamente prohibido. Es posible que el sujeto pueda comprender el injusto del hecho con arreglo a este precepto, pero no desde el prisma del escándalo público asimismo concurrente (§ 183a), o que, pese a la madurez intelectual que manifiesta, le falte la madurez ética para distinguir el juego de lo que no lo es (cfr. el caso RG 47, 385).

Ahora bien, el joven no sólo ha de ser capaz de advertir lo injusto del hecho, sino que debe gozar también de la capacidad de determinar su voluntad con arreglo a aquella comprensión **(capacidad de acción).** Precisamente en los jóvenes menores, pero también en los menores, sometidos al influjo de perturbaciones propias del paso a la madurez, es frecuente que la capacidad de comprensión concurra en medida suficiente y falte en cambio la necesaria fuerza de voluntad para

9 Sobre la reforma del JGG *Peters*, Schaffstein-Festschrift, págs. 381 y ss., así como el "proyecto de discusión de una ley de asistencia a la juventud", editado por el Ministerio Federal de Juventud, Familia y Sanidad (1973), que prevé que la asistencia juvenil alcance también a autores de 14 a 16 años de edad.

10 Cfr. *O. Lange*, SJZ 1949, 497 y ss.; *Dallinger/Lackner*, § 3 JGG Anm. 22; *Schaffstein*, Jugendstrafrecht, págs. 39 y ss.; *Peters*, Zur Beurteilung der Verantwortungsreife, págs. 260 y ss.

resistir la presión de motivos más poderosos conducentes a la comisión del hecho.

Ejemplos: Un muchacho de 14 años, por lo demás irreprochable, sustrae juguetes a un amigo repetidamente y cada vez en mayor cantidad, y dice en su casa que se los regala un desconocido, porque no puede ofrecer resistencia alguna al deseo de posesión que de pronto domina su vida. Un joven mayor es inducido por su profesor de deportes a efectuar robos conjuntos y no se atreve a imponer su oposición frente a la autoridad.

Si por falta de capacidad de comprensión o de acción falta la culpabilidad al joven,[11] o el juez no puede excluir esta posibilidad, el mismo puede adoptar la mismas medidas que el juez tutelar en orden a su educación (§ 3, inciso segundo, JGG, cfr. *supra*, § 40 II 1), por lo que no está obligado a absolver.[12] Es difícil determinar la relación del § 3 JGG con el § 20.[13] Tratándose de trastornos *condicionados al desarrollo*, sólo es aplicable el § 3 JGG; en caso de perturbaciones psico-patológicas que *normalmente no se desarrollan* procede, en cambio, la aplicación del § 20 con la posibilidad de internamiento en un hospital psiquiátrico (§ 63) (§ 7 JGG). Si concurren dudas acerca de si ha de estimarse lo uno o lo otro, la falta de culpabilidad no puede sino conducir al § 3 JGG, más benóvolo en las consecuencias jurídicas que prevé *(in dubio pro reo)*. Siendo el joven penalmente responsable, el hecho únicamente implicará *consecuencias jurídicas adecuadas a la juventud* (las medidas educativas del § 9 JGG; los medios de corrección del § 13 JGG; la pena juvenil de los §§ 17 y ss. JGG). La pena juvenil es independiente, según el § 18 I 3 JGG de las penas previstas por el Derecho Penal general incluso en su duración. Entre las *medidas del Derecho Penal general*, sólo pueden imponerse el internamiento en un hospital psiquiátrico o en un establecimiento educativo, la vigilancia de la conducta y la retirada del permiso de conducir (§ 61 núms. 1, 2, 5 y 6) (§ 7 JGG).[14]

11 La Jurisprudencia apreciaba anteriormente una causa personal de exclusión de la pena (RG 31, 161; 53, 143 [144]). Pero hoy se reconoce que la mayoría penal constituye un elemento de la culpabilidad; RG 47, 385 (389); *Schaffstein*, Jugendstrafrecht, pág. 39; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 530 y ss.; *Dallinger/Lackner*, § 3 JGG Anm. 18.

12 Puesto que la mayoría de edad se alcanza desde 1-1-1975 al cumplir los 18 años (ley de 31-7-1974, BGBl. I, pág. 1.713), la asistencia educativa voluntaria y la educación asistencial en dicho momento. Lo mismo vale respecto a las medidas de seguridad educativas del § 9 JGG. Únicamente persisten las instrucciones previstas en el número uno, que también caben en el marco del § 56 C y en relación a adultos.

13 Cfr. sobre esto *Bresser*, ZStW 74 (1962), págs. 579 y ss.; *Schaffstein*, ZStW 77 (1965), págs. 191 y ss.; *Hilde Kaufmann/Pirsch*, JZ 1969, 358 y ss.

14 El StGB de la RDA, en sus §§ 65 y ss. limita la exclusión de responsabilidad de los jóvenes a los casos de "concurrencia de atrasos en el desarrollo y anomalías próximas a la enfermedad"; críticamente, sobre esto, *Miehe*, Schaffstein-Festschrift, pág. 374. Para *Strafrecht der DDR (Hartmann)*, § 65 Anm. 1, la ley parte de que al cumplir los 14 años "concurre en principio la madurez penal". También así *Lekschas/Renneberg*, Lehrbuch, pág. 544.

3. Respondiendo a una antigua exigencia del movimiento de los Tribunales de Menores,[15] la JGG 1953 estableció una regulación especial para los **jóvenes adultos**, esto es, aquellos que en el momento del hecho son mayores de 18 años pero menores de 21 (§ 1 II, segundo inciso JGG). *El joven adulto es plenamente responsable jurídico-penalmente*, por lo que no se halla sometido al § 3 JGG. Sin embargo, las consecuencias jurídicas del hecho han de tomarse del Derecho Penal juvenil (§§ 4-32 JGG) en los casos en que el desarrollo moral e intelectual del autor equivalga al de un joven en el momento del hecho[16] o éste constituya por su especie, circunstancias y motivos una infracción juvenil (por ej., un delito menos grave con arreglo al § 175 I) (§ 105 JGG).[17] En caso de duda, el Derecho Penal juvenil resulta preferente (BGH 12, 116 [119]). Para los casos en que resulte aplicable al hecho del joven adulto el Derecho Penal general, el § 106 JGG prevé para la cadena perpetua una cláusula atenuatoria, así como la prohibición de internamiento de seguridad. Según una extendida crítica que se dirige al § 105 JGG, debería introducirse un Derecho Penal especial para los jóvenes mayores de edad.[18]

III. Incapacidad de culpabilidad por perturbaciones psíquicas

1. Para la determinación de la incapacidad de culpabilidad, el Derecho Penal alemán emplea en el § 20 el llamado **método mixto ("psicológico-biológico").**[19] Los factores "*biológicos*" son: perturbación psíquica morbosa, trastorno profundo de la consciencia, oligofrenia y alguna otra anomalía psíquica grave.[20] Si se constata la presencia de alguno de estos elementos debe comprobarse a continuación si el autor resultó por su causa incapaz "de comprender lo ilícito del hecho o de obrar conforme a este entendimiento" (elementos "*psicológicos*"). La estimación de la incapacidad de culpabilidad presupone, pues, que el juez pueda efectuar constataciones positivas en relación a *dos* grupos de elementos: primero, ha de concurrir una de las perturbaciones psíquicas previstas por la ley; segundo, la perturbación ha de haber menoscabado profundamente una de las dos capacidades fundamentales en orden a la formación de la voluntad humana. El método mixto, reconocido también por la psiquiatría judicial,[21] cuenta a su favor, en comparación con el método biológico puro, con la ventaja de que la perturbación psíquica debe someterse a prueba en su grado de gravedad y su significación para el hecho concreto.[22] Frente al método puramente psicológico tiene la ventaja de que la vinculación a defectos psíquicos delimitados legalmente y cuya esencia y modo de incidencia han sido investigados por la psiquiatría y la psicología, deja a salvo la necesaria seguridad jurídica.

15 Cfr. *Eickmeyer*, Die strafrechtliche Behandlung der Heranwachsenden, páginas 15 y ss. Sobre la posición de los jóvenes adultos en el Derecho Penal extranjero cfr. *Mannheim/Joseph/Sieverts*, Die kriminalrechtliche Behandlung von jungen Rechtsbrechern, págs. 9 y ss. y 27 y ss. Cfr. también para Gran Bretaña, *Schüler-Springorum*, Schaffstein-Festschrift, págs. 397 y ss. El StGB de la RDA no prevé ninguna regulación especial para jóvenes adultos.

16 Cfr. sobre esto *Anne-Eva Brauneck*, ZStW 77 (1965), pág. 209 y ss.

17 Últimamente, de nuevo en sentido crítico sobre esto, *Bresser*, Schaffstein-Festschrift, págs. 323 y ss.

18 Cfr. sobre esto *Schaffstein*, Jugendstrafrecht, págs. 51 y ss., con más referencias; *el mismo*, Peters-Festschrift, págs. 600 y ss.; *el mismo*, MSchrKrim 1976, 92 y ss.

19 La expresión no es exacta, mejor sería hablar de método "psíquico-normativo"; *SK (Rudolphi)*, § 20 Anm. 3, habla de método "biológico-normativo".

20 La sordomudez (§ 55 ant. red.) ya no se menciona expresamente, sino que, en caso de concurrir graves manifestaciones súbitas de deficiencia, ha de subsumirse bajo los elementos biológicos de los §§ 20 y 21. Cfr. *Stree*, en: *Roxin* y otros, Einführung, págs. 47 y ss.

2. Los *elementos biológicos* de la incapacidad de culpabilidad que el § 20 enumera con carácter exhaustivo se han adaptado a la terminología psiquiátrica y psicológica, pero designan los mismos supuestos que la Ciencia y la Jurisprudencia habían entendido también en este sentido durante la vigencia del § 51 de la anterior redacción.

a) El concepto central de los elementos biológicos previstos en el § 20, la **perturbación psíquica morbosa,** se corresponde en la psiquiatría con el concepto de "psicosis". A él se contraponen las perturbaciones "psicopático-neuróticas" y las "anomalías sexuales" que en el § 20 se designan como "otras anomalías psíquicas graves". La frontera (fluctuante) se sitúa en el punto en que la reacción psíquica deja de ser comprensible. Como segundo criterio de delimitación se añade el de que las perturbaciones psíquicas morbosas se expliquen por la presencia de procesos patológicos corporales.[23] Según esto, deben reputarse constitutivas de perturbación psíquica morbosa todas aquellas perturbaciones producidas en el ámbito intelectual o emocional que escapan al marco de un contexto vivencial comprensible y responden a una lesión o enfermamiento del cerebro. Entre ellas cuentan las psicosis traumáticas (lesiones cerebrales), las psicosis tóxicamente condicionadas (estados de embriaguez causados por alcohol u otros estupefacientes; BGH NJW 1969, 563),[24] las psicosis infecciosas (pará-

21 Cfr. *Ehrhardt/Villinder*, Psychiatrie der Gegenwart, t. III, págs. 215 y ss.; *Rasch*, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, págs. 71 y ss.; *Binder*, Die Geisteskrankheit, págs. 163 y ss.; *Haddenbrock*, Strafrechtliche Handlungsfähigkeit und "Schuldfähigkeit", págs. 907 y ss. Por el contrario, *Thomae*, MSchrKrim 1961, 120, pide que en las perturbaciones no morbosas, el legislador *sólo* se fije en la falta de capacidad para la formación de la voluntad con arreglo a la norma, mas ello no correspondería a la exigencia de seguridad jurídica.

22 Al elemento temporal de "en la comisión del hecho" y su problemática para el enjuiciamiento de los hechos pasionales se refiere *Krümpelmann*, ZStW 88 (1976), págs. 13 y ss.

23 Cfr. sobre esto, *Witter*, Lange-Festschrift, págs. 723 y ss. La crítica de *Venzlaff*, ZStW 88 (1976), pág. 60, a la restauración del "concepto estricto de enfermedad psiquiátrica" no es válida porque ello únicamente implica una ordenación teorético-sistemática y los estados no psicóticos resultan abarcados, en cuanto tenga "valor de enfermedad", como "otras anormalidades psíquicas graves". Como el texto, *Leferenz*, ZStW 88 (1976), pág. 42; *J. E. Meyer*, ZStW 88 (1976), págs. 48 y ss.

24 Sobre la embriaguez, ampliamente, *SK (Rudolphi)*, § 20 Anm. 7; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 20 Anm. 16 y ss. Sobre los problemas jurídico-forenses, *Witter*, Die Beurteilung Erwachsener, págs. 1.029 y ss. "La presencia de un tres

lisis progresiva) y las enfermedades orgánicas del cerebro (epilepsia). También son patológicas en sentido orgánico las manifestaciones de oligofrenia a consecuencia de lesiones tempranas del cerebro o producidas por la arterioesclerosis o atrofia cerebrales que aparecen con la edad (BGH GA 1965, 156). Pertenecen asimismo a las propias enfermedades mentales las psicosis endógenas (esquizofrenia y ciclotomía), en las cuales se supone ("se postula") por la psiquiatría una causa de raíz corporal, hipótesis no rebatida hasta el presente, pero que no ha podido comprobarse.[25 y 26]

b) El **transtorno profundo de la consciencia** abarca, con arreglo a la sistemática del actual § 20, únicamente las perturbaciones desprovistas de carácter morboso, ya sean de origen puramente psíquico, ya se añada en ellas algún otro factor "concurrente" (por ej., alcohol, agotamiento, exceso de cansancio). Consiste en un menoscabo grave de la consciencia de sí o del mundo circundante. Mediante el término "profundo" se quiere poner de manifiesto que sólo entran en consideración aquellos transtornos de la consciencia que alcanzan un grado que desborda el margen de lo normal (por ej., embriaguez letárgica, terror) y, de forma parecida a como sucede en las psicosis, trastocan el proceso de motivación del afectado.[27] Debe pensarse, pues, únicamente en casos excepcionales especiales (OLG Karlsruhe GA 1972, 316 [317]), como las formas más graves de estados hipnóticos o posthipnóticos, alucinaciones o estados crepusculares no morbosos. El caso más importante de transtorno profundo de la consciencia lo constituyen los estados pasionales graves (stress, odio, celos), que bajo ciertas condiciones la Jurisprudencia había admitido ya con base en el § 51 de la anterior redacción como causa suficiente de incapacidad de culpabilidad (OGH 3, 19 [23]; 80 [82]; BGH 3, 194 [199]; 8, 113 [125]; 11, 20 [23]).[28] En estos casos resulta dudoso si la evitabilidad del estado pasional hace desaparecer la exclusión de la culpabilidad. La Jurisprudencia (OGH 3, 19 [23]; BGH 3, 194 [199]; BGH

por mil de alcohol en sangre excluye la capacidad de culpabilidad" (BGH VRS 23, 209). Cfr. también *infra*, § 40 VII.

25 Sobre la cifra de enfermos mentales y delincuentes, *A. Schmidt*, Geisteskranke Täter, págs. 56 y ss., sobre sus manifestaciones, págs. 146 y ss.

26 Cfr. sobre esto desde el prisma jurídico *LK (Lange)*, § 51 Anm. 25 y ss.; desde el prisma médico *Witter*, Die Beurteilung Erwachsener, págs. 968 y ss.

27 Cfr. BT-Drucksache V/4.095, pág. 11; *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 115; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 514; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 20 Anm. 14; *SK (Rudolphi)*, § 20 Anm. 10; *Schwalm*, JZ 1970, 494. En el Derecho anterior, ya *LK (Lange)*, § 51 Anm. 24.

28 Sobre la génesis de los estados pasionales, utilizando abundantes datos, *Rasch*, Tötung des Intimpartners, 1964. Sobre la relación de dolo y capacidad de culpabilidad en los hechos pasionales, *Schewe*, Reflexbewegung, págs. 31 y ss y 130 y ss.; *Krümpelmann*, Welzel-Festschrift, pág. 328. Sobre el enjuiciamiento médico-forense, *Rasch*, Schuldfähigkeit, págs. 83 y ss.; *de Boor*, Bewußtsein, páginas 126 y ss.; *Thomae*, Schuldfähigkeit, págs. 351 y ss.; *Witter*, Die Beurteilung Erwachsener, págs. 1.023 y ss.

NJW 1959, 2.315) y un sector de la doctrina[29] así lo entienden, y con razón, ya que bien puede concurrir culpabilidad en el dejar surgir conscientemente una acumulación emocional cuya incontrolable descarga impulsa a un determinado delito grave. Pero esta concepción resulta difícilmente compatible con el tenor literal del § 20, que alude únicamente a la presencia de una perturbación de la consciencia "en la comisión del hecho". Tampoco resolvería la cuestión la analogía con el § 17, puesto que la expresión "en la comisión del hecho" se refiere en ese precepto al error, pero en el § 20 también a la capacidad de conducción.[30] La solución radica en la aplicación de los principios relativos a la *actio libera in causa*[31] (cfr. *infra*, § 40 VI).

Ejemplo: Homicidio y tentativa de homicidio frente a la mujer y la suegra, con posterior intento de suicidio en un estado pasional de enfurecimiento (OGH 3, 19 [22 y ss]); homicidio del hermano adicto a la bebida en un exceso en la legítima defensa tras intensa lucha (BGH 3, 194 [199]); homicidio consentido de la mujer e intento de suicidio bajo el dominio del pánico (BGH GA 1955, 26); asesinato durante un delirio homicida (BGH 7, 325 [327]); homicidio de la mujer en estado de máxima excitación tras agotadoras disputas acompañadas de graves incidentes (BGH 11, 20 [23]); homicidio de la amante del marido luego de años de profunda enemistad (BGH *Dallinger*, MDR 1953, 146); homicidio de los hijos como acción en cortocircuito (BGH NJW 1959, 2.315).[32]

El caso más frecuente de transtorno de la consciencia lo constituye la *embriaguez alcohólica*,[33] que, no obstante, por su origen (intoxicación) pertenece en la actualidad a las perturbaciones psíquicas morbosas y, por tanto, al primer grupo de los factores biológicos (cfr. *supra*, nota 24). Lo mismo sucede en relación a las drogas.

c) La **oligofrenia**, mencionada en tercer lugar por el § 20, abarca los grados graves de defectos de inteligencia desprovistos de una causa corporal comprobable (idiocia, imbecilidad, debilidad mental), puesto que los estados de mengua intelectual con base en procesos patológicos orgánico-cerebrales, según la sistemática del § 20 caben en el primer grupo de elementos biológicos. También aquí debe tratarse de una carencia de entendimiento que destruya totalmente el contexto

29 Así *Geilen*, Maurach-Festschrift, págs. 188 y ss.; *Krümpelmann*, Welzel-Festschrift, págs. 340 y ss.; *LK (Lange)*, § 51 Anm. 24; *Rudolphi*, Henkel-Festschrift, págs. 206 y ss.; *SK (Rudolphi)*, § 20 Anm. 12. Así *Dreher*, § 20 Anm. 10; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 515 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 20 Anm. 14; *Schwalm*, JZ 1970, 493.

30 Cfr. *Krümpelmann*, ZStW 88 (1976), págs. 13 y ss.

31 Así *Hruschka*, JuS 1968, 558; en contra, *Horn*, GA 1969, 290 y ss.

32 Cfr. sobre esta Jurisprudencia *Hadamik*, MSchrKrim 1953, 11; *el mismo*, GA 1957, 101; *Undeutsch*, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 2.ª ed., págs. 135 y ss.; *Thomae*, Schuldfähigkeit, págs. 328 y ss., quien, por ejemplo, califica a BGH 11, 20 de una de "las más importantes sentencias del último decenio" (página 346), *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 515 y ss.

33 Cfr. sobre esto *Rasch*, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, págs. 81 y ss.; *Cramer*, Der Vollrauschtatbestand, págs. 6 y ss.

motivacional normal, según se desprende de la equiparación con los restantes elementos biológicos (BGH NJW 1967, 299).[34]

d) Las **"otras anomalías psíquicas graves"**[35] enumeradas en último lugar constituyen la contrapartida de las psicosis y designan las más graves formas de manifestación de las psicopatías, neurosis y perturbaciones sexuales.[36] Se distinguen de las psicosis, por una parte, en que las reacciones psíquicas se producen con anormalidad, pero todavía dentro del marco de contextos vivenciales comprensibles y, por otra parte, por la ausencia de un proceso patológico corporal existente o supuesto.[37] Durante la vigencia del § 51 de la anterior redacción se incluyeron en el ámbito de los supuestos posibles de inimputabilidad mediante la formación de un especial "concepto jurídico de enfermedad" (BGH 14, 30 [32]). La principal dificultad de la distinción de este círculo de anomalías reside en el elemento "grave".[38] Generalmente se dice que las mismas deberían tener "valor de enfermedad" para encontrar cabida en el § 20. Pero, tanto en lo corporal como en lo psíquico falta precisamente en ellas la especificacidad cualitativa de las propias enfermedades mentales, de suerte que la comparación con éstas sólo resulta posible en el terreno de sus efectos, los cuales, sin embargo, no deberían desempeñar papel alguno en la delimitación de los elementos biológicos con arreglo a la sistemática de la ley. En el fondo, no puede, pues, decirse sino que se trata de casos excepcionales extremos en los que toda la imagen vital del afectado resulta determinada por una continua repetición de hechos punibles motivada por la afección psíquica y por la absoluta ineficacia de las sanciones penales.[39]

34 Sobre los problemas médico-forenses, cfr. *Witter*, Die Beurteilung Erwachsener, págs. 985 y ss.

35 Sobre el efecto discriminador de la desacertada expresión "anormalidad", *Stree*, en: *Roxin* y otros, Einführung, pág. 46.

36 Sobre las psicopatías cfr. la tipología de *K. Schneider*, Die psychopathischen Persönlichkeiten, páginas 69 y siguientes; también, *Kallwaß*, Der Psychopath, 1969. En las anomalías del instinto sexual, *Krümpelmann*, ZStW 88 (1976), páginas 20 y siguientes, adhiriéndose a BGH 23, 176 (193) (caso Bartsch) y a *Giese* (cfr. *Giese/Schorsch*, Zur Psychopathologie der Sexualität, páginas 155 y siguientes), apunta al concepto de manía. En contra, sin embargo, *J. E. Meyer*, ZStW 88 (1976), página 51. *Venzlaff*, ZStW 88 (1976), página 59, considera como casos de anormalidad "el desarrollo paranoico, la genuina figuración de celos, relaciones vitales depresivas, acumulaciones de conflictos profundamente escalonada a lo largo de la vida, extremas deformaciones psíquicas producidas por situaciones de carencia acaecidas en la primera infancia".

37 Según el § 35 del Proyecto 1962, la "grave anormalidad psíquica de distinta naturaleza" sólo podía determinar la disminución de la capacidad de culpabilidad. Su introducción en el § 20 tuvo lugar con posterioridad, en la Comisión Especial (BT-Drucksache V/4.095, pág. 10). El temido peligro de un "desbordamiento" no existe si en la admisión de la incapacidad de culpabilidad prosiguen limitadas a casos excepcionalmente extremos.

38 Así, con razón, *Leferenz*, ZStW 88 (1976), págs. 42 y ss.

39 Sobre los problemas relativos al peritaje forense, desde el prisma jurídico, *LK (Lange)*, Anm. 38 y ss., desde el prisma médico, *Witter*, Die Beurteilung Erwachsener, págs. 988 y ss.

Ejemplos: Delitos sexuales sobre niños motivados por una perturbación de la voluntad o de la vida sensitiva o sexual (RG 73, 121 [122]); tendencia a la homosexualidad que determina la personalidad (RG HRR 1936, 1.463; BGH MDR 1953, 46; BGH GA 1962, 185; BGH 14, 30 [32]); piromanía de base neurótica (BGH NJW 1955, 1.726); delitos de acusación falsa por hipersensibilidad neurótica (BGH NJW 1966, 1.871); hipersexualidad (BGH NJW 1962, 1.779); instinto sexual altamente desviado (BGH 19, 201 [204]; 23, 176 [190]); cleptomanía (OLG Frankfurt GA 1969, 316).

3. La constatación de uno de estos elementos biológicos no basta para la estimación de la incapacidad de culpabilidad.[40] Además, la perturbación psíquica debe haber ejercido un influjo determinante sobre la **capacidad de comprensión o de acción del autor.** La incapacidad de comprender lo injusto del hecho (momento *intelectual*) se refiere a lo injusto material del hecho y, como en el joven (cfr. *supra*, § 40 II 2), ha de constatarse en el caso concreto y en especial referencia al tipo penal correspondiente. Puede, así, suceder que, pese a la concurrencia de una perturbación psíquica, el autor sea declarado capaz de culpabilidad porque, por ejemplo, el hecho se produjera en un momento situado fuera de la zona propia de una crisis aguda o el mismo no perteneciera a la clase de comportamientos afectados por la perturbación. Para la exclusión del § 20 basta que se dé la capacidad de comprensión. Si, a pesar de las perturbaciones psíquicas en él concurrentes, el autor *advirtió efectivamente* lo injusto del hecho, no cabe plantear la aplicación del § 20, a no ser que le falte la capacidad de acción (BGH GA 1971, 366).

La incapacidad de comprender lo injusto del hecho, sin embargo, no sólo importa cuando procede de una perturbación psíquica. Según la regulación del error de prohibición prevista por el § 17, pág. 1 (cfr. *infra*, § 41 IIb), la exclusión de la culpabilidad debe tener lugar también cuando el autor no pudo tener conciencia de lo injusto por otras causas.[41] El § 20 conserva, no obstante, su importancia práctica incluso en la primera alternativa, en la medida en que apunta a perturbaciones psíquicas en las que el necesario influjo en la capacidad de comprensión resulta natural y debe estimarse presente como regla en los casos graves.[42] El precepto alcanza, así, el carácter de una *regla de prueba.*

Aun concurriendo la comprensión de lo injusto del hecho, la capacidad de culpabilidad debe negarse cuando el autor resultó incapaz de actuar con arreglo a aquel entendimiento (momento *voluntativo*) por causa de la perturbación psíquica, lo que sucede sobre todo en la

40 Sobre la necesidad de enjuiciar la estructura global de la personalidad, *Würtenberger*, JZ 1954, 211.

41 Cfr. *Dreher*, GA 1957, 97 y ss.; *Armin Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift, págs. 323 y ss.; *Schröder*, GA 1957, 297 y ss.

42 Niega, sin embargo, que el precepto posea significado autónomo *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 20 Anm. 27. Manifiesta reservas ante la doble regulación *Busse*, MDR 1971, 985.

embriaguez alcohólica, las psicopatías y las perturbaciones sexuales, puesto que en ellas, pese a la concurrencia de una clara conciencia de lo injusto en los casos excepcionales, hasta tal punto predominan los impulsos que conducen al hecho o pueden debilitarse los factores inhibidores, que aquéllos dejan de resultar dominables (BGH 1952, 353; 1964, 2.213).[43]

4. El enjuiciamiento de la capacidad de culpabilidad constituye una cuestión jurídica, cuya responsabilidad corresponde al juez (BGH 7, 238 [239]; 8, 113 [118]).[44] Mas, normalmente, la decisión sólo resulta posible al jurista con ayuda del perito (sobre el deber de oír a un sexólogo en caso de una anomalía sexual totalmente inusual BGH 23, 176 [192 y ss.]; cfr. también BGH GA 1971, 365). Primero el enjuiciamiento de la capacidad de culpabilidad constituía dominio exclusivo del psiquiatra. Más recientemente, en especial en orden al examen de perturbaciones psíquicas no morbosas, se reclama la concurrencia del psicólogo,[45] que, no obstante, no debería intervenir sin la presencia del psiquiatra, puesto que al no médico se le ocultan a menudo estados médicos que pueden concurrir en *todos* los supuestos psíquicos relevantes (cfr. también OLG Karlsruhe GA 1972, 316 [318]).

La posibilidad de dar respuesta a la cuestión de los efectos que despliega en la capacidad de comprensión y de acción del autor una perturbación psíquica constatada es negada por algunos psiquiatras,[46] por entender que supondría la necesidad de tomar posición acerca de la libertad de voluntad del autor. Mas, en realidad, a los efectos de la comprobación de los efectos psicológicos de la incapacidad de culpabilidad únicamente importa que el médico dictamine si la perturbación psíquica ha alcanzado tal *grado de importancia* que según los conocimientos de la ciencia pueda menoscabar profundamente la estructura de la personalidad del autor.[47] Por lo tanto, aquí no se requiere mas que una comprobación comparativa (cfr. *supra*, § 39 III 2).

43 En las aberraciones de cromosomas recientemente descubiertas se creyó haber encontrado la vía de solución del enigma de la criminalidad grave, mas la investigación de cromosomas no ha puesto de manifiesto hasta ahora que la anomalía XYY menoscabe la capacidad de conducción; cfr. *Pfeiffer*, Kriminologische Gegenwartsfragen, núm. 9, págs 119 y ss.

44 Así expresamente, *LK (Lange)*, § 51 Anm. 59; *SK (Rudolphi)*, § 20 Anm. 23.

45 Cfr. sobre esto, *Jescheck*, Gerichtliche Psychologie, págs. 208 y ss. Sobre las posibilidades que ofrece el peritaje desde el prisma del psicólogo, cfr. *Heiß*, Gerichtliche Psychologie, págs. 226 y ss.; *Thomae*, Schuldfähigkeit, págs. 391 y ss.; *Undeutsch*, Lange-Festschrift, págs. 714 y ss.; *Haddenbrock*, Strafrechtliche Handlungsfähigkeit und "Schuldfähigkeit", págs. 928 y ss.

46 Así, sobre todo, *K. Schneider*, Zurechnungsfähigkeit, págs. 17 y ss. y *Leferenz*, ZStW 70 (1958), pág. 35. Pero como el texto, *Rasch*, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, pág. 62; *Ehrhardt*, Schuldfähigkeit, págs. 241 y ss.; *W. Keller*, Menschliche Existenz, págs. 224 y s.; *v. Baeyer*, Der Nervenarzt 28 (1957), página 337; *Witter*, Die Beurteilung Erwachsener, pág. 993 y passim. La propuesta, *Schwarz/Wille*, NJW 1971, 1.064 que apunta a la "estructura condicional" entre el estado anormal y el hecho, conduce a facultades aún mayores.

47 Cfr. con más detalle *Bockelmann*, ZStW 75 (1963), pág. 381.

Si concurren o resulta dudosa la presencia (RG 21, 131 [135]) de los presupuestos del § 20, el autor resultará *impune* por falta de culpabilidad. Caso de aparecer la incapacidad de culpabilidad durante la ejecución del hecho (por ej., amnesia pasional en un homicidio a puñaladas) el autor seguirá, en cambio, siendo responsable de la consumación, puesto que únicamente se producirá una desviación inesencial del proceso causal (BGH 23, 133 [135]). Pero, si el autor deviene incapaz de culpabilidad antes de iniciar el hecho, no concurrirá una acción punible ni siquiera en el caso de que el hecho se ejecute con arreglo al plan concebido por aquél cuando todavía se encontraba en situación de capacidad de culpabilidad (BGH 23, 356 [358]). El Tribunal ha de ordenar el internamiento en un hospital psiquiátrico cuando a consecuencia de su estado quepa esperar la comisión por el autor de hechos antijurídicos graves y éste resulte por ello peligroso para la colectividad (§ 63 I; cfr. *infra*, § 77 II 2). Si la incapacidad de culpabilidad se pone de manifiesto con anterioridad a la apertura del juicio oral *(Hauptverfahren)* el internamiento puede imponerse en el seno del proceso asegurativo (§§ 413 y ss. StPO).

IV. Capacidad de culpabilidad disminuida

1. La introducción de la capacidad de culpabilidad disminuida en el año 1933 (§§ 51 II, 55 II anterior redacción) vino a responder a una antigua exigencia de importantes psiquiatras.[48] El § 21 contiene una regulación paralela a la del Derecho anterior que resulta importante en especial para un tratamiento adecuado a la culpabilidad de los grados menores de oligofrenia, así como de las psicopatías, neurosis y anomalías sexuales.[49] Los presupuestos biológicos de la capacidad de culpabilidad disminuida son los mismos que prevé el § 20. La *diferencia* reside en los *elementos psicológicos:* la capacidad de comprensión o de acción no resulta excluida a consecuencia de la perturbación psíquica, pero sí notablemente[50] disminuida.[51] No se

48 Así, especialmente, *Aschaffenburg*, RG-Festgabe, págs. 242 y ss. En contra, *Wilmanns*, Die verminderte Zurechnungsfähigkeit, págs. 249 y ss. Desde la perspectiva jurídica, *Hafter*, SchwZStr 66 (1951), págs. 12 y ss.

49 De acuerdo *Krümpelmann*, ZStW 88 (1976), pág. 39; *Ehrhardt/Villinger*, Psychiatrie der Gegenwart, t. III, págs. 213 y ss. Por el contrario, críticamente, *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 388; *LK (Lange)*, § 51 Anm. 77.

50 El § 21, en la medida en que concurra una capacidad de comprensión disminuida, será desplazado por la regulación del error de prohibición vencible (§ 17, inciso 2.°), pues en cuanto cabe reprochar al autor no haber advertido lo ilícito del hecho puede atenuarse la pena según las reglas del error de prohibición (cfr. *infra*, § 41, II 2a), aun cuanto hubiera podido advertir el injusto de forma relativamente fácil; cfr. sobre esto, *Dreher*, GA 1957, 99; *Schröder*, GA 1957, 301 y ss. Sin embargo, en favor de la subsistencia de una significación propia del precepto junto al § 17, inciso 2.°, es válido lo indicado *supra*, § 40 III 3 en relación al § 20.

51 Los tribunales destacan, con razón, que la debilidad de voluntad, los defectos de carácter y la disposición criminal *no* justifican por sí solos la aplica-

trata de una oscura categoría intermedia de "semi-inimputabilidad" introducida entre la responsabilidad jurídico-penal y la incapacidad de culpabilidad. La capacidad de culpabilidad disminuida constituye, por el contrario, una clase de capacidad de culpabilidad y se presenta por ello únicamente como una **causa de atenuación facultativa de la pena** por disminución de la culpabilidad (RG 68, 167). No parece justo que sujetos cuya capacidad de comprensión o de acción resulta fuertemente menoscabada por perturbaciones psíquicas sean tratados como plenamente sanos.[52] Si el autor, a pesar de la capacidad de comprensión disminuida ha advertido efectivamente lo ilícito del hecho, no resulta aplicable el § 21, a no ser que resulte igualmente aminorada su capacidad de acción (BGH 21, 27 [28] con nota de *Dreher*, JR 1966, 350 y *Schröder*, JZ 1966, 451).

2. La atenuación de la pena prevista por el § 21 implica la aplicación del marco penal especial del § 49 I. El juez *puede* atenuar la pena con arreglo a este precepto, pero ello no resulta necesario, porque la aminoración de la capacidad de culpabilidad puede resultar compensada por circunstancias que eleven la culpabilidad, por ejemplo, por la producción culpable de la perturbación psíquica (embriaguez) (OGH 2, 324 [327]; BGH 7, 28 [31]; BGH *Dallinger* MDR 1972, 16; OLG Karlsruhe 1972, 1.881; OLG Koblenz VRS 50, 24).[53] Si el hecho constituye un *delito militar*, contraviene el Derecho Internacional de guerra o se comete en el ejercicio de un cargo público, la pena *no puede*, según el § 7 WStG, atenuarse si concurre embriaguez provocada por el autor, ya que el alcohol encierra un peligro especialmente grave para la disciplina militar (RG 68, 167).[54] El internamiento en un hospital psiquiátrico cuando concurra peligrosidad en el autor para la colectividad, se prevé en el supuesto del § 21, al lado de la pena (§ 63 I). Mas el Tribunal no puede imponer en lugar del internamiento, por razones de seguridad, una pena privativa de libertad excesivamente alta que no corresponda al contenido de la culpabilidad (BGH 20, 264 [267]). Las razones de prevención especial a favor de una agravación de la pena únicamente pueden atenderse en el marco de la pena adecuada a la culpabilidad (OLG Karlsruhe MDR 1972, 881).

ción del § 21 (BGH *Dallinger*, MDR 1953, 147; BGH NJW 1958, 2.123; BGH 14, 30 [33]).

52 Cfr. *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 526; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 21 Anm. 1; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 72.

53 Cfr. sobre esto, ampliamente, *Bruns*, Strafzumessungsrecht, págs. 511 y ss.; *Dreher*, § 21 Anm. 6; *LK (Lange)*, § 51 Anm. 79 (antinomia de los fines de la pena). Por el contrario, *Baumann*, Allg. Teil, pág. 395; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 529; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 541; *SK (Rudolphi)*, § 21 Anm. 5; *H. Mayer*, Lehrbuch, pág. 240 ven en una sola posibilidad de atenuación una vulneración del principio de culpabilidad. En sentido crítico, también, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 21 Anm. 14 y ss. El A. E. había previsto en el § 22 la atenuación obligatoria de la pena.

54 Si la embriaguez conduce, no obstante, a la incapacidad de culpabilidad, es aplicable el § 20 y únicamente procede una punición con arreglo al § 330a; cfr. *Schölz*, § 7 WStG Anm. 3.

V. Derecho comparado

El nuevo *Derecho austríaco* sigue en su § 11 StGB al § 20 alemán.[55] La capacidad de culpabilidad disminuida opera como causa de atenuación de la pena según los §§ 34 núm. 1, y 35 del StGB austr. También *Suiza*[56] se halla próxima al Derecho alemán, pero en ese país los presupuestos biológicos de la incapacidad de culpabilidad (art. 10 StGB) se describen con distinto criterio que para la capacidad de culpabilidad disminuida. El *Code pénal francés* acoge en su art. 64 el método puramente biológico.[57] Por el contrario, las Jurisprudencias *inglesa* y *americana* aplican para la constatación de la "insanity" un método psicológico extremo limitado al momento intelectual ("right and wrong test" o "M'Naghten rule").[58] Pero en América el método psicológico se extiende al momento voluntativo por medio del "irresistible impulse test". Recientemente, en la "Durham rule" se apela incluso a un método puramente biológico.[59] El Derecho *italiano* contempla ante todo la enfermedad mental como caso de incapacidad de culpabilidad (art. 88 C. P.), pero en principio excluye los estados de la afectividad, las emociones y las pasiones (art. 90 C. P.). No obstante, los casos graves de psicopatías se incluyen bajo el concepto de enfermedad mental.[60] En *España* la enfermedad mental y el transtorno mental transitorio constituyen causas de exclusión de la culpabilidad (art. 8, núm. 1 C. P.).[61] *Holanda* prevé una disposición sobre desarrollo defectuoso y perturbación morbosa del "geestvermogens", que se aplica según el método mixto y se entiende como causa de exclusión de la culpabilidad (art. 37 W. v. S.).[62] El StGB de la *RDA* regula en los §§ 15 y 16 tanto la inimputabilidad como la imputabilidad disminuida de acuerdo con el método mixto, atendiendo a la capacidad de "decidirse de acuerdo con las reglas de la convivencia social". Los casos "de grave desarrollo anormal de la personalidad con valor de enfermedad" sólo se consideran en el sentido de la imputabilidad disminuida.[62a]

55 Cfr. *Bertel*, ÖJZ 1975, 622.

56 Cfr. *Schultz*, Einführung I, págs. 130 y ss. Una amplia exposición del Derecho suizo en *Heldmann*, Zurechnungsfähigkeit, págs. 10 y ss. Críticamente, sobre el Derecho suizo, *Binder*, Geisteskrankheit, págs. 161 y ss. La práctica se muestra extremadamente prudente en la estimación de incapacidad de culpabilidad por un estado pasional considerable, cfr. *Walder*, SchwZStr 81 (1965), páginas 53 y ss.

57 La práctica francesa llega, sin embargo, a resultados análogos a los de la alemana; cfr. *Merle/Vitu*, Traité, págs. 617 y ss., en especial, 623 y ss.

58 Cfr. *Goldstein*, Insanity, págs. 45 y ss.; *Heldmann*, Zurechnungsfähigkeit, págs. 87 y ss.

59 Cfr. *Goldstein*, Insanity, págs. 82 y ss.; *Honig*, Das amerikanische Strafrecht, págs. 83 y ss. y 90 y ss.; *J. Hall*, Principles, págs. 504 y ss. A favor de un test "psiquiátrico-social", *Helen Silving*, Essays, pág. 138.

60 Cfr. *Bettiol*, Diritto penale, págs. 415 y ss.; *Pagliaro*, Principi, págs. 608 y ss.; *Nuvolone*, Sistema, cfr. pág. 259 (Hypuose).

61 En casos graves se incluyen las psicopatías y las neurosis, cfr. *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal, págs. 518 y ss.; *Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo*, Artículo 8, núm. 1 III 2.

62 Cfr. *van Bemmelen*, Ons strafrecht, págs. 234 y ss.; así mismo la amplia exposición, también ius comparatista, de *D. Hazewinkel-Suringa*, Inleiding, páginas 234 y ss.

62a Cfr. sobre esto, *Lekschas/Renneberg*, Lehrbuch, págs. 346 y ss.

VI. La actio libera in causa

1. La cuestión de si el autor es capaz de culpabilidad o incapaz de ella se refiere al momento del hecho. Una excepción a este principio, no regulada por la ley,[63] pero admitida por el Derecho consuetudinario,[64] es la *actio libera in causa*. Se entiende por la misma un **comportamiento que el autor pone en marcha de forma responsable,** pero no desemboca en una acción típica hasta un determinado momento en que el sujeto ha perdido la capacidad de acción o la plena capacidad de culpabilidad.[65]

Ejemplos: El autor se coloca dolosamente en estado de embriaguez para poder cometer determinado hurto prescindiendo de sus inhibiciones (RG 73, 177 [182]). Alguien es citado como testigo y toma un psico-fármaco que debe mantenerle en un determinado falso testimonio, que él jura en estado de embriaguez ante el Tribunal.[66] Un conductor sigue conduciendo pese a los inequívocos signos de agotamiento y se duerme durante la marcha, atropellando a un niño (RG 60, 29). Un representante de comercio toma una sobredosis de Pervitín con objeto de mantenerse despejado pese a su gran stress. En estado de capacidad de culpabilidad disminuida se sienta al volante de su vehículo, a pesar de que no estaba en situación de conducirlo con seguridad (cfr. BayObLG NJW 1969, 1.583).[67]

En los casos mencionados, el hurto (§ 242) y el falso testimonio (§ 154) se han cometido en estado de incapacidad de culpabilidad (§ 20). El autor sólo puede ser castigado, por consiguiente (y no sólo por el § 330a), si se reputa suficiente con la puesta en marcha responsable del proceso de conducción *antes* del comienzo de la acción típica (*"actio praecedens"*). Cuando el conductor tuvo el accidente se encontraba en situación de incapacidad de acción por inconsciencia. Por tanto, sólo podrá castigársele por homicidio imprudente (§ 222)

63 Sobre las regulaciones legales existentes en el Derecho Penal extranjero, cfr. *Koch*, Die actio libera in causa, págs. 16, 43, 63.

64 *Hruschka*, JuS 1968, 559 y SchwZStr 90 (1974), págs. 62 y ss., destaca con razón que no se trata de una excepción aparente. Creen, por el contrario, que sí lo es *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 521 y *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 20 Anm. 33.

65 Así la definición de *Krause*, H. Mayer-Festschrift, pág. 315. Por el contrario, *Maurach*, JuS 1961, 376 incluye los casos de legítima defensa y estado de necesidad en el concepto de actio libera in causa (cfr. en contra *supra*, § 32 III 3a, nota 45). También así *Baumann*, Allg. Teil, págs. 304, 373 y ss. y *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 23. *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 386, que rechaza la extensión al ámbito de la capacidad de acción y quiere limitar la actio libera in causa a los casos de falta de capacidad de culpabilidad, defiende un concepción de la actio libera in causa más estricta que el texto. Le sigue *Hruschka*, SchwZStr 90 (1974), pág. 76.

66 Ejemplo de *Hruschka*, JuS 1968, 556.

67 Por el contrario, no concurre ningún supuesto de actio libera in causa, sino un problema de desviación del curso causal, cuando el autor pierde la capacidad de imputación durante la comisión del hecho (por ej., por un delirio homicida) (BGH 7, 325 [329]; 23, 133 [135]). Cfr. sobre esto, *Eser*, Strafrecht I núms. 16 A 22 y ss.

si se estima que concurre *culpabilidad* por imprudencia en la medida en que antes pudo advertir el cansancio y prever su comportamiento posterior. El representante de comercio no puede oponer el § 21 a la condena por embriaguez imprudente en el tráfico (§ 316 II) si se apunta a la previsibilidad subjetiva de la conducción en estado de embriaguez que concurría en el momento de la ingestión del Pervitín (OLG Koblenz MDR 1972, 622; VRS 46, 440).

2. La Jurisprudencia y la doctrina acepta desde hace tiempo este planteamiento.[68] La consiguiente **restricción del § 20** es, en verdad, difícilmente compatible con su tenor literal, pero resulta materialmente justificada porque el estado de incapacidad, o de disminución de ésta, en que se comete la acción típica se encuentra en una relación reprochable al autor con la *actio praecedens* plenamente responsable. La especie de relación es distinta en la *actio libera in causa* dolosa y en la imprudente. Una *actio libera in causa* **dolosa** concurre cuando el autor ha provocado dolosamente su incapacidad de culpabilidad (o capacidad de culpabilidad disminuida) (la incapacidad de acción desaparece en los delitos dolosos; cfr. *supra*, IV 2) y comete en este estado de forma dolosa aquella acción típica a la que iba dirigido su dolo ya en el momento de la *actio praecedens* (BGH 2, 14 [17]; 17, 259 [262]; 21, 381; VRS 23, 212 [213]; BayObLG NJW 1969, 1.583 [1.584 y ss]). El dolo debe, pues, dirigirse tanto a la producción del estado de incapacidad, o de disminución de ésta, como a la comisión de la propia acción típica.[69]

La opinión contraria[70] según la cual bastaría una producción imprudente del estado de incapacidad, o de disminución de ésta, desconoce que el dolo necesario para la punición *culpable* concurre únicamente cuando en el momento de la plena responsabilidad al menos ha empezado el *proceso de conducción* que prepara el hecho, ya que de otro modo solamente concurriría un dolo sin contenido de culpabilidad (en este sentido, BGH VRS 23, 212 [213], mientras que BGH 21, 381 guarda silencio sobre esta cuestión). La *actio praecedens* no representa aún tentativa del hecho punible.[71] La misma no se inicia hasta el momento en que ello deba tener lugar según las reglas generales (cfr. *infra*, § 49 VII 4). Sin embargo, la admisión de la *actio libera*

68 El fundador de la teoría de la actio libera in causa fue *Kleinschrod*, Systematische Entwicklung, págs. 25 y ss. y 106 y ss. Sobre la historia dogmática también *Hruschka*, SchwZStr 90 (1974), págs. 55 y ss.

69 En este sentido ya *Kleinschrod*, Systematische Entwicklung, pág. 26; también *H. Mayer*, Lehrbuch, pág. 243; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 20 Anm. 35; *Oehler*, JZ 1970, 380 y ss.; *LK (Lange)*, § 51 Anm. 73; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 544; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 386 y ss.; *SK (Rudolphi)*, § 20 Anm. 30.

70 Así *Cramer*, JZ 1968, 274 y ss.; *Hruschka*, JuS 1968, 558; *Maurach*, JuS 1961, 376; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 522; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 156; *Schwinghammer*, Actio libera in causa, pág. 37.

71 Esto lo desconoce la crítica de *Welp*, Vorangegangenes Tun, págs. 135 y siguientes.

in causa dolosa no implica vulneración alguna del principio de culpabilidad,[72] puesto que el autor emplea en todo caso su propia incapacidad de culpabilidad como medio para la ejecución de la acción típica. Se trata, en cambio, de una excepción a la regla de que la incapacidad de culpabilidad "en la comisión del hecho" conduce a la impunidad.[73] Sin duda, es incompatible con el principio de culpabilidad la teoría más amplia según la cual basta el dolo restringido a la acción típica que no se emplea como factor de conducción hasta después de la pérdida de la capacidad de culpabilidad. La *actio libera in causa* dolosa constituye un paralelo de la autoría mediata[74] (cfr. *infra*, § 62 II 4): el autor se utiliza a sí mismo hasta cierto punto como instrumento que actúa inculpablemente y debe castigársele, por consiguiente, por la comisión dolosa del hecho.

Una *actio libera in causa* **imprudente** debe estimarse cuando el autor produce dolosa o imprudentemente su incapacidad de acción o de inculpabilidad (o de capacidad de culpabilidad disminuida) pudiendo contar con que en tal estado realizaría el tipo de un determinado delito de imprudencia (RG 22, 413 [415]; BGH VRS 23, 213; OLG Celle VRS 25, 33; OLG Hamm NJW 1956, 274; OLG Köln NJW 1967, 306). La *actio libera in causa* imprudente no es en modo alguno una figura jurídica superflua,[75] si se reserva, como aquí sucede, para los casos en que la producción de la incapacidad de culpabilidad en cuanto tal no constituye ya una acción *típica* de imprudencia, pues en tales supuestos la *culpabilidad* por la imprudencia debe deducirse también de un comportamiento situado *antes* de la acción descuidada (quien se emborracha dolosa o imprudentemente sin pensar que ha de conducir luego, en el momento de beber no conduce todavía ningún vehículo por la vía pública, § 316 II). En otros casos, que con frecuencia se aducen como ejemplos de la *actio libera in causa* imprudente (por ej., la madre que ahoga al recién nacido durante el sueño por haberlo metido en su cama imprudentemente), concurre en todo caso un homicidio imprudente absolutamente corriente (§ 222).

VII. Tratamiento de la embriaguez en Derecho Penal

El Derecho Penal alemán prevé **principios relativamente rigurosos para el tratamiento de la embriaguez,** los cuales, no obstante, coinciden ampliamente con la conciencia jurídica. La embriaguez provocada no se toma en consideración normalmente en sentido atenuatorio (OGH 2, 325 [327]; BGH NJW 1953, 1.760; OLG Koblenz VRS 50, 24). En el Derecho Penal militar el § 7 WStG excluye la atenuación de la pena con carácter general en los casos de embriaguez provocada, si el hecho constituye un delito militar, contraviene el Derecho Internacional de guerra o se comete en el ejercicio del cargo. En el caso de la *actio libera in causa* se hace al autor responsable del hecho cometido en estado de embriaguez, aunque al tiempo del hecho fuera incapaz de culpabilidad o gozase de una capacidad de culpabilidad disminuida.[76] Finalmente, el § 330a sanciona con pena la *provocación culpable de la embriaguez plena*,[77] si el autor comete en este estado una acción que no pueda castigarse con arreglo al § 20.[78] El § 330a resulta aplicable en los casos en que no cabe prever la posterior comisión de una acción típica determinada. Según el BGH 10, 247 [250], por lo menos debe ser previsible al autor que durante la embriaguez pueda cometer "cualquier clase de excesos de naturaleza penal". Más correcta parece la opinión contraria, más amplia, que reputa punible por sí la plena embriaguez provocada y ve así en el § 330a un delito de peligro abstracto (cfr. BGH 16, 124 [125]; 20, 284; BayObLG JR 1975, 30).[79]

72 Pero así *Horn*, GA 1969, 306; antes ya *Katzenstein*, Actio libera in causa, págs. 54 y ss.

73 En el artículo 12 del StGB se prevé expresamente esta excepción: cfr. sobre esto *Hruschka*, SchwZStr 90 (1974), págs. 61 y ss.

74 Cfr. *v. Hippel*, t. II, pág. 296 Anm. 2; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 156.

75 Pero así, *Horn*, GA 1969, 289 y ss.

* * *

I. Concepto de capacidad de culpabilidad (imputabilidad)

1. El lector de habla española debe tener presente que la expresión "capacidad de culpabilidad" manejada por el texto no es de uso corriente en nuestra terminología, que se refiere al mismo concepto con el término "imputabilidad". Si, pese a ello, no se ha preferido esta última traducción ha sido por respetar la voluntad expresa del autor de no utilizar los términos alemanes (Zurechnungsfähigkeit *y* Zurechenbarkeit) *que literalmente equivalen a "imputabilidad", a pesar de que los mismos son también los más usales en la terminología alemana.*

2. Aunque, a diferencia del StGB alemán (§ 20), el CP español no alude a la esencia de la imputabilidad, es evidente que ésta coincide en nuestro país con la expuesta en el texto.[1]

76 Sobre la relación de la actio libera in causa y el § 330a, cfr. *Cramer*, Der Vollrauschtatbestand, págs. 129 y ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 330a Anm. 5 y ss.

77 Exagera el concepto de imprudencia en el § 330a, OLG Celle JZ 1971, 789; cfr. sobre esto, *Cramer*, JZ 1971, 766.

78 Sobre el Derecho extranjero, cfr. *Waaben/Schultz/Léauté*, Die Behandlung der Trunkenheit im Strafrecht, 1960; también *v. Weber*, Stock-Festschrift, páginas 65 y ss. Sobre el Derecho italiano, que excluye la embriaguez culpable de la regulación de la incapacidad de culpabilidad (art. 92 I C. P.), cfr. *Bettiol*, Diritto penale, págs. 419 y ss.; *Pagliaro*, Principi, págs. 609 y ss. También así el § 15, III StGB de la RDA. Tampoco en el Derecho inglés constituye la embriaguez culpable causa alguna de exclusión de la culpabilidad; cfr. *Smith/Hogan*, Criminal Law, págs. 155 y ss.

79 Cfr. sobre esto *Cramer*, Vollrauschtatbestand, pág. 93; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 330a Anm. 1, 11. La compatibilidad del § 330a (y del art. 263 StGB suizo) con el principio de culpabilidad se pone en duda, sin razón, por *Brandenberger*, Selbstverschuldete Zurechnungsunfähigkeit, págs. 84 y ss.

1 Cfr. *Córdoba*, Notas II pp. 94 s.; *Rodríguez Devesa*, PG p. 427; *Jiménez*

II. La minoría penal

En el CP actual, como en el de 1932, la mayoría de edad penal se fija en los 16 años. El Proyecto 1980 (art. 26, 3.°) propone una discutible rebaja de dicha edad a la de 15 años, inadmisible si no va acompañada de la creación de un Derecho penal juvenil *al estilo alemán. Queda en todo caso atrás el sistema acogido por nuestros Códigos anteriores, consistente como el alemán en la distinción de dos momentos, uno hasta el cual se presume* iuris et de iure *la inimputabilidad (en nuestro país era la edad de 9 años en los Códigos de 1848, 1870 y 1928) y que abre un período hasta un segundo momento, en el que la imputabilidad debe probarse (en los Códigos de 1848 y 1870 de los 9 a los 15 años, y en el de 1928 de los 9 a los 16).*[2] *Como fase intermedia subsiste solamente la que media entre los 16 y los 18 años, en la cual debe el juez elegir entre una pena especialmente atenuada (inferir en uno o dos grados), lo que constituye el supuesto absolutamente preferente en la práctica, o sustituirla "por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable", vía seguida en contadas ocasiones. Sobre esta segunda posibilidad, introducida ilegalmente en 1944 pese a no hallarse autorizada por la Ley de Bases de 19 julio 1944,*[3] *se ha interpretado que debe consistir en una medida de reforma de las que disponen los Tribunales Tutelares de Menores.*[4] *Éstos constituyen la jurisdicción competente para conocer de los hechos cometidos por los menores de 16 años, que actúa respecto de los mismos sin carácter represivo.*[5] *El Proyecto 1980 permite sustitución de la pena de prisión impuesta al mayor de 15 años y* menor de 21 *por una medida de seguridad especialmente prescrita por el Proyecto, consistente en el internamiento en un centro de rehabilitación social para jóvenes delincuentes por período indeterminado hasta conseguir su corrección aunque con el máximo de duración de diez años. Acordada la cesación del internamiento, el Tribunal podrá establecer la aplicación de otras medidas de seguridad que se indican (art. 148 Proyecto).*

III. Inimputabilidad motivada por perturbaciones psíquicas

1. El CP acude, a diferencia del StGB alemán, a un "método puramente biológico" *para la descripción de estas causas de inimputabilidad: sólo*

de Asúa, Tratado V (1963) p. 86. En cambio, *Antón Oneca,* PG p. 196 formula un concepto excesivamente amplio, al identificar la imputabilidad con la "capacidad de entender y de querer", pues la capacidad de querer es ya presupuesto de la *acción* misma y también los inimputables pueden "entender y querer", aunque sea en grado menor o forma anormales.

2 No obstante éste sigue siendo el criterio acogido por el CM vigente (artículo 185, 2.°).

3 Por esta razón esta medida se estima inaplicable por los Tribunales por *Casabó Ruiz,* Comentarios II pp. 29 y 294.

4 Así *Casabó Ruiz,* Comentarios II pp. 293 s.

5 Vid. *Jiménez Salinas,* Medidas aplicables al menor... Tesis doctoral inédita, Barcelona, 1978, pp. 48 ss., quien critica en particular que el menor pueda ser sometido a las medidas previstas por hechos meramente inmorales no constitutivos de delito ni falta: p. 68.

menciona la necesidad de enajenación, trastorno mental transitorio o sordomudez, sin requerir expresamente que tales situaciones determinen el efecto psicológico de inimputabilidad. Mas de hecho se entiende necesario este efecto psicológico por la estimación de las eximentes respectivas. Ello resulta una consecuencia prácticamente implícita a la esencia del trastorno mental transitorio y de la sordomudez desde la infancia acompañada de absoluta ausencia de instrucción, por lo que es indudable que estas causas de exención requieren el efecto de concreta inimputabilidad. Más discutible parece exigirlo para la eximente de enajenación, como más abajo veremos. El Proyecto 1980 reproduce la misma situación, salvo en cuanto prevé expresamente como eximente la embriaguez *etílica o por estupefacientes (art. 26, 2.°).*

2. ***El trastorno mental transitorio*** *previsto en el art. 8, 1.°, CP (art. 26, 1.° Proyecto 1980) se menciona, por primera vez, en el CP 1932. No definido por la Ley, el principal problema que plantea es el de si requiere una* base patológica. *La doctrina se halla dividida sobre el particular, mostrándose a favor de exigir dicho carácter la mayoría de psiquiatras y en contra la doctrina penalista dominante.*[6] *El TS insiste con frecuencia (no siempre) en la exigencia del fondo morboso (así S. 4 abril 1968), exigencia que distinguiría este supuesto de los estados emotivos o pasionales, a los cuales únicamente se concederían las atenuaciones previstas en el art. 9 CP (art. 27 Proyecto 1980). Más convincente parece la posición que niega la necesidad del carácter patológico del trastorno — como admite el texto —.* Psiquiátricamente *no cabe descartar la posibilidad de profundos trastornos no morbosos;* históricamente, *el origen de la fórmula relativa al trastorno mental, de 1932, delata inequívocamente no requerir la base patológica, pues en ese Código se mencionaba la enajenación como forma de trastorno mental transitorio;*[7] dogmática *y* político-criminalmente *es decisiva la consideración de que la exigencia de base patológica contradiría el principio de culpabilidad, pues faltando dicha base cabría castigar aunque se diese el efecto psicológico de inimputabilidad;* sistemáticamente, *la no previsión de internamiento para el trastorno se ha interpretado en el sentido de que la ley no espera que implique una personalidad anormal;*[8] literalmente, *el Código no exige el carácter patológico, sino sólo la realidad del trastorno, y ello no se contradice por el art. 9, 8.° CP (art. 27, 4.° Proyecto 1980), que no se refiere a un* trastorno mental transitorio *por motivos naturales, sino sólo a "arrebato u obcecación" naturales: el arrebato u obcecación es de menor intensidad que el trastorno mental transitorio y es por eso que* sólo *atenúa, y no porque sean naturales lo motivos que lo producen (al contrario, el carácter "natural" se exige por el art. 9, 8.° para excluir de la atenuación el arrebato u obcecación no comprensibles por el hombre medio, no porque con*

6 A favor los psiquiatras *Alberca, López Gómez, Codón* y *López Sáiz;* en contra los penalistas *Cuello Calón, Antón Oneca, Del Rosal, Pérez Vitoria, Córdoba:* cfr. *Córdoba Roda,* Comentarios I p. 218; *Pérez Vitoria,* El trastorno mental transitorio, en ADPCP 1952 pp. 35 ss. Sin embargo, entre los psiquiatras *López Ibor* se halla en contra de la necesidad del carácter patológico (El "trastorno mental transitorio" en el Código penal vigente, en Rev. Derecho Público, nov. 1935), y entre los penalistas *Rodríguez Devesa,* PG p. 576 la defiende.

7 Así *Antón Oneca,* PG pp. 298 s.

8 Este argumento y el anterior se formulan por *Córdoba Roda,* Comentarios I p. 219.

él sea menos *intenso el arrebato u obcecación, sino para garantizar que lo sea* más*).*

3. La ***enajenación*** *constituye el contenido más importante del art. 8, 1.° CP (art. 26, 1.° Proyecto 1980). Ya dije más arriba que la ley se limita a requerir la presencia de este elemento biológico, sin mencionar la necesidad de que determine un concreto efecto psicológico de inimputabilidad, lo que no obsta a que tanto la doctrina como la jurisprudencia consideren esto último necesario.*[9] *Sin embargo, no faltarían razones para defender la interpretación gramatical, que, aparte de resultar preferible con arreglo al principio de legalidad — la contraria condiciona la exención a un elemento no requerido por la ley —, conduciría al tratamiento específico más idóneo para todo enajenado y evitaría que enfermos de esta clase deban ingresar en prisión. Que el término "enajenado" alude a una característica del sujeto y no situacional, se confirma mediante la comparación con el trastorno mental transitorio y por el expreso calificativo de "enfermo" que el párrafo 2.° del art. 8, 1.° CP, refiere al enajenado.*

Aunque literalmente "enajenado" indica la situación de "aquél cuyos actos resultan ajenos, extraños" a su propia personalidad (López Ibor) *y alcanzaría únicamente a la* psicosis *o propias enfermedades mentales, es unánime la interpretación que incluye en el concepto las* oligofrenias. *Ello se basa en el origen histórico de la actual fórmula legal, que data de 1932. En el CP de 1870 se aludía expresamente al* imbécil *y al loco. Si en 1932* Sanchís Banús *propuso sustituir esta doble referencia por la de "enajenado" no fue para excluir las oligofrenias, sino para* ampliar *el alcance de la exención, dando cabida a las formas de oligofrenia distintas a la imbecilidad. El término "enajenado" pareció ser suficientemente amplio — en sentido amplio lo usaba ya* Silvela *— y carecer al propio tiempo de valor técnico específico tanto en Psiquiatría como en Derecho Penal.*[10] *No obstante, sería preferible distinguir en el futuro CP entre enfermedad mental y oligofrenia, cosa que lamentablemente no hace el Proyecto 1980.*

Las psicopatías, *las* neurosis *y las* perturbaciones sexuales, *que en Alemania se reconocen, aunque excepcionalmente, como posibles causas de exención, no se admiten como tales por nuestra jurisprudencia, lo que respecto de las piscopatías suele matizarse por los autores en el sentido de reducir la negativa a regla general que admite excepciones.*[11] *El Proyecto 1980 hubiera debido ampliar el ámbito de la eximente añadiendo una referencia, como en Alemania, a "otras anormalidades psíquicas graves". Por lo que afecta a la* epilepsia, *el TS aplica su interpretación biológico-*psicológica *de la eximente excluyendo ésta en los casos en que el autor no se halla bajo la influencia inmediata de un acceso epiléptico (intervalos lúcidos). Ver en particular la S. 25 nov. 1967, que no obstante no excluye la posibilidad de apreciar la eximente incompleta en los intervalos.*

9 Cfr. *Córdoba Roda,* Comentarios I pp. 207 ss.; 212 s.; *Rodríguez Devesa,* PG p. 573. También, aunque advirtiendo la presencia de argumentos en contra, *Antón Oneca,* PG p. 296.

10 Cfr. *Rodríguez Devesa,* PG p. 568; *Antón Oneca,* PG p. 294; *Córdoba Roda,* Comentarios I p. 213.

11 Cfr. *Córdoba Roda,* Comentarios I p. 214 s.; *Rodríguez Devesa,* PG página 565 nota 22, 569; *Antón Oneca,* PG pp. 295 s. menciona como excepción la S. 27 febr. 1936.

4. La ***sordomudez,*** *que en Alemania ha dejado de mencionarse expresamente en la nueva redacción del StGB por entenderse que cabe ya en la cláusula general de "otras anomalías psíquicas graves", se prevé como eximente en el art. 8, 3.° CP (26, 4.° Proyecto 1980). La ley requiere, de modo parecido, como antes hacía la doctrina y la jurisprudencia alemanas, que el sordomudo lo sea de nacimiento o desde la infancia y carezca en absoluto de instrucción. La doctrina española ha criticado que la fórmula exija la carencia* total *de instrucción — pues la presencia de una muy escasa instrucción puede no suprimir la inimputabilidad —,*[12] *que la carencia de instrucción determine automáticamente la exención — por entender que es posible adquirir el discernimiento sin "instrucción" en sentido estricto —*[13] *y que la ley se fije sólo en el aspecto* intelectual *de la imputabilidad y no requiera la capacidad de normal dirección.*[14] *No obstante, la jurisprudencia ha obviado en parte estos reparos entendiendo el concepto de "instrucción" no como "docencia escolar", sino como educación ética que permita distinguir el bien del mal y lo lícito de lo ilícito (así SS. TS 16 dic. 1955 y 17 nov. 1960).*[15] *Sigue en pie la posibilidad de que un escaso grado de formación ética no sea suficiente para que el sujeto pueda comprender lo injusto de su concreto hecho. (P. ej.: de un aborto.) En estos casos deberá acudirse a la teoría general del* error de prohibición, *pues sería absurdo que no alcanzase al sordomudo la exención que en dichos supuestos implica para toda persona el desconocimiento invencible de la antijuricidad.*

IV. El internamiento de inimputables

La estimación de una de las causas de inimputabilidad examinadas determina la exención de responsabilidad penal, pero generalmente no carece de consecuencias jurídicas, pues la ley prevé en tales casos medidas de internamiento adecuadas a los distintos supuestos: para enfermos mentales (art. 8, 1.° II CP) (art. 142 Proyecto 1980), para menores (art. 8, 2.° II CP) (art. 26, 3.° II Proyecto 1980) y para sordomudos (art. 8, 3.° II CP) (artículo 144 Proyecto 1980). En el caso de los menores la imposición de una medida depende de los Tribunales Tutelares de Menores, mas en los otros dos supuestos la actual redacción legal parece hacer imperativo *el internamiento. Ello, que resulta criticable porque no siempre el enajenado o el sordomudo serán especialmente* peligrosos *en el futuro, cree poderse evitar por algún autor apelando a la finalidad puramente* preventiva *del internamiento, que como medida de seguridad sólo está indicada cuando concurre peligrosidad efectiva en el sujeto.*[16] *Materialmente, este planteamiento es indiscutible, aunque ciertamente parece chocar con la letra de la ley. Personalmente entiendo, pese a esto, que la interpretación* correctiva *es absolutamente defendible a la vista de que es el Tribunal el que debe decidir el fin del internamiento (art. 8, 1.° II), aunque no fuera más que por evitar el*

12 Así *Antón Oneca,* PG p. 289.

13 Así *Cuello Calón,* PG pp. 528 s. *Rodríguez Muñoz,* Notas II p. 68 entiende también que "hubiera sido preferible tener en cuenta no solamente el estado de instrucción, sino, además, el estado moral y volitivo".

14 Así *Córdoba Roda,* Comentarios I p. 234.

15 En sentido paralelo *Rodríguez Devesa,* PG p. 589.

16 Así *Córdoba Roda,* Comentarios I

absurdo rodeo que podría conducir a los mismos resultados: que el Tribunal decretase el internamiento y a continuación su cesación. El Proyecto 1980 resuelve la cuestión estableciendo la posibilidad de que el Tribunal sustituya el internamiento por otras medidas (art. 142 II), aparte de la declaración general de su art. 131, según la cual "las medidas de seguridad establecidas en este Código y demás leyes penales no se podrán imponer a quienes hayan ejecutado un hecho previsto como delito, cuya comisión revele la peligrosidad criminal del autor".

En todo caso, no creo que proceda nunca esta medida de seguridad si además de la inimputabilidad concurre otra causa de exención penal: por supuesto si el hecho está justificado *(en cuyo caso no hay "delito"),*[16 bis] *pero tampoco si concurre una causa de inexigibilidad (así miedo insuperable). En ninguno de estos supuestos ha demostrado el inimputable haberse comportado más peligrosamente que cualquier otra persona, y* formalmente *no hay obstáculo en preferir la apreciación de las otras eximentes que no determinan medida de seguridad alguna.*

V. La imputabilidad disminuida

A diferencia del StGB alemán, en que se prevé un precepto especial para la imputabilidad disminuida (§ 21), en el CP español este supuesto constituye uno más de los que integran la regulación genérica del art. 9, 1.° (artículo 27, 1.° Proyecto 1980). En relación con el art. 66 (art. 81 Proyecto 1980) (salvo por lo que respecta a la minoría de edad, que, por depender de una edad exacta no puede darse parcialmente, aunque sí existe una atenuante específica (art. 9, 3.° CP; art. 27, 3.° Proyecto 1980) para los sujetos menores de 18 que conlleva parecidos efectos penales (art. 65 CP; art. 80 Proyecto 1980), véase pues, lo dicho supra *Adiciones de Derecho español al § 31.*

VI. La actio libera in causa

El art. 8, 1.° CP contiene una alusión especial a la problemática de la actio libera in causa *en relación con la situación de trastorno mental transitorio, que según aquel precepto sólo eximirá si no ha sido "buscado de propósito para delinquir". Esta fórmula plantea diversos problemas. En primer lugar, literalmente parece que basta para excluir la exención la preordenación para cometer* un *delito, aunque fuera distinto del cometido. Ello debe corregirse entendiendo el "delinquir" en concreta referencia al hecho realizado.*[17] *En segundo lugar, "delinquir" parece limitarse gramaticalmente a la comisión de "delitos"; no obstante, según confirma una interpretación histórica (en 1870 el art. 8 empezaba diciendo: "no delinquen..", pese a que sin duda alcanzaba a las faltas) y sistemática,*[18] *debe entenderse que tampoco será aplicable la exención cuando la* falta *cometida haya sido buscada de propósito. Mas el problema más arduo lo suscita la exigencia legal de que el trastorno haya sido buscado "de propósito". ¿Significa que eximirá completamente el trastorno si la comisión del delito obedece a una*

16 bis Cfr. *Mir Puig,* Delito y falta, ADPCP 1973, pp. 322 ss.
17 Así *Antón Oneca,* PG p. 302; *Córdoba Roda,* Comentarios I p. 221.
18 Cfr. *Mir Puig,* Reincidencia pp. 144 ss.

imprudencia *anterior o, incluso, a* dolo eventual? *Ésta es la interpretación que un sector doctrinal cree necesaria a la vista de la relación legal.*[19] *Claramente choca, sin embargo, con los lógicos principios de la* actio libera in causa, *que se oponen a dejar impune un hecho imprudente o hasta debido a dolo eventual. De ahí que algún autor considere necesario tener que excluir también la exención en estos casos.*[20] *Coincido en pensar que es inadmisible la impunidad en los supuestos contemplados. No es posible tratar estos casos con distinto criterio que aquellos en que alguien coloca* a otro *en una situación de inimputabilidad previendo o pudiendo prever que en la misma puede cometer un delito. Aquí es innegable que el responsable del trastorno debe responder por imprudencia o dolo eventual, pudiendo acudirse a la construcción de la* autoría mediata. *¿Cómo puede ser distinta y más favorable la solución cuando el que provoca el trastorno en las mismas condiciones es el mismo autor material? Cierto que la ley excluye sólo la operatividad de la eximente cuando el trastorno se busca "de propósito", pero ello no es incompatible con la punición de la imprudencia o dolo eventual anteriores: Cuando el trastorno se deba a estas causas ciertamente resultará exento el acto delictivo, posiblemente doloso, que tiene lugar bajo dicho trastorno, con lo que ya se respeta la letra de la ley, mas no por ello cabrá negar la* subsistencia *de una imprudencia o dolo eventual* anteriores *que, conectados causalmente con el resultado producido, realizarán hechos punibles según las reglas generales. El Proyecto 1980 resuelve esta cuestión condicionando la exención a que "no se haya provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiese previsto o podido prever su comisión" (art. 26, 1.° y en parecidos términos para la embriaguez art. 26, 2.°). Pero habrá que entender que la restricción añadida sólo remite a la imprudencia y cuándo ésta es punible.*

VII. Tratamiento de la embriaguez en Derecho penal español

En nuestro Derecho no existe una figura delictiva especial para la embriaguez como la prevista al § 330 a del StGB. Por el contrario, la concurrencia de dicho estado se toma en cuenta para atenuar *(art. 9, 2.° CP; artículo 27, 2.° Proyecto 1980) y, según la doctrina dominante, hasta para* excluir *la responsabilidad penal, siempre que no pueda acudirse a las reglas de la* actio libera in causa. *La virtualidad atenuatoria de la embriaguez se halla determinada expresamente por el art. 9, 2.° CP cuando no sea habitual (restricción que acertadamente suprime el Proyecto 1980) y no haya sido producida con propósito de delinquir. La posibilidad de que opere como eximente, aunque negada por algún autor,*[21] *se funda por la doctrina dominante en la necesidad de incluir la embriaguez* plena *entre los supuestos de trastorno mental transitorio (art. 8, 1.° CP), aparte de que la embriaguez letárgica excluiría la propia presencia de* acción *(art. 1, 1.° CP).*[22] *Se discrepa, en cambio, en torno a si debe eximir con arreglo al art. 8, 1.° CP toda embri-*

19 Así *Córdoba Roda,* Comentarios I pp. 422 s.; *Pérez Vitoria,* Trastorno mental p. 39.
20 Así *Antón Oneca,* PG p. 302.
21 Así *Rodríguez Devesa,* PG p. 579.
22 Sobre esto último *Córdoba Roda,* Comentarios I p. 414.

guez plena no provocada con intención de delinquir,[23] *o sólo cuando sea* **fortuita** *(esto es, aquella no imputable ni a intención ni a culpa del autor).*[24] *Personalmente creo que ante el actual silencio legal es forzoso solucionar el problema con el mismo criterio mantenido* supra *para el trastorno mental transitorio; esto es, según las reglas generales de la* actio libera in causa. *Lo mismo valdrá, lógicamente, cuando la embriaguez sea letárgica y excluya la acción. Esta solución es la acogida por el Proyecto 1980 (art. 26, 2.°), que regula en tales términos la embriaguez plena y la intoxicación aguda de otra naturaleza.*

§ *41 Conciencia de la antijuricidad y error de prohibición*

Baumann, Zur Teilbarkeit des Unrechtsbewußtseins, JZ 1961, 564; *el mismo*, Grenzfälle im Bereich des Verbotsirrtums, Festschrift für H. Welzel, 1974, página 533; *Binding*, Die Schuld im deutschen Strafrecht, 1919; *Bindokat*, Anmerkung zu BGH 15, 377, NJW 1961, 1.731; *Bockelmann*, Anmerkung zu OGH 3, 6, NJW 1950, 830; *Börker*, Ein Vorschlag zu der Rechtsprechung über die irrtümliche Annahme der tatbestandlichen Merkmale eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes, JR 1960, 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; *Dreher*, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 207; *Engisch*, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 70 (1958, pág. 566; *Foregger/Serini*, StGB, 1975; *Fukuda*, Das Problem des Irrtums über Rechtfertigungsgründe, JZ 1958, 143; *Germann*, Gehört das Unrechtsbewußtsein zur Strafbarkeit wegen eines vorsätzlichen Delikts? SchwZStr 68 (1953), pág. 371; *Hardwig*, Sachverhaltsirrtum und Pflichtirrtum, GA 1956, 369; *Hartung*, Zweifelsfragen des Verbotsirrtums, JZ 1955, 663; *Heitzer*, Ist der putative Rechtfertigungsgrund als Verbotsirrtum zu behandeln? NJW 1953, 210; *Herdegen*, Der Verbotsirrtum in der Rechtsprechung des BGH, en: 25 Jahre BGH, 1975, página 195; *Hirsch*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; *Horn*, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, 1969; *Hruschka*, Conscientia erronea und ignorantia bei Thomas von Aquin, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 115; *Jescheck*, Anmerkung zu BGH 10, 35, JZ 1957, 551; *el mismo*, Strafrecht im Wandel, ÖJZ 1971, 1; *el mismo*, Deutsche und österreichische Strafrechtsreform, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 365; *Armin Kaufmann*, Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung, JZ 1955, 37; *el mismo*, Der dolus eventualis im Deliktsaufbau, ZStW 70 (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; *el mismo*, Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, JZ 1954, 653; *el mismo*, Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, JZ 1956, 353; *el mismo*, Die Irrtumsregelung im E 1962, ZStW 76 (1964), pág. 543; *Kerscher*, Tatbestands- und Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht, etc., tesis München 1969; *Kiefner*, Die gegenwärtige Bedeutung der Maxime "Nul n'est censé ignorer la loi", Deutsche Landesreferate zum VII. Int. Kongreß f. Rechtsvergleichung 1967, pág. 87; *Kienapfel*, Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum ÖJZ 1976, 113; *Krümpelmann*, Stufen der Schuld beim Verbotsirrtum, GA 1968, 129; *Lange*, Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung, JZ 1953, 9; *el mismo*, Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, JZ 1956, 73; *el mismo*, Die Magna Charta der anständigen Leute, JZ 1956, 519; *el mismo*, Nur eine Ordnungswidrigkeit? JZ 1957, 233; *Langer*, Das Sonderverbrechen, 1972; *el mismo*, Vorsatztheorie und strafgesetzliche Irrtumsregelung, GA 1976, 193; *Lang-Hinrichsen*, Zur Problematik der Lehre von Tatbestands- und Verbotsirrtum, JR 1952, 184; *el mismo*, Tatbestandslehre und Verbotsirrtum, JR 1952, 302, 356; *el mismo*, Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des BGH, JZ 1953, 362; *el mismo*, Zur Frage der Schuld bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, GA 1957, 225; *el mismo*, Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, Verhandlungen des 43. DJT, t. I, 1960, pág. 5; *Lenckner*, Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 165; *Mangakis*, Das Unrechtsbewußtsein in der strafrechtlichen Schuldlehre nach deutschem und griechischem Recht, 1954; *Mezger*, Fiktion und Analogie beim sog. Verbotsirrtum, NJW 1961, 869; *Müller-Dietz*, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967; *Naka*, Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes, JZ 1961, 210; *Niese*, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951; *el mismo*, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, DRiZ 1953, 20; *Noll*, Das Unrechtsbewußtsein im schweiz. Strafrecht, Schweizer Beiträge zum IV. Int. Kongreß f. Rechtsvergleichung 1954, pág. 209; *el mismo*, Tatbestand und Rechtswidrigkeit, etc., ZStW 77 (1965), pág. 1; *Nowakowski*, Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz, ZStW 65 (1953), pág. 379; *el mismo*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, 19; *Oehler*, Die mit Strafe bedrohte tatvorsätzliche Handlung im Rahmen der Teilnahme, Berliner Festschrift zum 41. DJT, 1955, pág. 255; *Platzgummer*, Bewußtseinsform des Vorsatzes, 1964; *el mismo*, Die "Allgemeinen Bestimmungen" des Strafgesetzentwurfes, etc., JBl 1971, 236; *el mismo*, Vorsatz und Unrechtsbewußtsein, Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, t. I, 1974, página 49; *Roxin*, Die Irrtumsregelung des E 1960 und die strenge Schuldtheorie, MSchrKrim 1961, 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; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969; *Rudolphi*, Anmerkung zu KG vom 24-3-1977, JR 1977, 380; *Sax*, Kriminalpolitik und Strafrechtsreform, JZ 1957, 1; *el mismo*, Dogmatische Streifzüge durch den Entwurf, etcétera, 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, 196; *Schewe*, Bewußtsein und Vorsatz, 1967; *Schlegtendal*, Tatbestand, Vorsatz und Fahrlässigkeit bei den Ordnungswidrigkeiten, tesis Freiburg 1957; *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, 1.807; *Eb. Schmidt*, Anmerkung zu OLG Oldenburg vom 20-6-1950, SJZ 1950, 837; *Schröder*, Die Notstandsregelung des Entwurfs 1959 II, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 290; *Strauß*, Verbotsirrtum und Erkundigungspflicht, NJW 1969, 1.418; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; *el mismo*, Zur legislatorischen Behandlung des Verbotsirrtums im Ordnungswidrigkeiten- und Steuerstrafrecht, ZStW 81 (1969), pág. 869; *Warda*, Die Verbotsirrtumsregelung des § 31 WiStG etc., JR 1950, 546; *el mismo*, Tatbestandsbezogenes Unrechtsbewußtsein, NJW 1953, 1.052; *el mismo*, Zur gesetzlichen Regelung des vermeidbaren Verbotsirrtums, ZStW 71 (1959), pág. 252;

[23] En este sentido *Cuello Calón*, PG p. 503; *Pérez Vitoria*, Trastorno pp. 39 s.; *Córdoba Roda*, Comentarios I pp. 421 s.

[24] Así *Antón Oneca*, PG p. 312 argumentando en base a que así se exigía en el art. 8, 1.° del CP 1932, que mencionaba la embriaguez plena y fortuita, disposición que no se suprimió, entiendo, para alterar su contenido sino por considerarla innecesaria. Éste es el criterio seguido por la jurisprudencia del TS: Cfr. *Córdoba Roda*, Comentario I p. 420.

el mismo, Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewußtsein, Festschrift für H. Welzel, 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, 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, 142; *el mismo*, Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht, JZ 1956, 238; *el mismo*, Diskussionsbemerkung zum Thema "Die Irrtumsregelung im Entwurf", ZStW 76 (1964), pág. 619.

I. La conciencia de la antijuricidad como elemento de la culpabilidad

1. El reconocimiento de la conciencia de la antijuricidad como elemento de la culpabilidad por la fundamental sentencia del Gran Senado para asuntos penales de 18 marzo 1952 (BGH 2, 194 [201]) constituye un **hito que señala el inicio de una etapa en la historia moderna de la ciencia del Derecho Penal alemán.** Ciertamente, las consecuencias prácticas de este giro se mantienen dentro de ciertos límites, puesto que el error de prohibición evitable basta para el reproche de culpabilidad y la Jurisprudencia impone estrictas exigencias para la inevitabilidad, mas con la admisión del requisito de la conciencia de lo injusto para el reproche de culpabilidad se ha emprendido el camino para la plena realización del principio de culpabilidad (sobre los antecedentes históricos cfr. la edición anterior, páginas 228, 338).[1] El legislador ha concluido esta evolución mediante la introducción del § 17. El precepto permite inferir *a contrario sensu* que el conocimiento de lo injusto constituye un presupuesto del pleno reproche de culpabilidad. Lo que el precepto regula de forma positiva es el error de prohibición: si falta al autor la conciencia de lo injusto, actúa sin culpabilidad, si el desconocimiento le resulta inevitable (inciso primero). Caso de que el autor pudiera evitar el error, la pena debería atenuarse con arreglo al § 49 I (inciso segundo). La conciencia de lo injusto integra, así, el núcleo del reproche de culpabilidad, pues la decisión de cometer el hecho en pleno conocimiento de la norma jurídica que lo prohíbe, caracteriza de la forma más inequívoca la falta de actitud jurídica que grava al autor. La llamada al deber que emana de la norma jurídica hubiera debido repercutir de forma inmediata en la formación de la voluntad. Si, en lugar de ello, aquél se levanta conscientemente contra el Derecho, manifiesta una actitud hacia el Derecho contrapuesta a la del ciudadano consciente. Pero, aun cuando falte al autor el pleno conocimiento de lo injusto requerible para el reproche de culpabilidad y, en otras palabras, concurra un error de prohibición, cabe la formulación de un reproche de culpabilidad. Es lo que sucede cuando el error es

1 Cfr. *Schmidhäuser*, NJW 1975, 1.808; *v. Caemmerer*, BGH-Ansprachen, página 34.

evitable. Mas normalmente el error de prohibición evitable determinará la atenuación del reproche de culpabilidad.

2. Mientras que la conciencia de lo injusto se había reconocido ya con carácter general como elemento de la culpabilidad antes de la introducción del § 17, su posición en la estructura del concepto de culpabilidad resultó en un principio discutida. Para la **teoría del dolo,**[2] defendida por una minoría, la conciencia de lo injusto constituía, junto al conocer y querer los elementos del tipo, precisamente el núcleo del dolo *(dolus malus)*, de suerte que faltando la conciencia de lo injusto nunca podía imponerse la pena por dolo. Por el contrario, la **teoría de la culpabilidad,**[3] ya dominante con anterioridad, contempla la conciencia de la antijuricidad como elemento autónomo de la culpabilidad, con la consecuencia de que aun faltando el conocimiento de lo injusto, puede hallarse justificada la pena por dolo, si el error de prohibición era evitable.

El Derecho actual parte de la distinción de error de tipo (§ 16) y error de prohibición (§ 17).[4] La regulación del error de prohibición se basa en la teoría de la culpabilidad.[5] Así se desprende del hecho de que, según el § 17, inciso segundo, el error de prohibición evitable no afecta al dolo y únicamente conduce a la atenuación facultativa de la pena del delito doloso con arreglo al § 49 I.[5a] También descansa en la teoría de la culpabilidad la nueva regulación del error de prohibición en el Derecho Penal administrativo (§ 11 II OWiG).[6]

2 Así, por ejemplo, *Baumann*, Allg. Teil, 5.ª ed., págs. 420 y ss.; *Hardwig*, GA 1956, 575; *Langer*, Das Sonderverbrechen, págs. 356 y ss.; *Lang-Hinrichsen*, JR 1952, 184, 302, 356; *el mismo*, JZ 1953, 362; *el mismo*, DJT-Gutachten, páginas 102 y ss.; *LK (Mezger)*, 8.ª ed., § 59 Anm. 17 III; *Oehler*, Berliner Festschrift, pág. 259; *Schönke/Schröder*, 17.ª ed., § 59 Anm. 81 y ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, 1.ª ed., pág. 327.

3 Así, por ejemplo, *Bockelmann*, NJW 1950, 830; *Busch*, Moderne Wandlungen, pág. 9; *el mismo*, Mezger-Festschrift, pág. 168; *Graf zu Dohna*, Verbrechenslehre, pág. 51; *Kohlrausch/Lange*, § 59 II 2h; *Gallas*, Beiträge, pág. 56 nota 89; *Maurach*, Allg. Teil, 4.ª ed., págs. 468 y ss.; *Mezger/Blei*, Allg. Teil, 15.ª edición, págs. 207 y ss; *Niese*, Finalität, págs. 33 y ss.; *Schaffstein*, Göttinger Festschrift, págs. 175 y ss.; *Eb. Schmidt*, SJZ 1950, 837; *Dreher*, 34.ª ed., § 59 Anm. II E 3; *Warda*, JR 1950, 546 y ss.; *v. Weber*, Grundriß, pág. 122; *Welzel*, Lehrbuch, págs. 164 y ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, 1.ª ed., núm. 612; *Wessels*, Allg. Teil, 3.ª ed., págs. 70 y ss.

4 Sobre las dificultades que plantea la delimitación de error de tipo y de prohibición, que, por una parte, nacen de la presencia de elementos normativos y de valoración global del hecho y, por otra parte, derivan de la existencia de leyes penales en blanco, *Baumann*, Welzel-Festschrift, págs. 533 y ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 17 Anm. 10, con referencias jurisprudenciales (cfr. también *infra*, § 41 II 2d).

5 *Dreher*, Heinitz-Festschrift, pág. 211; *Lackner*, § 17 Anm. 1; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 17 Anm. 3; *SK (Rudolphi)*, § 17 Anm. 1; *Stree*, en: *Roxin* y otros, Einführung, pág. 50; *Tiedemann*, ZStW 81 (1969), pág. 869. También *Schmidhäuser*, NJW 1975, 1.810, que, sin embargo, cree que sólo realiza el principio de culpabilidad la teoría del dolo. Por el contrario, según *Langer*, GA 1976, 206 y ss., también el nuevo § 17 puede interpretarse con arreglo a la teoría del dolo.

5a Sobre la constitucionalidad de esta regulación cfr. BVerfGE 41, 121 (124 y ss.).

6 Cfr. *Göhler*, § 11 OWiG Anm. 3 A. Reservas en *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht Allg. Teil, págs. 212 y ss.

3. El Derecho actual también ha clarificado en lo fundamental el **contenido de la conciencia de lo injusto,** al señalar como objeto del conocimiento de la prohibición lo "injusto". Por el contrario, la cuestión del grado de precisión que requiere la conciencia de lo injusto se ha dejado sin respuesta por el legislador.

a) En todo caso, el **objeto de la conciencia de lo injusto** *no* es el conocimiento del precepto jurídico vulnerado ni la punibilidad del hecho (BGH 15, 377 [382 y ss.]). Basta, por el contrario, que el autor sepa que su comportamiento contradice las exigencias del orden comunitario y que, por consiguiente, se halla prohibido *jurídicamente.*[7] En otras palabras, es suficiente el *conocimiento de la antijuricidad material,* como "conocimiento al modo del profano" (BGH 10, 35 [41]), no bastando, por otra parte, la pura conciencia de la contravención de las costumbres para el conocimiento de lo injusto (BGH GA 1969, 61). Pero a menudo esta conciencia hará evitable el error de prohibición, ya que en tal caso el autor tendrá ocasión para reflexionar sobre la valoración jurídica de su acción.

Ejemplos: La mujer que toma conocimiento de un atraco planeado por su marido y nada hace para hacerle desistir de él, ni para evitar el hecho, desconocerá posiblemente el deber de denunciarlo (§ 138) o el mandato de impedirlo (§ 139 III), aunque no considere correcto su silencio (BGH 19, 255 [299]). El joven campesino que tiene relaciones sexuales con una mujer oligofrénica pero especialmente sensual, posiblemente no será consciente de la prohibición jurídica prevista por el § 179 I núm. 1 II, por mucho que pueda encontrar inmoral su acción (BGH JR 1954, 188).

Para el conocimiento de lo injusto basta la conciencia de que se vulnera una *norma jurídica formalmente válida,* ya que siendo así el autor sabe necesariamente que contraviene el Derecho vigente, aunque se halle convencido de la utilidad social de su comportamiento. El *delincuente por convicción* posee, así, la conciencia de lo injusto cuando sabe que la norma que infringe entró en vigor de forma constitucional (cfr. BGH 2, 194 [208]).[8]

Ejemplo: La transgresión del Reglamento de Policía sobre la prohibición de una consulta popular dirigida a oponerse a la remilitarización, tuvo lugar con conciencia de lo injusto aunque los autores creyesen que la evolución política de Alemania conducía al desastre y debía evitarse mediante

7 Cfr. *Arthur Kaufmann,* Unrechtsbewußtsein, págs. 154 y ss.; *el mismo,* ZStW 76 (1964), pág. 554; *Kohlrausch/Lange,* § 59 Anm. II 2h; *Lackner,* § 17 Anm. 2a; *LK (Schroeder),* § 59 Anm. 243 y ss.; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 17 Anm. 5 y ss.; *SK (Rudolphi),* § 17 Anm. 3 y ss.; *Welzel,* Lehrbuch, pág. 171; *Wessels,* Allg. Teil, pág. 74 Criticable BGH 11, 263 (266). *Rudolphi,* Unrechtsbewußtsein, págs. 59 y ss. requiere acertadamente el conocimiento de que la norma ético-social vulnerada ha encontrado reconocimiento *jurídico.*

8 También *Lackner,* § 17 Anm. 2a; *LK (Schroeder),* § 59 Anm. 249; *Rudolphi,* Unrechtsbewußtsein, págs. 188 y ss.; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 17 Anm. 6.

la apelación a la voluntad popular (BGH 4, 1 [3]; cfr. también BayObLG MDR 1966, 693 sobre deserción; LG Berlín y KG JZ 1976, 98 sobre unos daños de motivación política). (Cfr. además *supra,* § 37 II 3.)

b) La mayoría de las veces el autor será consciente, *con exactitud,* de la antijuricidad de su hecho. Esto resulta evidente en relación a hechos que todos saben que se hallan prohibidos por el Derecho (homicidio, hurto, falso testimonio, incendio). Pero basta que el autor —lo que sucederá sobre todo en el Derecho Penal especial — considere seriamente la antijuricidad de su comportamiento y se conforme con la posibilidad de vulnerar el Derecho **(conciencia eventual de lo injusto)** (BGH LM § 59, núm. 6; BGH JR 1952, 285; BGH 4, 1 [4]).[9] Un sector estima que cuando existen dudas sobre lo injusto (cfr. el caso OLG Bremen NJW 1960, 163) debe negarse el error de prohibición y, no obstante, concederse la atenuación de la pena con arreglo al § 49 I o incluso la completa exclusión de la responsabilidad penal.[10] Según la concepción que sirve de base a esta exposición, concurre pleno conocimiento de lo injusto con tal de que en caso de duda el autor se conforme con la vulneración del Derecho y, en otro caso, un error de prohibición que de ser evitable (sobre el deber de información, cfr. BGH 21, 18 [21]) conducirá a la atenuación facultativa de la pena prevista por el § 17, inciso segundo, y de ser inevitable a la exención plena según el inciso primero.[11]

c) En muchos casos la conciencia de lo injusto concurrirá *actualmente* en el hecho y estará claramente a la vista del autor. Éste será el caso de los delitos preparados con tiempo y ejecutados conforme a un plan. Mas es suficiente una **imagen de lo injusto presente en forma latente** únicamente en la *capa personal* (cfr. *supra,* § 37 III 3), aunque no se halle actualizada en el hecho mismo, lo que caracterizará con frecuencia a los delitos pasionales.[12]

9 Por el contrario, *Blei,* Allg. Teil, pág. 177; *Stratenwerth,* Allg. Teil I, número 581; *Warda,* Welzel-Festschrift, pág. 524 sólo admiten la conciencia de la antijuricidad en caso de *conocimiento* de la prohibición. Mas lo correcto cuando concurre una duda seria del autor es, como en el dolo eventual, preguntar si aquél se ha conformado con la infracción del derecho o ha confiado en actuar jurídicamente; también así *Dreher,* § 17 Anm. 5; *Lackner,* § 17 Anm. 2c; *LK (Schroeder),* § 59 Anm. 6; *Rudolphi,* Unrechtsbewußtsein, pág. 118; *Kienapfel,* ÖJZ 1976, 116.

10 Así *Blei,* Allg. Teil, pág. 177; *Armin Kaufmann,* ZStW 70 (1958), página 86; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 17 Anm. 7, 19; *SK (Rudolphi),* § 17 Anm. 13; *Warda,* Welzel-Festschrift, págs. 526 y ss.; *el mismo,* Lange-Festschrift, página 146.

11 Como el texto, *Lackner,* § 17 Anm. 2c.

12 Cfr. la distinción de conciencia de lo injusto "lingüístico-ideal" y "objetivo-ideal" *Schmidhäuser,* H. Mayer-Festschrift, pág. 331; Allg. Teil, págs. 424 y ss.; NJW 1975 1.811; también así *Rudolphi,* Unrechtsbewußtsein, pág. 166. En el mismo sentido, *Platzgummer,* Bewußtseinsform, págs. 83 y ss. habla de "coconciencia", y *Schewe,* Bewußtsein, págs. 135 y ss., y 147 y ss. de "estar-orientado". También aquí la doc. dom.; cfr. *Horn,* Verbotsirrtum, pág. 43; *LK (Schroeder),* § 59 Anm. 266; *Roxin,* ZStW 78 (1966), pág. 257; *SK (Rudolphi),* § 17 Anm. 14; *Kienapfel,* ÖJZ 1976, 115.

d) La conciencia de lo injusto debe aprehender el específico contenido de injusto de la correspondiente clase de delito, lo que supone el rechazo de la teoría del Derecho común del "*versari in re illicita*". Puesto que la conciencia de lo injusto ha de consistir en el conocimiento de la antijuricidad del hecho precisamente bajo el prisma jurídico del precepto penal vulnerado correspondiente, no sólo en el concurso real, sino también en el concurso ideal de delitos, la conciencia de lo injusto puede concurrir en parte y en parte faltar (principio de la **"divisibilidad de la conciencia de lo injusto")**.[13]

Ejemplos: El padrastro procedente de Yugoslavia que tiene relaciones sexuales con su hijastra menor de edad, posiblemente es consciente de la antijuricidad del hecho en cuanto acto deshonesto con una persona dependiente (§ 174 núm. 1 ant. red.) y adulterio (§ 172 ant. red.), pero posiblemente actúe con error de prohibición en relación al incesto impropio (§ 173 II 2 ant. red.), porque éste se desconoce en el Derecho yugoslavo (como, por otra parte, sucede ahora en Alemania) (BGH 10, 35 [39] con nota de *Jescheck*, JZ 1957, 551; en sentido distinto antes BGH 3, 342). Por lo mismo, un trabajador extranjero italiano podría ser castigado por yacer con una hija menor de 18 años, con arreglo al § 174 I núm. 3, y a la vez resultar impune respecto del § 173 I por error de prohibición, puesto que el art. 564 Código Penal italiano sólo castiga el incesto cuando ocasiona escándalo público.

4. En todos los casos en que la antijuricidad del hecho es evidente y el autor es adulto y plenamente capaz de culpabilidad, se presupone la concurrencia de la conciencia de lo injusto.[14] De ahí que las sentencias solamente deban referirse expresamente al problema cuando el acusado *alega* un error de prohibición (cfr. § 267 II StPO) o cuando concurran *fundadas dudas* acerca de su conciencia de lo injusto, por ejemplo, por ser aquél extranjero, o no pertenecer la norma infringida al núcleo del Derecho Penal criminal o resultar dudosa su interpretación, de modo que la conciencia del injusto no se deduzca sin más, o porque el autor pueda haber creído en la presencia de una causa de justificación (la correspondiente relación de regla-excepción se da en la incapacidad de culpabilidad, cfr. *sufra*, § 40 I 3).

II. El error sobre la norma prohibitiva (error de prohibición directo)

1. El error de prohibición es el error sobre la antijuricidad del hecho (cfr. sobre la diferencia respecto del error de tipo, *supra* § 29 V 1d).[15] En la fundamental sentencia antes citada del BGH se dice en este sentido: "El error sobre la antijuricidad afecta al estar prohibido de la acción típica. El autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente que está permitido" (BGH 2, 194 [197]). Pero error de prohibición no es sólo la creencia positiva de que el hecho está permitido, sino también, como en el error de tipo (cfr. *supra*, § 29 V 1a), la *falta de representación* de la valoración jurídica del hecho.[16] Para incluir también este frecuente caso, en el § 17 se dice expresamente: "si *falta* al autor en la comisión del hecho el *conocimiento* de que actúa antijurídicamente, obrará sin culpabilidad..." (cfr. BT-Drucksache V/4.095, pág. 9).

a) Deben distinguirse **dos supuestos fundamentales de error de prohibición.** Por una parte, puede suceder que el autor no conozca en cuanto tal la norma punitiva que se refiere directamente al hecho y que por ello tome por lícita la acción **(error de prohibición directo).** Este error puede obedecer a que el autor no conozca la norma prohibitiva o, aun conociéndola, la considere no vigente o la interprete equivocadamente y, por ello, la repute no aplicable. También constituye error de prohibición directo el que versa sobre un elemento de valoración global del hecho, en la medida en que no se halle en juego el supuesto de hecho, sino el juicio de valor referido a él (por ej., "reprobabilidad" de la relación medio-fin en el § 240 II) (cfr. *supra*, § 25 II 2). Por otra parte, existe la posibilidad de que el autor, conociendo perfectamente la prohibición en cuanto tal, crea en el caso concreto por error que concurre una norma justificante, por desconocer los límites jurídicos de una causa de justificación admitida o suponer a su favor una causa de justificación no acogida por el ordenamiento jurídico **(error de prohibición indirecto)**[17] (cfr. sobre el error de prohibición indirecto, *infra* § 41 III 1).

b) El error de prohibición puede ser vencible o invencible. El **error de prohibición invencible** no puede reprocharse al autor, pues quien no se encuentra en situación de advertir lo injusto del hecho no demuestra ninguna actitud censurable hacia el Derecho cuando lo vulnera. El error de prohibición invencible debe, así, disculpar siempre. En la actualidad lo prescribe expresamente el § 17, primer inciso. Por el contrario, en el error de prohibición *vencible* se suscita la cuestión de en qué medida y con qué fundamento puede formularse un reproche de culpabilidad. Sobre esto debe, en principio, decirse: el or-

13 Así la opinión general; cfr. *Engisch*, ZStW 70 (1958), págs. 569 y ss.; *Warda*, NJW 1953, 1.052; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 575; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, pág. 78; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 17 Anm. 9; *Welzel*, Lehrbuch, págs. 171 y ss.; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 74. También cuando el autor cree que su comportamiento es antijurídico en base a otra norma que en realidad no existe *(error de prohibición doble)*, le falta la conciencia de lo injusto, cfr. *SK (Rudolphi)*, § 17 Anm. 10.

14 Cfr. *Kohlrausch/Lange*, § 59 Anm. II 2h.

15 Cfr. *Busch*, Mezger-Festschrift, pág. 168.

16 Cfr. sobre esto BayObLG JR 1963, 229; *Armin Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift, págs. 319 y 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.

17 De acuerdo *Kienapfel*, ÖJZ 1976, 115; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, página 439; *Nowakowski*, JBl 1972, 30; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 84, 86. En el mismo sentido, *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 565 y ss. distinguen entre error de prohibición "abstracto" y "concreto". También así *Lackner*, § 17 Anm. 3.

denamiento jurídico exige no sólo al hombre que evite lo que ante sus ojos aparezca claramente como injusto; además debe esforzarse en actuar siempre en consonancia con el Derecho (BGH 2, 194 [201]). Un Estado basado en la libertad presupone que sus ciudadanos se guíen por la voluntad de actuar jurídicamente, aunque no siempre el conocimiento de la norma positiva pueda deducirse de un saber propio existente. Por ello, todas las opiniones coinciden, en su punto de partida, en que por sí sola la buena fe no siempre excluye el reproche de culpabilidad, sino que el hombre debe responder también en cierta medida de la *corrección objetiva* de sus decisiones, aunque no conozca la antijuricidad del hecho. Sin embargo, anteriormente se discutía la cuestión del **tratamiento del error de prohibición vencible.** Las discrepancias existentes entre las distintas concepciones sobre este problema han sido superadas (cfr. la edición anterior, páginas 342 y ss.), pues la polémica entre la teoría del dolo y sus variantes, por una parte, y la teoría de la culpabilidad, por otra, se ha zanjado por el § 17, segundo inciso, en favor de la teoría de la culpabilidad (cfr. *supra*, § 41 I 2).

2. El **error de prohibición vencible** constituye, según el § 17, segundo inciso, un elemento de la culpabilidad independiente del dolo, que determina la atenuación facultativa de la pena del delito doloso con arreglo al § 49 I.

a) La distinción de conciencia de lo injusto y dolo permite que el error de prohibición vencible pueda equipararse a la plena conciencia de la antijuricidad en cuanto a su contenido de culpabilidad.[18] Mas, en cuanto existe una diferencia material entre el actuar conscientemente contra el Derecho y su infracción inconsciente, siquiera producida por error vencible,[19] y la evitabilidad no sólo debe admitirse cuando es evidente la vulneración del Derecho (como sucede según el § 5 I WStG en la obediencia debida), la pena ha de poder atenuarse en el segundo caso. No obstante, la atenuación sólo es facultativa, porque existen casos en los que el error de prohibición vencible equivale en su contenido de culpabilidad al pleno conocimiento de la prohibición (ceguera jurídica, indiferencia frente al Derecho) (cfr. *supra*, § 41 II 2e).

b) Mientras que el tratamiento del error de prohibición vencible

18 Sobre la equiparación del error de prohibición vencible y la plena conciencia de la antijuricidad en Tomás de Aquino ("[ignorantia] semper excusat, nisi ipsa ignorantia sit peccattum"), cfr. *Hruschka*, Welzel-Festschrift, págs. 115 y ss. Que la base de esta equiparación no es la llamada ética de la responsabilidad (en contraposición a una ética de la actitud interna), lo pone de manifiesto *Schmidhäuser*, Gallas-Festschrift, pág. 87. Cfr. sobre esto *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 123.

19 Cfr. la observación del fundador de la teoría del dolo *Binding*, Die Schuld, pág. 18: "no cabe ni siquiera imaginar una contraposición más profunda en el seno de la imputabilidad jurídica y moral que la que existe entre la oposición consciente al Derecho y a la ley moral y la desatención inconsciente de aquél o de ésta".

se ha resuelto por el § 17, segundo inciso, en el sentido de que corresponde la imposición de la pena del delito doloso con la posibilidad de su atenuación facultativa, la polémica prosigue entorno a los **criterios relativos al enjuiciamiento de la evitabilidad del error de prohibición.**[20] El baremo para decidir la evitabilidad ha de ser el mismo que se maneja en la imprudencia en relación al deber de examen del autor (cfr. *infra*, § 45 I 2).[21] Debe partirse de la consideración de que el conocimiento de las circunstancias del hecho que proporcionan indicios sobre lo injusto debería constituir para el autor ocasión de comprobar la relación del hecho con el orden jurídico.[22] Sin duda, la intensidad de la incitación al examen de la antijuricidad que emana del conocimiento del tipo varía según la clase del delito. Cuando el hecho no constituya únicamente una infracción del Derecho, sino al mismo tiempo una vulneración insoportable del orden moral (*"ignorantia crassa"*),[23] el error de prohibición será evitable como regla, ya que la valoración jurídica surgirá inmediatamente del sentimiento jurídico y *será, así, reconocible esforzando la conciencia* (BGH 2, 194 [201]; cfr. *supra*, § 37 II 2). Pero, aun cuando la acción no manifieste una relación tan estrecha con el orden moral, del conocimiento del tipo se desprende el *deber de información*,[24] en la medida en que concurra un supuesto de hecho para el que existen, *según la experiencia, preceptos jurídicos*. Esto es válido, sobre todo, cuando se trata del ámbito profesional del autor (BGH 3, 105 [108]; 4, 80 [86]; 9, 164 [172]; 18, 192 [197]). Si el autor duda acerca de la vigencia de un precepto *por él conocido*, no le es lícito limitarse a seguir la concepción que le resulte más favorable (OLG Köln MDR 1954, 374), sino

20 Cfr. sobre esto, ampliamente, *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, págs. 217 y ss.; *SK (Rudolphi)*, § 17 Anm. 24 y ss.; *Horn*, Verbotsirrtum, págs. 99 y ss., únicamente admite la posibilidad de conocer el injusto cuando por lo menos el autor *considera posible* actuar antijurídicamente. Mas la evitabilidad del error de prohibición no puede entenderse desde una perspectiva puramente psicológica, sino que lo que importa es si cabe reprochar al autor su desconocimiento; cfr. *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 583; *el mismo*, ZStW 85 (1973), págs. 483 y ss.

21 Según BGH 4, 236 (243); 21, 18 (20); BGH VRS 14, 31; BayObLG NJW 1965, 163 (164) debe, por el contrario, acudirse a un baremo más riguroso. Muestran sus dudas, con razón, *Dreher*, § 17 Anm. 8; *Lackner*, § 17 Anm. 4a; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 17 Anm. 12; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núms. 587 y ss. Pero como el BGH *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 573.

22 Cfr. *Engisch*, ZStW 70 (1958), págs. 575 y ss.; *Naka*, JZ 1961, 210 habla en este punto de la "función de llamada" del dolo típico. En sentido distinto, sin embargo, *SK (Rudolphi)*, § 17 Anm. 31.

23 Destaca, con razón, que los criterios vigentes en orden a la evitabilidad del error de prohibición enlazan con antiguas ideas de justicia, *H. Mayer*, Grundriß, pág. 126; cfr. también *el mismo*, Lehrbuch, pág. 257. *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 584, la posibilidad de conocimiento de lo injusto en los casos de vulneración de "elementales normas ético-sociales".

24 Cfr. sobre esto *Müller-Dietz*, Grenzen des Schuldgedankens, págs. 85 y siguientes; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, págs. 222 y ss.; *Dreher*, § 17 Anm. 9; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 17 Anm. 16. Acertadamente *Strauß*, NJW 1969, 1.419 requiere que el autor haya obtenido una correcta información. También así *Schönke/Shröder/Cramer*, § 17 Anm. 20; *SK (Rudolphi)*, § 17 Anm. 42. En contra, BGH 21, 18 (21); BayObLG NJW 1965, 1.924 (1.926).

que debe procurarse el consejo del experto (BGH 5, 111 [119]). Únicamente le disculpará la información que sobre el Derecho obtenga de una fuente fiable (BGH 20, 342 [372]), en cuanto realmente haya tenido lugar un examen suficiente de la situación jurídica (KG JR 1977, 379 [380], con nota aprobatoria de *Rudolphi*). Son distintos los baremos que rigen para las normas preceptivas y para las prohibitivas: respecto de la norma prohibitiva la sola duda permite ya el reproche de culpabilidad, mientras que tratándose de normas preceptivas (las que imponen deberes de actuar) debe alcanzarse la frontera del conocimiento (SchlHOLG SchlHA 1962, 175). En conjunto, puede decirse que la Jurisprudencia impone exigencias notablemente elevadas a la conciencia normativa del autor. Éste debe "emplear todas sus potencias cognoscitivas intelectuales y todas sus representaciones ético-valorativas" para llegar a la decisión correcta (BGH 4, 1 [5]).

c) Los mismos principios expuestos para el enjuiciamiento de la evitabilidad del error de prohibición rigen, también, en el **Derecho Penal especial** y en el **Derecho Penal administrativo** (BGH 9, 358 [362]; 13, 135 [138]; 21, 18 [20 y ss.]). *No* existe la necesidad, pretendida por algunos,[25] de regresar en este ámbito a la teoría del dolo.[26] El § 17 rige también, según el art. 1 I EGStGB, en relación al Derecho Penal especial. También el § 11 II OWiG acoge la teoría de la culpabilidad. No es posible trazar una frontera clara entre el Derecho Penal común y el especial. Por lo demás, también es posible resolver correctamente los casos dudosos sobre la base de la teoría de la culpabilidad. Para la solución de las dificultades que en especial se presentan en este ámbito caben dos vías: *por una parte*, la interpretación puede poner de manifiesto que el legislador en algunos preceptos *quiso* restringir la aplicación del tipo doloso a los casos en que se conozca positivamente la prohibición.[27] En ocasiones ello se sigue directamente de la ley (así, en el § 32 III, núm. 1 MarktorganisationsG el dolo se refiere a un precepto que se oponga a la acción del autor). En especial, la falta de autorización oficial deberá entenderse a menudo como elemento del tipo (cfr. *supra*, § 33 VI 2). Asimismo, deberán apreciarse también como supuestos de restricción de la pena propia del delito doloso a los casos de concurrencia de conocimiento de la prohibición aquellos en que no es imaginable la imprudencia en el ámbito a que abarca el precepto, de modo que el tipo

25 En este sentido, *Lange*, JZ 1956, 79, 519; 1957, 233; *Lang-Hinrichsen*, GA 1957, 228; *Schlegtendal*, Ordnungswidrigkeiten, pág. 152; *Tiedemann*, ZStW 81 (1969), págs. 876 y ss.; *el mismo*, Wirtschaftsstrafrecht Allg. Teil, págs. 212 y ss., con referencias nota 22; también *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 423.

26 Cfr. *Welzel*, JZ 1956, 238; *Göhler*, § 11 OWiG Anm. 3 A; *LK (Schroeder)*, § 59 Anm. 52; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 20; *Kerscher*, Tatbestands- und Verbotsirrtum, pág. 175.

27 Cfr. *Welzel*, Lehrbuch, pág. 174. Sobre la libertad de criterio del legislador, *Sax*, ZStW 69 (1957), pág. 427; *el mismo*, JZ 1957, 6. También apunta en el sentido de la interpretación concreta del tipo *Tiedemann*, ZStW 81 (1969), página 879.

imprudente *sólo* pueda haberse previsto, para que tenga sentido, *para la imprudencia de Derecho.*[28] *Por otra parte*, recuérdese que en el terreno del Derecho Penal especial se *eleva* el nivel de exigencia del deber de información para quienes pertenecen a aquel sector de la vida a que alcanza la correspondiente regulación especial. Mas, si se vulnera este deber especial culpablemente, tampoco resulta injusta la pena atenuada del delito doloso.[29]

Ejemplos: Quien con fines lucrativos se ocupa del alquiler de viviendas, debería conocer la Wohnraumbewirtschaftungsges de 23-6-1960 (BGBl. I, página 418) (BGH NJW 1957, 129). Quien coloca lápidas mortuorias en cementerios debe informarse de si ello constituye materia propia de la profesión de picapedrero (OLG Karlsruhe Gewerbearchiv 1973, 302).

d) También los problemáticos **casos límite entre el error de tipo y el de prohibición** pueden resolverse satisfactoriamente con arreglo a los principios que presiden la distinción de ambos grupos de casos (cfr. *supra*, § 29 V 1b).[30]

Ejemplos: La antijuricidad de la ventaja patrimonial constituye en la extorsión (§ 253) un elemento del tipo y, por lo tanto, el error acerca del mismo constituirá error de tipo (BGH 4, 105 [107]). En la prevaricación del abogado (§ 356) éste debe servir a ambas partes "en contra de su deber" en un mismo asunto jurídico. El elemento de contrariedad al deber significa que el abogado actúa en favor de ambas partes pese a que concurre una contraposición de intereses. Si desconocía dicha contraposición, actuó en error de tipo, mientras que si, por el contrario, reputaba lícito aconsejar a ambas partes a pesar de la contraposición de intereses existente, debía estimarse error de prohibición (BGH 15, 332 [338]). Si en las coacciones el autor yerra sobre la "reprobabilidad" de la relación medio-fin (§ 240 II), concurre un error de prohibición, en tanto que, por el contrario, concurre error de tipo si aquél desconoce las circunstancias que sirven de base al juicio de reprobabilidad.[31] Quien al alejarse ilícitamente del lugar del accidente (§ 142) no sabe que ha participado en el mismo, actúa en error de tipo, mientras que el error sobre el deber de esperar y suministrar los datos necesarios constituiría error de prohibición (BGH 15, 1 [5]). Quien confía en la declaración del acompañante en el vehículo según la cual el lesionado renuncia a comprobaciones, actúa en error de tipo (incorrectamente OLG Stuttgart JZ 1959, 579). El error sobre el carácter público de una vía, en el sentido del § 1 StVG, constituye error de tipo (en distinto sentido, BayObLGSt. 1955, 256). Quien cree poder elegir por otro en vir-

28 Cfr. los ejemplos de *Lange*, JZ 1956, 74.

29 En distinto sentido, *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen, pág. 330, quien como *Horn*, Verbotsirrtum, pág. 106, requiere aquí la "efectiva duda" del autor acerca de la juridicidad de su comportamiento y no considera suficiente la pertenencia a un determinado círculo vital y profesional.

30 Cfr. *supra*, § 41 I, nota 4; también *Blei*, Allg. Teil, pág. 179 y ss. Sobre el Derecho Penal administrativo *Göhler*, § 11 OWiG Anm. 4, con referencias jurisprudenciales.

31 Cfr. *Schaffstein*, Göttinger Festschrift, págs. 195 y ss.

tud de plenos poderes actúa en el sentido del § 107a en error de prohibición (OLG Hamm NJW 1957, 638). Pertenece al tipo del delito de omisión impropia la posición de garante, de suerte que, por ejemplo, es suficiente para el dolo típico que el taxista sepa que ha conducido a la víctima al lugar de la violación, en cuyo supuesto el error sobre el deber jurídico de prestación de socorro que de ello emana sería error de prohibición (BGH 16, 155 [157 y siguientes]).

e) Si el autor podía evitar el error de prohibición, concurre el reproche de culpabilidad por el hecho cometido, pero el § 17, segundo inciso, prevé en este caso la **atenuación facultativa de la pena** según el § 49 I. El juez tiene, pues, que empezar por decidir si desea tomar la pena del marco penal rebajado. A la vista de la relevante diferencia de contenido de culpabilidad que existe entre la comisión del hecho con plena conciencia de lo injusto y el hecho cometido en error de prohibición vencible, debería hacerse uso *como regla* de la posibilidad de atenuación de la pena.[32] Por el contrario, no procede la atenuación cuando el error de prohibición obedece a ceguera jurídica, enemistad con el Derecho o ligereza grave (E 1962, Fundamentación, página 135; BT-Drucksache V/4.095, página 10).[33] En este caso ni siquiera está excluida la posibilidad de imponer en su máxima gravedad la pena prevista para el tipo doloso, puesto que la falta de conciencia de lo injusto puede resultar plenamente compensada por el desprecio del orden jurídico expresado por el hecho. Si el juez no hace uso del marco penal previsto por el § 49 I, debe introducirse en la motivación de la sentencia la alusión a que aquél era consciente de la posibilidad de atenuación (OLG Hamm VRS 10, 358).

III. El error sobre causas de justificación

1. También constituye error de prohibición la suposición errónea de una causa de justificación, si el autor yerra sobre la existencia o los límites de la proposición permisiva **(error de permisión)** (BGH 2, 194 [197]; 22, 223 [225]). En tal caso, el autor no desconoce el predicado de desvalor que implica el tipo, sino que yerra sobre la intervención de una proposición permisiva, mas en ambos casos concurre el dolo típico y el error se refiere únicamente al estar prohibido del hecho. Llamamos a este supuesto *error de prohibición indirecto,* porque el autor no cree aquí que el hecho sea lícito sin más, sino que desconoce la antijuricidad en el caso concreto mediante el rodeo que supone la suposición errónea de una proposición permisiva (cfr. *supra,* § 41 II 1a). Deben distinguirse **dos casos de error de prohibición indirecto:** el autor supone erróneamente la existencia de una causa de justificación no admitida por el ordenamiento jurídico (error sobre la existencia), o bien desconoce los límites jurídicos de una causa de justificación admitida (error sobre los límites). El tercer supuesto, en que el autor cree erróneamente que concurren aquellas circunstancias que, de darse, justificarían el hecho (error sobre el tipo de permisión) constituye un error *sui generis* (en distinto sentido en la ed. anterior, pág. 347) (cfr. *infra,* § 41 III 2).

32 Así *Dreher,* § 17 Anm. 12; *LK (Schroeder),* § 59 Anm. 293; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 17 Anm. 24; *SK (Rudolphi),* § 17 Anm. 48.

33 Cfr. *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, pág. 562; *Roxin,* ZStW 76 (1964), página 605; *Warda,* ZStW 71 (1959), pág. 262.

Ejemplos: El médico cree poder operar sin consentimiento del paciente en virtud de un derecho al ejercicio de la profesión médica que él presume. Él mismo considera suficiente un consentimiento prestado sin la necesaria información (BGH 12, 379 [382]). Dicho médico yerra sobre la presencia del consentimiento.

Los dos primeros casos se contemplan generalmente como propios de error de prohibición (error de permisión) y, por ello, se tratan como el error de prohibición directo.[34] Como en éste, la actitud del autor frente al Derecho contradice las exigencias del orden jurídico, y en cuanto al contenido de culpabilidad es por lo menos el mismo que supone el error de prohibición directo, pues el autor sabe aquí, incluso, que su actuación se halla en principio prohibida. La cuestión de la evitabilidad debe enjuiciarse con arreglo a los mismos criterios que en el error de prohibición directo (cfr. *supra,* § 41 II 2b).

Ejemplos: El funcionario que estima permitida por el Derecho consuetudinario la aceptación de un valioso regalo de Navidad procedente de parte interesada, se encuentra en error de prohibición sobre una causa de justificación no admitida por el Derecho y resulta punible según los §§ 331, 17 inciso segundo (incorrectamente OLG Neustadt NJW 1963, 1.633). Quien en plena calle toma con violencia al deudor moroso el dinero que éste le debe, actúa con error de prohibición sobre los límites del derecho al autoauxilio (BGH 17, 87 [89 y ss.]), a no ser que crea tener derecho precisamente a *este* dinero (error de tipo sobre la "antijuricidad" de la apropiación). El soldado que advierte la finalidad criminal de una orden y no obstante se cree vinculado por ella ("una orden es una orden") actúa en error de prohibición relativo a una causa de justificación no reconocida (BGH 22, 223 [225]). (Cfr. también los casos BGH 3, 271 [274]; 357 [365]; BGH *Dallinger* MDR 1975, 723 y ss.)

2. Los problemas empiezan con el *error sobre circunstancias que, de concurrir, darían lugar a una causa de justificación reconocida* (error de tipo permisivo). Se trata de un error *sui generis* situado

34 Cfr. *Dreher,* Heinitz-Festschrift, pág. 212; *Eser,* Strafrecht I, núm. 14 A 11; *Lackner,* § 17 Anm. 5d aa; *LK (Schroeder),* § 59 Anm. 254 y ss.; *Engisch,* ZStW 70 (1958), págs. 599 y ss.; *Arthur Kaufmann,* ZStW 76 (1964), pág. 563; *Gallas,* Niederschriften, t. II, pág. 42; *Schaffstein,* Göttinger Festschrift, página 182; *Wessels,* Allg. Teil, pág. 83; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 17 Anm. 10.

entre el error de tipo y el error de prohibición indirecto.[35] La analogía con el error de tipo radica en su *estructura:* también el error de tipo permisivo se refiere a los elementos (normativos y descriptivos) de una proposición jurídica. La similitud con el error de prohibición indirecto reside en su *consecuencia:* el conocimiento del tipo no resulta afectado y la función de llamada de éste puede, así, desplegarse plenamente; el error determina solamente que el autor crea que la norma prohibitiva retrocede excepcionalmente ante una proposición permisiva. Existen distintos caminos a seguir en el tratamiento de esta clase de error. La cuestión no ha sido resuelta en el nuevo Derecho, pese a que tanto el E 1962, en su § 20 (error *sui generis*), como el AE, en el § 19 II (error de tipo), propusieron soluciones y a que el nuevo StGB austríaco ofrece en su § 8 (como el § 20 E 1962) una regulación al respecto.[36]

a) La **teoría de los elementos negativos del tipo** (cfr. *supra*, § 25 III) trata las causas de justificación como integrantes del tipo y, consiguientemente, sus presupuestos como elementos negativos del tipo, aplicando, así, directamente el § 16 al error de tipo permisivo, con la consecuencia de que el error vencible sólo puede ser castigado con arreglo al tipo imprudente, en la medida en que éste exista (§ 16 I 2).[37] *En contra de esta teoría* concurren, además de las consideraciones sistemáticas indicadas *supra*, § 25 III 2a, las siguientes razones que se desprenden de la problemática del error: si los elementos de justificación fuesen elementos negativos del tipo, el dolo debería referirse también a su ausencia.[38] En la gran mayoría de los casos el autor no piensa en ello, ni siquiera en el sentido de una vaga "conciencia concomitante" *("Mitbewusstsein").*[39] Tampoco puede decirse que mediante la conciencia de la justificación desaparezca ya el desvalor de la acción propio del hecho doloso,[40] ya que el mismo no desaparece en cuanto el autor cree subjetivamente actuar con arreglo a Derecho, sino sólo cuando concuerdan la conciencia de la justificación y la situación justificativa.[41] El hecho cometido bajo la suposición errónea de una causa de justificación sigue, pues, siendo un hecho *doloso.*[42] La especificidad de este supuesto radica, precisamente, en que persiste la función de llamada del tipo.

b) La **teoría estricta de la culpabilidad** trata el error evitable sobre las circunstancias fácticas de una causa de justificación admitida con arreglo a las normas imperantes sobre el error de prohibición, esto es, acudiendo al correspondiente delito doloso con la posibilidad de atenuación,[43] lo que, sin embargo, conduce a veces a resultados incompatibles con el sentimiento jurídico.[44]

Ejemplos: El soldado que por una confusión imprudente dispara sobre un camarada al que toma por un enemigo, debería ser castigado por homicidio (§ 212). El paseante que al defenderse de un ladrón le causa la pérdida de un ojo, pese a que hubiera podido advertir que acudía ya un funcionario de policía en su ayuda, debería castigarse con la pena correspondiente a las lesiones graves (§ 224).

c) La doctrina mayoritaria[45] y un sector de la Jurisprudencia (BGH 3, 194 [196]; 357 [359]; BGH GA 1969, 117 [118]; BayObLG NJW 1955, 1.848) siguen una vía intermedia que conduce a un resultado análogo al propuesto por la teoría de los elementos negativos del tipo, pero con distinta fundamentación **(teoría restringida de la culpabilidad).** El error evitable sobre los presupuestos de una causa de justificación no se considera error de tipo, pero al mismo se aplica el § 16, por reputarse decisiva la analogía de estructura respecto del propio error de tipo. Lo injusto del hecho doloso resulta, así, excluido, con lo que desaparece también la posibilidad de participación (§§ 26, 27).

d) La teoría correcta es, por el contrario, la que, con aceptación creciente, entiende que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación reconocida únicamente puede subsumirse en el § 16 en cuanto a su consecuencia jurídica, de modo que el autor, aunque

35 Así *Dreher*, § 16 Anm. 27; *el mismo*, Heinitz-Festschrift, pág. 223; *Herdegen*, BGH-Festschrift, pág. 208; *Lackner*, § 17 Anm. 5b; *Krümpelmann*, GA 1968, 129 y ss.; *Preisendanz*, § 16 Anm. 3e; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 85.

36 El legislador quería dejar a la Jurisprudencia y la doctrina la cuestión de si "se trata de un error de tipo, de prohibición o sui generis" (BT-Drucksache V/4.095, pág. 9; Protokolle V, págs. 1.739 y ss., 1.781). En sentido crítico sobre esto, *Roxin*, Einführung, págs. 13 y ss.; *Dreher*, Heinitz-Festschrift, página 227; *Jescheck*, Lange-Festschrift, pág. 372; *LK (Schroeder)*, § 59 Anm. 63.

37 Así *Baumann*, Allg. Teil, págs. 450 y ss.; *Blei*, Allg. Teil, pág. 115; *Arthur Kaufmann*, JZ 1954, 653; *el mismo*, JZ 1956, 353; *el mismo*, ZStW 76 (1964), págs. 564 y ss.; *Lang-Hinrichsen*, JZ 1953, 362; *Kohlrausch/Lange*, § 59 Anm. V 1; *Roxin*, ZStW 76 (1964), pág. 599. También algunos defensores de la teoría de la culpabilidad se han adherido a esta solución: así *Busch*, Mezger-Festschrift, págs. 180 y ss.; *Schaffstein*, MDR 1951, 199; *SK (Rudolphi)*, § 16 Anm. 10; *v. Weber*, JZ 1951, 260; *el mismo*, Mezger-Festschrift, pág. 183. También, en parte, las jurispr.: RG 6, 405 (408); 21, 189 (191); 54, 196 (199); 72, 300 (302); BGH 3, 105 (106 y ss.); 17, 87 (91); BGH *Dallinger* MDR 1975, 365.

38 Así, con razón, *Armin Kaufmann*, JZ 1955, 38.

39 De otra opinión *Arthur Kaufmann*, JZ 1956, 357; *Roxin*, MSchrKrim 1961, 213.

40 Así *Schaffstein*, MDR 1951, 199; *v. Weber*, JZ 1951, 262; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 499.

41 Cfr. *Hirsch*, Negative Tatbestandsmerkmale, pág. 246, nota 75.

42 Sobre la significación práctica del dolo subsistente, cfr. el caso OLG Köln NJW 1962, 686 (inducir a la vulneración del secreto profesional a un médico que se consideraba erróneamente autorizado para ello por el consentimiento del paciente); el inductor fue absuelto, pese al merecimiento de pena del hecho, por falta de dolo en el autor principal. *SK (Rudolphi)*, § 16 Anm. 13 pretende mantener, sin embargo, el dolo, lo que efectivamente constituye la contradicción denunciada por *Schmidhäuser*, NJW 1975, 1.809.

43 Así *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 120; *Fukuda*, JZ 1958, 143; *Heitzer*, NJW 1953, 210; *Hirsch*, Negative Tatbestandsmerkmale, págs. 314 y ss.; *Armin Kaufmann*, JZ 1955, 37; *Niese*, DRiZ 1953, 20; *Welzel*, ZStW 67 (1955), págs. 208 y ss.; *el mismo*, Lehrbuch, págs. 164 y ss.

44 Cfr. *Börker*, JR 1960, 168; *Engisch*, ZStW 70 (1958), págs. 585 y ss.; *Kohlrausch/Lange*, § 59 Anm. V 1; *Dreher*, § 16 Anm. 24.

45 Cfr. *Börker*, JR 1960, 168; *Eser*, Strafrecht, I, núm. 14 A 16 y ss.; *Engisch*, ZStW 70 (1958), págs. 583 y ss.; *Gallas*, Beiträge, pág. 56, nota 89; *LK (Schroeder)*, § 59 Anm. 59; *Kohlrausch/Lange*, § 59 Anm. V 1; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 567; *Noll*, ZStW 77 (1965), pág. 8; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, página 418; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 498; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 16 Anm. 14.

ha realizado un delito doloso, sólo puede ser castigado por imprudencia **(teoría de la culpabilidad que remite a la consecuencia jurídica)**.[46] La razón del privilegio que ello supone para el error de tipo permisivo en comparación con los casos de error de prohibición indirecto, reside, por una parte, en la disminución (no supresión) del desvalor de la acción. La misma se sigue de que el autor cree actuar justificadamente, creencia que en este caso se halla referida a una causa de justificación admitida (el autor cree actuar jurídicamente en el sentido del Derecho vigente).[47] Por otra parte, también el contenido de culpabilidad propio del hecho se reduce claramente: la motivación que ha conducido a la formación del dolo no se basa en una falta de actitud jurídica, sino en un examen descuidado de la situación. Si el autor cree equivocadamente que concurren los presupuestos de una causa de justificación reconocida, falta el apartamiento respecto de las representaciones valorativas de la comunidad jurídica característica del delito doloso. La punición con arreglo al tipo doloso no aparece justificada, porque el dolo se ha formado de forma significativamente distinta a como tiene lugar en los supuestos típicos de culpabilidad dolosa.[48] Sin duda, existe también una diferencia material frente al error de tipo: el autor conoce el tipo y la función de llamada del dolo típico puede, así, desplegarse plenamente, por lo que en sí también resultaría justificado un tratamiento más riguroso. Pero el reproche que debe dirigirse al autor afecta solamente a su falta de atención y ello corresponde, en cuanto al contenido de culpabilidad, a un reproche de imprudencia. En todo caso, podrían manifestarse reservas basadas en la impunidad que seguirá cuando falte el tipo de imprudencia.[49] Mas en tal caso habrá que contentarse con el resarcimiento del daño previsto por el Derecho Civil (cfr. sobre el error relativo a los presupuestos del § 127 I StPO, *supra*, § 35 IV 2 a.E.).

46 Así *Dreher*, § 16 Anm. 27; *el mismo*, Heinitz-Festschrift, págs. 223 y ss.; *Herdegen*, BGH-Festschrift, pág. 208; *Krümpelmann*, GA 1968, 142 y ss.; *Lackner*, § 17 Anm. 5b; *Preisendanz*, § 16 Anm. 3e; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 85. La objeción de la ficción de imprudencia (así *Hirsch*, Negative Tatbestandsmerkmale, pág. 205; *Welzel*, ZStW 67 [1955], pág. 215) no es correcta, ya que sólo se utiliza la conminación penal del tipo imprudente.

47 *Nowakowski*, JBl 1972, 30 quiere en este punto negar el valor que el dolo posee para la acción. La misma perspectiva le conduce a aplicar, en caso de concurrencia de una causa de justificación no advertida por el autor, reglas de la tentativa no sólo análogamente, sino directamente (pág. 28) (cfr. *supra*, § 31 IV 2).

48 Así *Dreher*, Heinitz-Festschrift, págs. 224 y ss.; *Wessels*, Allg. Teil, página 85; *Platzgummer*, JBl 1971, 239. Cfr. también BGH 3, 105 (107): "El autor que actúa con error sobre el verdadero supuesto de hecho es, por el contrario, *en sí fiel al derecho*". El reproche de contradicción (así *Schmidhäuser*, NJW 1975, 1.809, nota 13) se halla injustificado porque el *injusto* doloso y la *culpabilidad* dolosa son conceptos distintos.

49 *Dreher*, Heinitz-Festschrift, pág. 227 propone demasiado ampliamente un especial precepto para la imprudencia.

El error de tipo permisivo puede referirse, al igual que el error de tipo, a elementos descriptivos y normativos de la causa de justificación. La diferencia entre error de hecho y de derecho tampoco puede reaparecer en esta sede.[50] Los *criterios para el enjuiciamiento de la evitabilidad* se derivan; por una parte, de la consideración de que el autor posee el pleno conocimiento del tipo y, por tanto, se halla obligado a un examen especialmente cuidadoso de la situación de justificación por él supuesta. Debe tenerse en cuenta que el examen puede resultar dificultado por la amenaza de un peligro (por ej., en la legítima defensa putativa o en el consentimiento putativo en una intervención quirúrgica). Por otra parte, en el enjuiciamiento de la evitabilidad importa el dato de si el error se refiere a hechos o a conceptos jurídicos de la proposición permisiva, pues si es usual confiar en los sentidos, siempre es necesario actuar con precaución al juzgar el ámbito normativo. Según estos principios encuentran solución también los casos límite que han presentado dificultades a la Jurisprudencia.

Ejemplos: Si el maestro ha supuesto equivocadamente que el alumno había cometido una falta que merecía corrección, concurre error sobre el tipo de permisión; si, por el contrario, aquél se ha excedido en el Derecho de corrección a causa de una errónea representación relativa a su especie y entidad, se da únicamente un error de prohibición sobre los límites (BGH 3, 105 [106, 110]). Si el agredido traspasa los límites de la defensa necesaria por un error sobre la intensidad del ataque, se encuentra en error sobre el tipo permisivo (BGH 3, 194 [196]); si, en cambio, desconoce las restricciones que la Jurisprudencia ha impuesto en orden a la adecuación de la acción defensiva (por ej., BGH NJW 1962, 308; BayObLG NJW 1965, 163), concurre un error de prohibición indirecto. El error sobre la antijuricidad de la acción afecta al tipo permisivo (incorrectamente RG 72, 300 [302]). El error sobre la contrariedad del hecho a las buenas costumbres en las lesiones (§ 226a) se refiere a un "elemento de valoración global del hecho" (cfr. *supra*, § 25 II 2); el error sobre la base de la valoración afecta al tipo permisivo, aquél que recae sobre la valoración misma, en cambio, a los límites de la causa de justificación.[51] Puros supuestos de error sobre los límites de una causa de justificación son los casos BGH 12, 379 (383); BGH 17, 87 (91) y BGH *Dallinger* MDR 1975, 723 y ss., en el caso BGH 20, 223 concurrió un error sobre la existencia de una causa de justificación.

3. Los principios relativos al tratamiento del error de tipo permisivo conocen, según la Jurisprudencia, una **excepción en el estado de necesidad justificante** (§ 34). Así, en el supuesto de estado de necesidad putativo abandona la teoría restrictiva de la culpabilidad y, ante la vulneración del deber que presupone de un completo examen de la situación fáctica y jurídica, aplica la teoría estricta de la culpabilidad, con la consecuencia de que se castiga al autor con arreglo al

50 Cfr. *Engisch*, ZStW 70 (1958), págs. 585 y ss. Inconsecuente en este punto todavía la Jurisprudencia; cfr. BGH 3, 105 (106 y ss.); 271 (274); 357 (364); BayObLG NJW 1952, 1.848.

51 Cfr. sobre el caso correspondiente del error directo, en el mismo sentido, *Schaffstein*, Göttinger Festschrift, pág. 195; pero en otro sentido, aquí, *Engisch*, ZStW 70 (1958), pág. 585.

tipo doloso y no sólo al imprudente.[52] La razón es que los estados de necesidad putativos no podrían resultar abarcados por la imprudencia en supuestos importantes, lo que determinaría la aparición de lagunas de punibilidad difícilmente soportables (por ej., en los §§ 218, 239, 240) (cfr. edición anterior, págs. 350 y ss.).[53]

Ejemplos: Cuando el médico interrumpe antijurídicamente el embarazo suponiendo erróneamente un peligro para la vida de la madre por falta de una comprobación cuidadosa, se estima aborto doloso según el § 218 (RG 62, 137 [138]; BGH NJW 1951, 412; BGH 3, 7 [11 y ss.]).

La especial regulación del error prevista para el estado de necesidad justificante por el E 1962, de acuerdo con esta Jurisprudencia, en el § 39 II (cfr. fundamentación, págs. 160 y ss.),[54] no ha sido adoptada ni en el § 34 StGB, ni en el § 11 II OWiG. Por ello, y en atención al principio de legalidad, *ya no* será *lícito* acudir a la teoría estricta de la culpabilidad en el estado de necesidad justificante, por lo que también aquí habrá que aplicar los principios generales sobre el tratamiento del error de tipo permisivo.[55]

4. No obstante, debe mantenerse la **pena del delito doloso en los supuestos de examen indebido,** en aquellas causas de justificación en las que se aprueba un resultado objetivamente incorrecto en atención a la adecuación de la intervención ante una situación incierta bajo el punto de vista del riesgo permitido.[56] Son los supuestos de consentimiento presunto, cuando la injerencia contradiga la voluntad real del afectado (cfr. *supra,* § 34 VII 3), de empleo de la coacción estatal cuando de hecho faltan los presupuestos objetivos de la intervención (§ 35 I 3), y de salvaguardia de intereses legítimos (§ 193), que únicamente concurre cuando se ha evidenciado la imposibilidad de probar la imputación de hechos injuriosos (BGH 11, 273) (cfr. *supra,* § 36 II 2a). Quien en tales casos, por un defectuoso examen, supone erróneamente la presencia de los presupuestos de la causa de justificación, debe ser castigado con arreglo al tipo doloso.

Ejemplos: Si el maestro propina al alumno una bofetada en base al consentimiento presunto de los padres, debe ser castigado por lesiones dolosas

52 De acuerdo, desde el prisma de la teoría estricta de la culpabilidad, *LK (Hirsch),* § 51 Vorbem. 85; *Welzel,* JZ 1955, 142 y ss.

53 Cfr. *Dreher,* Heinitz-Festschrift, págs. 226 y ss.

54 En contra, *Arthur Kaufmann,* ZStW 76 (1964), pág. 571; *Roxin,* ZStW 76 (1964), pág. 587; *Schröder,* Eb. Schmidt-Festschrift, pág. 294.

55 Así *Baumann,* Allg. Teil, págs. 463 y ss.; *Dreher,* § 34 Anm. 18; *Göhler,* § 16 OWiG Anm. 9; *Herdegen,* BGH-Festschrift, págs. 208 y ss.; *Lenckner,* H. Mayer-Festschrift, págs. 165 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 34 Anm. 50; *SK (Samson),* § 34 Anm. 25; *Stratenwerth,* Allg. Teil I, núm. 468. Dubitativo, *Lackner,* § 17 Anm. 5c; *Stree,* en: *Roxin* y otros, Einführung, págs. 44 y ss. En favor de la continuación de la anterior jurispr., sin embargo, *Blei,* Allg. Teil, págs. 150 y ss.; *LK (Hirsch),* § 51 Vorbem. 85 i.f.

56 Así *Lenckner,* H. Mayer-Festschrift, págs. 178 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 32 Vorbem. 19; *LK (Hirsch),* § 51 Vorbem. 39; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, pág. 370; dubitativo *Lackner,* § 17 Anm. 5c.

si la corrección contradijo la voluntad real de los padres y aquél no comprobó cuidadosamente la situación objetiva (RG 61, 191 [194]). El legitimado para garantizar la protección de la caza que efectúa un disparo sobre un presunto ladrón sólo resultará justificado con arreglo a la ley sobre uso de armas por sujetos legitimados para la protección de los bosques y de la caza de 26-2-1935 (RGBl. I, pág. 313) si ha comprobado cuidadosamente la concurrencia de los presupuestos del uso de armas de fuego (RG 72, 305 [311 y ss.]). Quien en base a informaciones insuficientes efectúa una imputación de hechos injuriosos cuya verdad no es susceptible de prueba, será castigado por difamación a pesar de su buena fe (§ 186) (BGH 14, 48 [51]).

Si en tales casos se vulnera el deber de examen, el autor actúa antijurídicamente. Pero también la culpabilidad dolosa debe afirmarse entonces, pues el autor únicamente se comporta cuidadosamente ante el riesgo existente de una lesión del bien jurídico cuando ha hecho todo lo posible para reducirlo.

5. Si a la vez concurren un *error de tipo permisivo* y un *error de límites* de una causa de justificación (por ej., el maestro supone erróneamente los presupuestos del derecho de corrección y traspasa de buena fe los límites permitidos), debe aplicarse el tipo doloso atendiendo al error de límites (§ 17, segundo inciso). El error de tipo permisivo no desempeña función alguna, puesto que el autor no hubiera resultado justificado ni aun concurriendo la situación objetiva por él supuesta.[57]

IV. Derecho comparado

En el extranjero, el nuevo StGB *austríaco* contiene en su § 9 II una disposición paralela a la del § 17 alemán,[58] mas añade los baremos relativos a la evitabilidad del error de prohibición.[59] Además, el § 8 regula el error de tipo permisivo con arreglo a la teoría de la culpabilidad que remite a la consecuencia jurídica.[60] Después del Derecho austríaco el más próximo al alemán en cuanto al tratamiento de los problemas de error es el Derecho *suizo.* El art. 19 StGB se refiere al error de tipo, el art. 20 StGB, al error de prohibición.[61] La Jurisprudencia trata de la conciencia del injusto como especial elemento de la culpabilidad (BGE 70 IV, 98), pero impone rigurosas exigencias para la exculpación del error de prohibición (BGH 74 IV 152; 98 IV 303).[62] La doctrina *española* empieza a adherirse a la ale-

57 Cfr. *Wessels,* Allg. Teil, pág. 87.

58 Sobre esto, *Kienapfel,* ÖJZ 1976, 117 y ss.; *Platzgummer,* Strafrechtliche Probleme I, págs. 58 y ss.

59 Cfr. con más detalle *Jescheck,* Lange-Festschrift, pág. 373; *el mismo,* ÖJZ 1971, 3.

60 Cfr. *Foregger/Serini,* § 8 StGB Anm. I.

61 Cfr. sobre esto *Schwander,* Das schweiz. StGB, págs. 91 y ss. y 98 y ss.; *Schultz,* Einführung I, págs. 192 y ss.

62 Por el contrario, *Germann,* Das Verbrechen, págs. 186 y ss. defiende la teoría del dolo, que el mismo autor restringe en ZStr 68 (1953), pág. 374, mediante la teoría de la ceguera jurídica. Trata críticamente la Jurisprudencia, muy parecida a la alemana, sobre la cuestión de la evitabilidad *Noll,* Schweizer Beiträge, págs. 215 y ss.

mana en la problemática del error.[63] También en el Derecho holandés el error de prohibición invencible se admite como causa de exclusión de la culpabilidad.[64] Otros Derechos importantes mantienen el principio *"error iuris nocet"*, aunque en todo caso se atenúa en caso de desconocimiento de normas de puro Derecho positivo. La praxis *francesa* se basa en el viejo principio "null n'est censé ignorer la loi".[65] En *Italia*, el art. 5 C. P. excluye con carácter general la consideración del error de prohibición.[66] También los Tribunales *ingleses* consideran generalmente irrelevante el desconocimiento de la antijuricidad.[67 y 68] En la *RDA* el error de prohibición se trata aún con arreglo a la teoría del dolo (cfr. *supra*, § 29 V 1c, nota 56 a. E.).

* * *

I. La conciencia de la antijuricidad como elemento de la culpabilidad

1. La cuestión de la admisibilidad de la conciencia de la antijuricidad como presupuesto del delito y, por tanto, de la responsabilidad penal no se halla decidida en nuestro país con la misma claridad que en Alemania desde la Sentencia del BGH de 18 marzo 1952. Como anteriormente sucedía en ese otro país, mientras que la doctrina española dominante proclama la necesidad del conocimiento de lo injusto y la consiguiente relevancia del error de prohibición, el TS, pese a ciertas declaraciones y posiciones favorables a ello, no ha abandonado claramente y de forma general su doctrina tradicional de rechazo de la relevancia del error de prohibición, por lo menos del error directo *de prohibición.*

En efecto, la **doctrina dominante** *entiende que no existe precepto alguno que se oponga a la necesidad del conocimiento de la antijuricidad, necesidad que la mayoría de autores derivan de la exigencia legal de* voluntariedad *y* malicia *(art. 1, 565)*[1] *y algún representante del finalismo de la exigencia*

63 Cfr. *Antón Oneca*, Derecho Penal, pág. 214; *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal, págs. 534 y ss. (ambos en favor de la teoría del dolo). Sobre el error de prohibición cfr. *Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo*, Art. 1 párr. 1 II 2 B.

64 Cfr. *Pompe*, Handboek, pág. 163; *van Bemmelen*, Ons strafrecht, páginas 230 y ss.; *D. Hazewinkel-Suringa*, Inleiding, págs. 316 y ss, con referencias jurispr.

65 Cfr. *Bouzat*, Traité, t. I, págs. 270 y ss.; *Merle/Vitu*, Traité, págs. 570 y ss.; *Stefani/Levasseur*, Droit pénal général, págs. 313 y ss. (con ejemplos del error de derecho extrapenal); *Vouin/Léauté*, Droit pénal, pág. 65. Sobre el origen de este principio, *Kiefner*, Deutsche Landesreferate, págs. 87 y ss.

66 Contra esta regulación, "in contrasto con la realtà psicologica ed umana" *Bettiol*, Diritto penale, págs. 482 y ss.; también así *Pagliaro*, Principi, pág. 390 ("resultato, che appare iniquo a una sana coscienza giuridica"); *Nuvolone*, Sistema, págs. 286 y ss.

67 Cfr. *Grünhut*, Das englische Strafrecht, pág. 197; *Honig*, Das amerikanische Strafrecht, págs. 131 y ss.; *Glanville Williams*, Criminal Law, págs. 288 y ss.; *J. Hall*, Principles, págs. 407 y ss.; *Kenny/Turner*, Outlines, págs. 60 y ss.

68 Cfr. sobre la historia y el Derecho comparado, en su conjunto, *Jiménez de Asúa*, t. VI, págs. 357 y ss.; sobre el Derecho griego, *Mangakis*, Das Unrechtsbewußtsein, págs. 17 y ss. y 79 y ss.

1 En este sentido *Antón Oneca*, PG p. 214; *Rodríguez Devesa*, PG pp. 448, 594 s.; *Torío López*, Error iuris en III Jornadas de Profesores de Derecho Penal, Santiago, 1975, p. 336. Aunque comparte la tesis finalista de que la conciencia de la antijuricidad no integra el dolo, sino que constituye un elemento autónomo de la culpabilidad, *Córdoba Roda*, El conocimiento de la antijuricidad pp. 82, 133 s., funda su exigencia legal en la de "voluntariedad".

2 Así *Cerezo Mir*, Notas p. 113.

3 Cfr. *Antón Oneca*, PG p. 216; *Córdoba Roda*, El conocimiento de la antijuricidad pp. 101 ss.; *Rodríguez Devesa*, PG pp. 597 s.; *Torío López*, Error iuris pp. 321 ss.

4 Cfr. *Torío López*, Error iuris p. 324.

5 Cfr. *Córdoba Roda*, El conocimiento de la antijuricidad pp. 82 ss.

6 A favor de desvincular ambos aspectos *Rodríguez Devesa*, PG p. 440, que tras afirmar la aceptación unánime del elemento positivo de la conciencia de lo injusto, afirma: "el problema de si se *presume* o no su conocimiento pertenece a otro círculo de cuestiones: afecta al tema de la relevancia del error de prohibición, que pertenece a otro lugar".

7 Así *Antón Oneca*, PG p. 214; *Rodríguez Devesa*, PG pp. 440, 593 ss.; *Torío López*, Error iuris p. 336. Coincide en sus *resultados*, aunque *parte* de la t. de la culpabilidad *Córdoba Roda*, El conocimiento de la antijuricidad pp. 130 ss.

8 Así *Jiménez de Asúa*, Tratado VI pp. 312 ss.

9 Así *Cerezo Mir*, Notas p. 113. En cuanto a la posición de *Córdoba*, ver

de culpabilidad (art. 8). El hoy derogado art. 2 Código civil, que establecía que "la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento", se descartó como obstáculo por entender que sólo se oponía a la necesidad de conocimiento de la ley *(esto es, del concreto precepto legal infringido), pero no a la posibilidad de que, como hace el Derecho penal, se haga preciso el conocimiento de la* antijurididad *general del hecho.*[3] *La situación no ha variado con la sustitución del art. 2 del Código civil por el nuevo art. 6, 1, del mismo Cuerpo legal.*[4]

Frente a esto, la **jurisprudencia del TS** *ha partido del principio* error iuris nocet, *según el cual no excusa la ignorancia del Derecho (SS. 19 octubre 1872, 13 mayo 1896 y 19 abril 1900). Es cierto que en algunas sentencias se declara la necesidad de conocimiento de la antijuricidad y que es constante en el TS la doctrina según la cual la creencia errónea en el ejercicio de un derecho excluye la responsabilidad penal,*[5] *mas ello no se traduce con la suficiente nitidez en un reconocimiento general de la relevancia del error de prohibición. Por una parte, aunque parece poco coherente, no se considera que la afirmación de la necesidad del conocimiento de la antijuricidad suponga tener que otorgar virtualidad al error de prohibición.*[6] *Por otra parte, la admisión de eficacia exculpante para la suposición errónea del ejercicio de un derecho parte del tratamiento* excepcional *del error de derecho* extrapenal, *que precisamente supone la negación de relevancia al error sobre la antijuricidad* penal. *Pero ver SS. 3 febr. 61, 19 dic. 62, 24 feb. 62, 18 jun. 68, 39 en. 68 citadas por* Rodríguez Devesa *(PG. 1979 p. 440) y, sobre todo, la S. 30 marzo 76, que* Bajo *considera que* abandona *la posición negadora y admite la distinción de error de tipo y de prohibición a la luz del art. 6, 1 Cc.*

El Proyecto 1980 decide la cuestión acogiendo expresamente la relevancia del error sobre la licitud del hecho: "La creencia errónea, probada e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el art. 81" (art. 20 III).

2. La doctrina tradicional sigue en España la teoría estricta del dolo,[7] *aunque algún autor acoge su versión* limitada[8] *y la doctrina más actual defiende* la teoría de la culpabilidad.[9] *Hay, en todo caso, coincidencia en atri-*

buir el conocimiento de la antijuricidad al ámbito de la culpabilidad, *sea como integrante del dolo, sea como elemento autónomo.*

Esta situación sistemática inobjetable desde el prisma de la teoría del dolo del causalismo, en la teoría de la culpabilidad que remite el dolo al tipo de injuto tropieza con una importante dificultad que plantea nuestro Derecho. En el CP se emplea el término "malicia" *para expresar el dolo y es difícil negar que aquella palabra encierre la conciencia del significado negativo del hecho: la "malicia" ha de ser el "dolo malo". ¿Cómo es posible, entonces, afirmar al mismo tiempo que el dolo pertenece en nuestro Derecho al tipo de injusto y la conciencia de la antijuricidad a la culpabilidad?*[10] *Por otra parte el Proyecto 1980 acoge una regulación únicamente sostenible a partir de la teoría del dolo (requiere el conocimiento* actual *de la prohibición aunque prevé una regulación genérica particular del error vencible), lo que aconseja también la unión sistemática del "dolo malo". Trasladar el dolo al injusto puede suponer, pues, en nuestro Derecho hacerlo no sólo en su versión de "dolo natural", sino con su contenido tradicional de conciencia del significado antijurídico del hecho. Aunque sin duda es revolucionaria a la vista de la dogmática tradicional y actual, esta consecuencia no me parece materialmente rechazable. Antes al contrario, la creo hasta necesaria si bien se analiza la función de la norma jurídico-penal y los límites que de ella derivan. Sintetizando en la medida de lo posible el planteamiento que estimo correcto: el Derecho sólo puede prohibir emprender voluntariamente acciones peligrosas* ex ante *(objetivamente)*[11] para una bien jurídico; *de ello se deduce en primer lugar que no pueden estar prohibidas acciones que* ex ante *— objetivamente — no parezcan peligrosas para el* objeto de la acción *(de ahí la necesidad de antijuricidad del caso fortuito), pero también, por lo mismo, que no pueden hallarse prohibidas acciones que* ex ante-*objetivamente no parezcan peligrosas para un bien* tutelado jurídicamente, *esto es,* no parezcan antijurídicas. *Se sigue que sólo podrá ser antijurídica la acción que en el momento de efectuarse pueda parecer tal al hombre medio a la vista de los conocimientos con que cuenta el autor.*[12] *Ello no implica contradicción alguna, como a veces se ha pensado, puesto que en este planteamiento la* apariencia *(o posibilidad de conocimiento) de lo injusto es* constitutiva *de éste, no sólo* "constatativa" *— de suerte que no cabría objetar el conocido argumento según el cual el conocimiento de la antijuricidad no puede condicionar la antijuricidad porque precisamente la presupone, argumento que se desvirtúa mediante la siguiente formulación: la posibilidad*

nota 7. También *Gimbernat Ordeig,* Estudios p. 101; *Muñoz Conde,* Derecho Penal, PE (1976) p. ej.: p. 114.

[10] *Córdoba Roda* intenta salvar esta dificultad negando la equivalencia de dolo y "malicia". Ésta sería un concepto *complejo,* integrado por una parte del dolo — perteneciente al injusto — y por otra de la conciencia de la antijuricidad — propia de la culpabilidad —: El conocimiento de la antijuricidad pp. 130 ss. Mas ello supone la destrucción de la unidad del concepto legal de "malicia", que en el art. 565 sirve para distinguir el delito doloso del imprudente, los cuales según el esquema finalista se diferencian en el injusto.

[11] Esto es: para el hombre medio situado en el momento de la acción con todos los conocimientos de que disponía el autor.

[12] En este sentido *Mir Puig,* Función de la pena y teoría del delito, páginas 55 ss.

de conocimiento de la prohibición general *de la conducta condiciona su* prohibición en el caso concreto.

3. El objeto *atribuido por nuestra doctrina a la conciencia de lo injusto coincide en lo esencial con el asignado en el planteamiento del texto (cfr. lo dicho* supra *en estas Adiciones I 1 sobre la distinción de conocimiento de la* ley *y de la* antijuricidad*). Acerca del* delincuente por convicción *(cfr.* supra *Adiciones al § 37).*

4. En el CP español se consagra expresamente el lógico principio, de rango doctrinal en Alemania, según el cual debe partirse de la suposición de que concurre el necesario conocimiento de la antijuricidad, salvo que haya motivos que induzcan a ponerlo en duda. El art. 1, párrafo 2.°, del CP extrema este planteamiento declarando que "las acciones y omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario".[13] *El Proyecto 1980 suprime esta disposición, pero condiciona la eficacia eximente de la creencia errónea invencible de obrar lícitamente a que sea "probada" (art. 20 III).*

II. El error sobre la norma prohibitiva (error de prohibición directo)

1. Ya dije más arriba (I 2) que en España defiende la **teoría del dolo** *la doctrina tradicional, aparte de que algún autor acepta el tratamiento a que conduce del error de prohibición. Faltando la "malicia" se aplicarán, según esta perspectiva, las penas correspondientes a la* imprudencia *(arts. 565, 586, 3.° o 600 CP) si el error es vencible, o procederá la impunidad si es invencible.*[14] *La necesidad, difícilmente obviable, de albergar en la "malicia" el conocimiento de lo injusto hace que en nuestro Código sea probablemente éste el tratamiento forzoso del error de prohibición. Las inadmisibles* lagunas *que en Alemania determinaría la teoría del dolo se hallan en gran parte paliadas en nuestro Derecho, aparte de por la expresa formulación de la presunción de voluntariedad del art. 1 II (lo que en la práctica puede resolver buena parte de los casos en que se alega un "error craso"), sobre todo por el sistema de* numerus apertus *que preside la incriminación de la imprudencia. Esto permite, en principio, castigar como* imprudentia iuris *el error de prohibición vencible respecto de* todo *delito,*[15] *incluso de aquellos en que no cabe la imprudencia de hecho (en relación al tipo positivo) por razones estructurales.*[16] *Téngase en cuenta, por lo demás, que los arts. 565, 586, 3.° y 600 CP ofrecen una amplia posibilidad de graduación de las penalidades*

[13] Así siguiendo la interpretación de *Córdoba* del término "voluntarias", *Rodríguez Mourullo,* Comentarios I pp. 41 ss.

[14] Cfr. *Rodríguez Devesa,* PG pp. 597 s.; también admite estos *resultados Córdoba Roda,* El conocimiento de la antijuricidad pp. 130 ss.

[15] Cfr. en este sentido *Córdoba Roda,* El conocimiento de la antijuricidad, página 134.

[16] No existen razones que permitan aceptar la necesidad de limitar la posibilidad de imprudencia de derecho a los casos en que también quepa la imprudencia de hecho, pues ambos son aspectos distintos y la imposibilidad de la segunda clase de imprudencia que deriva de la estructura del tipo (positivo) no tiene por qué extenderse a una zona distinta en la que no existen los obstáculos que impiden la aplicación de los arts. 565, 586, 3.° ó 600. En contra *Torío López,* Error iuris página 331.

según la gravedad de la imprudencia, de modo que tampoco podría objetarse la inconveniencia de una pena única para todos los casos de error de prohibición.

El Proyecto 1980 viene a sancionar una regulación materialmente próxima: establece la eficacia de todo *error sobre la licitud (teoría del dolo) y, para evitar lagunas que determinaría el nuevo sistema que propone de incriminación cerrada de la imprudencia, en caso de error vencible remite a una atenuación genérica* obligatoria *(pena inferior en grado) a modo de cláusula genérica de* culpa iuris.[17]

2. La **teoría de la culpabilidad** *ha conducido en nuestro país al sector que la defiende a propugnar el siguiente tratamiento del error de prohibición: si es* vencible, puede *atenuarse la pena, cuando resulte disminuida la posibilidad concreta de actuar conforme a Derecho, por analogía con el art. 9, 1.° en relación con el n.° 1.° del art. 8 y el art. 66 CP — esto es, eximente incompleta analógica de enajenación o trastorno, que determinaría la atenuación de la pena en uno o dos grados —, y si es* invencible, *procede la impunidad por estimación de una eximente analógica.*[18]

III. El error sobre causas de justificación (error de prohibición indirecto)

No plantean problemas especiales las dos primeras formas de error sobre una causa de justificación (acerca de su admisión por el Derecho positivo y acerca de sus límites normativos). Respecto al que recae sobre las circunstancias de una causa de justificación (error sobre el tipo permisivo), *tanto los representantes de la teoría del dolo como los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo han de tratar este error como el error de tipo (imprudencia si es vencible, impunidad si es invencible),*[19] *mientras que la defensa ortodoxa de la teoría estricta de la culpabilidad conduce a considerarlo un error de prohibición que excluye o atenúa la culpabilidad sin excluir el dolo.*[20]

Ahora bien, según el análisis que Córdoba *efectúa de la jurisprudencia del TS, en particular en relación a la legítima defensa y al estado de necesidad, dicho Tribunal se aparta de la doctrina en el tratamiento de la suposición errónea de tales causas de justificación. La observación de la jurisprudencia le induce a extraer las siguientes conclusiones: 1.°) Cuando la errónea suposición es* objetivamente fundada *(error invencible) el TS no funda la impunidad en la ausencia de dolo e imprudencia, sino en la estimación de la propia eximente erróneamente supuesta; 2.°) Cuando la creencia* no *se halla objetivamente fundada (error vencible) el TS no suele acudir a la imprudencia,*

17 Entiende, en cambio, que el Proyecto acoge la teoría de la culpabilidad. *Torío López,* El error evitable de prohibición..., en el libro La reforma penal y penitenciaria, present. por Fernández Albor, Santiago de Compostela 1980, pp. 249 y siguientes.

18 Así *Cerezo Mir,* Notas p. 113. No cree posible acudir en este caso a la analogía, desde la promulgación del nuevo art. 6, 1, C. c. *Torío López,* Error iuris pp. 328 s.

19 Así desde la teoría del dolo *Antón Oneca,* PG pp. 211 s.; *Rodríguez Devesa,* PG p. 597; *Quintano Ripollés,* Curso I, p. 313. Desde la teoría de los elementos del tipo *Gimbernat Ordeig,* Estudios p. 93 nota 32.

20 Así *Cerezo Mir,* Notas pp. 58 s. y 118.

sino a la apreciación de una atenuante. Córdoba *no parece tener inconveniente en aceptar esta construcción a condición de que en el segundo caso, esto es, siendo el error* objetivamente *vencible, se admite también la axención de responsabilidad penal, por falta de culpabilidad, cuando* personalmente *no podía el sujeto superar su equivocada figuración, supuesto en que propugna fundar la impunidad en la ausencia de* voluntariedad *del párrafo primero del art. 1, o, como ha hecho alguna Sentencia, en el* miedo insuperable *del artículo 8, 10.°.*[21] *Mas a juicio de* Rodríguez Mourullo, *la situación de la jurisprudencia, por lo menos la relativa a legítima defensa, ha variado en el sentido de la teoría del dolo.*[22]

§ *42 El tipo de culpabilidad y sus elementos*

Daniel, Der Irrtum über Strafminderungsumstände, tesis Tübingen 1910; *Engisch,* Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-Festschrift, t. II, pág. 401; *Frank,* Über den Aufbau des Schuldbegriffs, Gießener Festschrift, 1907, pág. 3; *Gallas,* Täterschaft und Teilnahme, Materialien, t. I, 1954, pág. 121; *Geilen,* Unterlassene Verbrechensanzeige und ernsthafte Abwendungsbemühung, JuS 1965, 426; *Goldschmidt,* Normativer Schuldbegriff, Festgabe für R. v. Frank, t. I, 1930, página 428; *Hardwig,* Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, ZStW 68 (1956), página 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, t. I, 1930, pág. 251; *Kantorowicz,* Tat und Schuld, 1933; *Küper,* Zur irrigen Annahme von Strafmilderungsgründen, GA 1968, 321; *Lampe,* Das personale Unrecht, 1967; *Lange,* Die Schuld des Teilnehmers, JR 1949, 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, 2; *Noll,* Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955; *Nowakowski,* Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStW 63 (1951), página 287; *Schmidhäuser,* Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958; *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, 723.

I. Esencia y función del tipo de culpabilidad

1. El tipo, en sentido amplio, abarca todos aquellos elementos de los que depende el merecimiento de pena de una acción (cfr. *supra,* § 7 I 1). Incluye tanto elementos de injusto como de culpabilidad y equivale, así, a la figura de delito *(Deliktstypus)* (por ej., asesinato, infanticidio, puesta en peligro del tráfico rodado). **Dentro del tipo en sentido amplio debe distinguirse entre tipo de injusto y tipo de**

21 Cfr. *Córdoba Roda,* Comentarios I pp. 261 ss. y 275.

22 Cfr. *Rodríguez Mourullo,* Legítima defensa, Madrid, 1976, pp. 29 ss. Ver SS. 21 en. 69, 24 sep. 70, 11 marzo 72, 20 marzo 72 y 23 mayo 75; 14 jun. 77 y 23 no. 77.

culpabilidad (cfr. *supra*, § 25 I 3).[1] Pertenecen al tipo de injusto aquellos elementos de la figura de delito en que se expresa el sentido de la prohibición de la norma jurídica correspondiente (cfr. *supra*, § 25 I 2), mientras que, por el contrario, el tipo de culpabilidad alcanza a aquellos factores que contribuyen a caracterizar más precisamente la actitud interna del autor frente al Derecho actualizada en el hecho.

Por lo que se refiere al tipo de culpabilidad, es preciso en todo caso efectuar dos restricciones: *Por una parte*, sólo pueden integrar el tipo de culpabilidad elementos que describan exclusiva o inmediatamente el contenido de culpabilidad del hecho, ya que de otra forma se perdería la distinción de injusto y culpabilidad.[2] No se alude aquí, pues, al contenido de culpabilidad del hecho que consiste ya en la imputación subjetiva del injusto cometido, sino a elementos adicionales que caracterizan la culpabilidad de forma *específica* y no sólo como reflejo de los elementos del injusto. *Por otra parte*, el tipo de culpabilidad abarca solamente los elementos *típicos* de una determinada especie de delito, de suerte que la capacidad de culpabilidad y la conciencia de la antijuricidad no entran en juego aquí en cuanto elementos generales no *específicos* de la culpabilidad. Tampoco deben considerarse en esta sede las causas de exculpación, ya que normalmente (constituyen una excepción el § 157) no se hallan referidos tampoco a una determinada especie de delito (cfr. *infra*, §§ 44, 47).

2. Ya en el StGB de 1871 se preveían elementos de culpabilidad,[3] mas la tendencia a su utilización, sobre todo en forma de elementos de la actitud interna, constituye una característica de la moderna evolución del Derecho Penal. Ello se halla vinculado al deseo del legislador de orientar los baremos jurídicos más intensamente en el sentido de la *personalidad del autor* **("individualización del Derecho Penal")** y de diferenciar las figuras de delito *con ayuda de conceptos*

1 Sobre hechos culpables, *Gallas*, Beiträge, págs. 43 y ss.; anteriormente, ya en este sentido, *Goldschmidt*, Frank-Festgabe, t. I, págs. 461 y ss.; *Lange*, JR 1949, 166; *Mezger*, NJW 1953, 2. Cfr. también *Stratenwerth*, v. Weber-Festschrift, pág. 190. Entretanto esta teoría ha ganado terreno; cfr. *Engisch*, DJT-Festschrift, t. II, pág. 413; *Maihofer*, H. Mayer-Festschrift, págs. 199 y ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 452 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 48, 122 y ss.; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen, pág. 229; *Wessels*, Allg. Teil, págs. 72 y ss. Se oponen *Bockelmann*, Allg. Teil, págs. 58 y ss.; *Hirsch*, Negative Tatbestandsmerkmale, pág. 13, nota 1; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 162; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 352, 336 y ss.; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 55. Estos autores niegan la existencia de especiales elementos de culpabilidad o que sean típicos de determinadas figuras de delito.

2 Cfr. sobre esto *Gallas*, Beiträge, pág. 44; también la crítica de *Stratenwerth*, v. Weber-Festschrift, págs. 181 y ss. a la utilización extensiva del concepto de actitud interna por *Schmidhäuser*, Gesinnungsmerkmale, págs. 175 y ss., en base a la cual *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 246 y ss. y 455 y ss. ha modificado su teoría.

3 La "premeditación" *(Überlegung)*, que hasta 1941 era el único elemento cualificativo del asesinato, debía entenderse correctamente como elemento de culpabilidad (*Frank*, § 211 Anm. I 2, pero se consideró por la jurispr. como elemento subjetivo del injusto) (RG JW 1936, 1.128; RG 74, 84 [86]).

ético-valorativos **("etificación del Derecho Penal").** Presupuesto de ello fue el reconocimiento de un concepto material de culpabilidad que ve en ésta no la suma de las causas de imputación subjetivas, sino una falta censurable de actitud jurídica (cfr. *supra*, § 38 II 5), pues sólo así se convirtió en una medida susceptible de elevación. Así, desde siempre pero últimamente en forma creciente, se utilizan elementos de culpabilidad para delimitar el ámbito de lo punible (elementos de culpabilidad que fundamentan o excluyen la pena) o para graduarla (elementos de culpabilidad que agravan o atenúan la pena).

Ejemplos: La puesta en peligro de otras personas en el tráfico rodado que, según los §§ 1 II, 49 I núm. 1 StVO constituye un ilícito administrativo, bajo determinadas circunstancias que cualifican el injusto resulta punible, cuando además el autor actúa "desconsideradamente" *(rücksichtslos)* (§ 315c I núm. 2). En los actos sexuales entre hombres el Tribunal puede prescindir de la pena si los sujetos tienen menos de 20 años (§ 175 II núm. 1). En el yacimiento entre parientes, los descendientes y hermanos que al tiempo del hecho no hubieren alcanzado 18 años resultan impunes (§ 173 III). El asesinato (§ 211) se distingue del homicidio como tipo cualificado por medio de elementos que en parte expresan una mayor culpabilidad (por ej., móviles bajos). En el infanticidio (§ 317) la maternidad ilegítima y el influjo psíquico del parto caracterizan una menor culpabilidad.

3. **La misión del tipo de culpabilidad** es reunir aquellos elementos de la figura de delito que hacen aparecer como especialmente censurable o relativamente intacta la actitud interna del autor actualizada en el hecho frente al específico mandato jurídico. También es específica la posición sistemática de los elementos del tipo de culpabilidad, puesto que para ellos rigen reglas distintas para el error y la participación de las que son válidas en relación a los elementos del injusto (cfr. *infra*, § 42 III).

II. Los elementos del tipo de culpabilidad

Deben distinguirse *tres grupos* de elementos del tipo de culpabilidad:

1. En primer lugar, existen **elementos de culpabilidad objetivamente configurados.**[4] Según la antigua doctrina, el legislador, ante la concurrencia de ciertas circunstancias externas apropiadas para ejercer sobre la formación de la voluntad un influjo atenuante o excluyente del reproche de culpabilidad, establece en base a dichas circunstancias la presunción *irrebatible* de que las mismas habrán des-

4 Cfr. *Frank*, Aufbau des Schuldbegriffs, págs. 5 y ss.; *Hegler*, Frank-Festgabe, págs. 252 y ss.; *v. Liszt/Schmidt*, págs. 189 y ss.; *Mezger*, Lehrbuch, página 270; *Thierfelder*, Objektiv gefaßte Schuldmerkmale, págs. 44 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 123; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 73. En contra de la admisión de elementos de culpabilidad objetivamente configurados, *Blei*, Allg. Teil, pág. 159; *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 59.

plegado efectivamente su influencia.[5] Por el contrario, *Maihofer* no basa los elementos de culpabilidad objetivamente configurados en una presunción, sino inmediatamente en la "culpabilidad social y de disposición ética" que concurre en determinadas situaciones.[6] Lo correcto es partir también aquí de la idea fundamental de la teoría de la culpabilidad: cuando concurre una causa de atenuación de la culpabilidad y la actitud del autor frente al Derecho se modifica en el sentido de que aparece como menos digno de censura que en los casos normales, en la medida en que el autor haya conocido la circunstancia que le gravaba (cfr. también *infra*, § 42 III 1a). Que basta ya la pura concurrencia *(Eignung)* de estos elementos para que determinen la atenuación, sin que importe su significación real en la formación de la voluntad, no perjudica al autor, puesto que todos los elementos de culpabilidad objetivamente configurados son causas de atenuación o exclusión de la culpabilidad y nunca pueden operar en sentido agravatorio, sino beneficiando al autor. Mas deben ser conocidos por el autor, ya que de otro modo no podrían motivarle.

Ejemplos: La atenuación del infanticidio (§ 217) contempla la situación típica de la madre no legítima y las consecuencias psíquicas del parto, aun cuando estas circunstancias puedan no haber influido en el hecho (RG 77, 246).[7] Por el contrario, la atenuación de la pena prevista para el homicidio solicitado (§ 216) responde, por el parentesco con el supuesto del consentimiento, a una disminución del injusto.[8] Son causas de exculpación objetivamente configuradas los privilegios previstos para los parientes en la omisión de denuncia de delitos (§ 139 III 1)[9] y en la obstaculización de la Justicia penal (§ 258 VI),[10] que encuentran su fundamento en una situación análoga al estado de necesidad. La juventud del autor o de los partícipes se toma en consideración en el falso testimonio del que no tiene edad todavía de prestar juramento (§ 157 II), en el yacimiento entre parientes (§ 173 III)[11] y en la deshonestidad entre hombres (§ 175 II núm. 1).

5 Cfr. *Daniel*, Der Irrtum über Strafminderungsumstände, pág. 44; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 123; *Nowakowski*, ZStW 63 (1951), página 320; *Küper*, GA 1968, 325.

6 *Maihofer*, H. Mayer-Festschrift, pág. 215.

7 Cfr. *Maurach*, Bes. Teil, pág. 43. Que el legislador quería contemplar *ambos* puntos de vista, se advierte en *Goltdammer*, Materialien Teil II, pp. 279 y ss.

8 Cfr. *R. Schmitt*, Maurach-Festschrift, págs. 117 y ss. En contra, *Maurach*, Bes. Teil, pág. 40 se fija, como la doc. dom., en la "situación de conflicto análoga al estado de necesidad", lo que conduce a entender que el autor debe beneficiarse del privilegio aunque suponga erróneamente la solicitud.

9 La cuestión es polémica; como aquí *Geilen*, JuS 1965, 432; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 139 Anm. 4; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 518. En contra, *Lackner*, § 139 Anm. 3; *Maurach*, Bes. Teil, pág. 725; *Dreher*, § 139 Anm. 6; *LK (Heimann-Trosien)*, § 139 Anm. 14 admiten una causa personal de exclusión de la pena.

10 También así *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 490. Mas generalmente, pese a la admisión del carácter análogo al estado de necesidad, se aprecia una causa personal de exclusión de la pena; cfr. *Maurach*, Bes. Teil, pág. 736. Pero como aquí *Kantorowicz*, Tat und Schuld, pág. 255. *Schönke/Schröder/Stree*, § 258 Anm. 39 estima una causa de exclusión de la pena que "evidentemente radica en el ámbito de la culpabilidad".

11 La cuestión es polémica; como aquí *Frank*, § 173 Anm. III; *Hegler*, ZStW 36 (1915), pág. 215. En contra, en favor de una causa personal de exclusión de la pena, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 173 Anm. 8; *Dreher*, § 173 Anm. 8; *LK (Mösl)*, § 173 Anm. 13. En favor de un elemento negativo del tipo, RG 19, 391 (393); *Kohlrausch/Lange*, § 173 Anm. III 3.

2. Por el contrario, en los **elementos de culpabilidad subjetivamente configurados**[12] no basta la pura concurrencia para que beneficien al autor. Es preciso que una circunstancia externa, siquiera solamente representada por el autor, haya incidido *efectivamente* en la formación de su voluntad.

Ejemplos: Constituye una causa de atenuación de la culpabilidad subjetivamente configurada el testimonio en estado de necesidad (§ 157 I)[13] y la provocación en el homicidio (§ 213). Es un elemento de culpabilidad *agravatorio* subjetivamente configurado en el asesinato (§ 211) la intención de hacer posible u ocultar la comisión de otro hecho punible.[14]

3. Discutidos en su delimitación y dudosos en cuanto al lugar sistemático que deben ocupar en el concepto de delito, resultan los **elementos de la actitud interna** *(Gesinnungsmerkmale)*.

a) Los estados psíquicos caracterizados por elementos de la actitud interna (por ej., codicia, brutalidad, desconsideración) no pueden constatarse directamente, pues ningún juez posee el don de ver en el interior del corazón humano, sino que deben desprenderse de una *deducción* a partir de las circunstancias externas del hecho.[15] Los elementos de la actitud interna presuponen necesariamente, pues, una determinada situación objetiva externa comprobable con ayuda de medios adecuados al proceso (BGH 18, 102 [107]), en lo que coinciden con los elementos de culpabilidad objetiva y subjetivamente configurados. Su especificidad consiste en que en ellos el "*comportamiento espiritual contrario a los valores éticos*" se expresan *inmediatamente* en el tipo,[16] por lo cual se confía al juez entresacar a partir de la configuración del caso concreto aquellas circunstancias fácticas que permiten inferir los elementos de la actitud interna requeridos por el tipo. Ahora bien, como los factores sobre cuya base cabe inferir una determinada actitud interna en parte pertenecen al ámbito del injusto y en parte al de la culpabilidad, los elementos de la actitud interna tampoco pueden contemplarse unitariamente como elementos de culpabilidad, sino en parte como tales y en parte como elementos del

12 Cfr. *Thierfelder*, Objektiv gefaßte Schuldmerkmale, págs. 80 y ss.; *v. Liszt/Schmidt*, págs. 291 y ss.; *Martens*, Der Irrtum über Strafmilderungsgründe, pág. 23; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 73; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem 123a.

13 Cfr. *Maurach*, Bes. Teil, pág. 700; *LK (Willms)*, § 157 Anm. 10 y ss.

14 Pese a la estructura final, no cabe admitir un elemento subjetivo del *injusto*, puesto que la intención no afecta ni al bien jurídico ni a la forma de comisión, sino que caracteriza directamente la disposición del autor ante el hecho y ofrece así información sobre la motivación del hecho.

15 Cfr. *Stratenwerth*, v. Weber-Festschrift, pág. 177.

16 Así la definición de *Schmidhäuser*, Gesinnungsmerkmale, pág. 217 y Allg. Teil, pág. 455.

injusto **(concepción diferenciadora).**[17] Sólo aquellos elementos de la actitud interna que no se erigen sobre un punto de referencia correspondiente al ámbito del injusto, sino que se derivan inmediata y exclusivamente de hechos que pertenecen al ámbito de la culpabilidad, pueden calificarse de propios elementos de culpabilidad. Por el contrario, los elementos de la actitud interna que aparecen únicamente como la cara subjetiva de elementos específicos del injusto no son más que elementos subjetivos del injusto (impropios elementos de la actitud interna). La distinción acostumbra a ser difícil, pero debe efectuarse, ya que es precisa para resolver adecuadamente los problemas relativos al error y a la participación (cfr. *infra*, § 42, III).

Ejemplos: En el asesinato (§ 211), las motivaciones contrarias a los valores éticos (placer de asesinar, satisfacción del instinto sexual, codicia y móviles bajos) constituyen propios elementos de la actitud interna, mientras que los elementos que afectan a la peligrosidad o a la reprobabilidad del modo de comisión (alevosía, crueldad, empleo de medios que entrañan peligro común) pertenecen al tipo de injusto en cuanto caracterizan el específico injusto de la acción y sólo de forma *mediata* describen también la actitud interna. Son también propios elementos de la actitud interna la "brutalidad" y la "malevolencia" en el mal trato de protegidos (§ 223b) y la "desconsideración" en la puesta en peligro del tráfico rodado (§ 315 I 2), mientras que el "carácter ultrajante" de la forma de comisión (§§ 167 I número 1, 170d, 315c I núm. 2) y la "astucia" (§ 223a) pertenecen al tipo de injusto porque afectan al modo de comisión del hecho.

Otras opiniones consideran los elementos de la actitud interna bien como intensificación del dolo del hecho,[18] bien exclusivamente como característica personal de lo injusto de la acción,[19] o bien como puras componentes de la culpabilidad.[20] Mas sólo la perspectiva diferenciadora se ajusta al hecho de que los puntos de referencia de la actitud interna se hallan repartidos entre el ámbito de lo injusto y el de la culpabilidad.

b) En contra de la progresiva utilización de elementos de la actitud interna en Derecho Penal cabe alegar **reparos derivados del Estado de Derecho.**[21] Por una parte, su posición en la estructura del delito, que cubre el ámbito del injusto y el de la culpabilidad, dificulta la distinción de ambas facetas del hecho punible. Por otra parte, contradice el principio de determinación de los tipos el hecho de que se conceda al juez la libertad de elegir según su propio criterio los hechos con los cuales desee deducir la presencia de la actitud interna prevista en el tipo. Finalmente, la inevitable subjetividad de los baremos que han de regir el enjuiciamiento de los elementos de la actitud interna, pone en peligro la igualdad de la aplicación del Derecho. El punto álgido en la utilización de elementos de la actitud interna parece, sin embargo, haberse superado. La legislación más reciente manifiesta la tendencia opuesta.[22]

17 Así *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 247; *Baumann*, Allg. Teil, pág. 298; *Lampe*, Das personale Unrecht, pág. 234; *Langer*, Sonderverbrechen, págs. 346 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 13 Vorbem. 122; *Stratenwerth*, v. Weber-Festschrift, pág. 187; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 79; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 29. Cfr. también *Hardwig*, ZStW 68 (1956), págs. 29 y ss.

18 Así *H. Mayer*, Lehrbuch, pág. 254.

19 Así *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 57; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 336; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, págs. 31 y ss. y 41 y ss.; *Schweikert*, Tatbestandslehre, pág. 138.

20 Así *Lange*, JR 1949, 166 y ss.; *Gallas*, Beiträge, pág. 57; *Würtenberger*, Situation, págs. 56 y ss.

21 Cfr. *H. Mayer*, Grundriß, pág. 54; *Stratenwerth*, v. Weber-Festschrift, página 190; *el mismo*, Allg. Teil I, núm. 331; *van Bemmelen*, Ons strafrecht, página 124. (Por esta razón rechaza el Derecho Penal *holandés* elementos de la actitud interna.)

III. Problemas de error y de participación

1. El tratamiento de los **problemas de error** en el ámbito del tipo de culpabilidad resulta discutido. Para su solución deberá partirse de la distinción de tres grupos de elementos:

a) En los *elementos de culpabilidad objetivamente configurados* el autor debe conocer los puntos de referencia objetivos, ya que de otro modo no puede haber tenido lugar influjo alguno en la formación de su voluntad ni, por tanto, resultar afectada tampoco su actitud interna frente al Derecho actualizada en el hecho. Por el contrario, no es preciso que se demuestre que la circunstancia efectivamente conocida por el autor haya ocupado un lugar decisivo en la motivación del hecho. Mas si aquél supuso por error la concurrencia de un elemento de culpabilidad objetivamente configurado, ello deberá beneficiarle, puesto que en tal caso la formación de su voluntad tuvo lugar bajo las mismas condiciones que si la circunstancia hubiera concurrido realmente *(subjetivización de los elementos de culpabilidad objetivamente configurados)*.[23]

Ejemplos: Si la madre toma por legítimo al hijo que no lo es, no puede acogerse al § 217, mientras que en el caso contrario el precepto resultaría de aplicación. La mujer que se cree comprometida válidamente con arreglo a Derecho (§ 11 I núm. 1a) porque cree erróneamente disuelto el matrimonio de aquél a quien encubre, debe resultar favorecida por el § 258 VI (en sentido distinto, RG 61, 270, en que se estima la presencia de una causa personal de exclusión de la pena). El error sobre la propia edad (§§ 157 II, 173 III, 175 II núm. 1) resulta, por el contrario, irrelevante, lo mismo que el error sobre la capacidad de culpabilidad, ya que en ambos casos se trata

22 Así, en el § 170d se ha suprimido el elemento de la "falta de conciencia" y el § 170c, que también lo contenía, ha desaparecido por completo. Lo mismo vale respecto al § 170a, en relación al elemento de la "malicia" *(Bösswilligkeit)*. En el § 134 se ha suprimido este elemento. Mas en el § 90a núm. 1 permanece la "malicia" (cfr. § 96 I, núm. 1 a. red.).

23 Así ya *Binding*, Normen, t. III, págs. 322 y ss.; cfr. también *Thierfelder*, Objektiv gefaßte Schuldmerkmale, pág. 100; *Maurach*, Bes. Teil, pág. 44; *Dreher*, § 217 Anm. 2; *LK (Lange)*, § 217 Anm. 6; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 287; *Schönke/Schröder/Eser*, § 217 Anm. 11; *Küper*, GA 1968, 326.

únicamente de puntos de apoyo legales del reproche de culpabilidad y no de situaciones que puedan influenciar la motivación.

b) En los *elementos de culpabilidad subjetivamente configurados*, las circunstancias externas a que se refiere el tipo deben haber sido conocidas por el autor y haber ejercido efectivamente su influjo en la formación de su voluntad. Pero basta también que el mismo haya supuesto erróneamente esta circunstancia y esta mera representación haya influido en la formación de su voluntad.

Ejemplos: Si el testigo no era consciente del peligro objetivamente existente de una condena penal, no resulta aplicable el § 157 I. Por el contrario, el estado de necesidad operará también sobre la declaración con tal de que el autor haya supuesto erróneamente el peligro (RG 69, 41; 77, 219 [222]; BGH 8, 301 [317]).[24]

c) Por lo que respecta a los *elementos de la actitud interna* pertenecientes al tipo de culpabilidad importa únicamente que se constate la presencia de circunstancias de naturaleza objetiva o subjetiva que no afecten al propio injusto y permitan deducir la concurrencia del comportamiento espiritual contrario a los valores éticos requerido por el tipo. Aunque el autor yerre, en ocasiones resulta imposible dicha deducción.

Ejemplos: El funcionario de un partido que por su actitud hostil desprestigia en un acto público a la República Federal, actúa de mala fe en el sentido del § 90a I núm. 1, aun cuando tome por válidos erróneamente los hechos sobre los que descansa su crítica.

2. En el ámbito de la **participación,** todos los elementos del tipo de culpabilidad deben ser tratados con arreglo al principio de que la culpabilidad de los coautores, inductores y cómplices es independiente de la de los demás intervinientes (§ 29). Esto es aplicable tanto a los elementos de culpabilidad que fundamentan la pena como a los que la excluyen, y tanto a los que agravan la pena como a aquellos otros que la atenúan. En este punto, los elementos de culpabilidad se distinguen de los elementos subjetivos del injusto, en los cuales sólo quiebra el principio de accesoriedad cuando se trata de "elementos especialmente personales" (§ 28) (cfr. más extensamente *infra*, § 61 VII 5).

Ejemplos: Si el inductor actúa por móviles bajos y el autor, en cambio, sólo dolosamente, el primero debe castigarse por inducción a asesinato (§ 211) (en distinto sentido, BGH 1, 368 [371], en que el móvil bajo se considera elemento del injusto). Del mismo modo, el cómplice debe actuar de

24 Cfr. *Maurach*, Bes. Teil, pág. 700; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 157 Anm. 11; *LK (Willms)*, § 157 Anm. 10; respecto al § 213, de forma paralela, *Wendt*, JZ 1951, 723.

mala fe en el sentido del § 1 I KWVO, no bastando que solamente conociese la malicia del autor (en distinto sentido, OGH 2, 50 [57]). Si el inductor a un delito doloso de tráfico del § 315c I núm. 2 no actúa desconsideradamente, porque mediante el exceso de velocidad persigue una meta digna en sí misma de aprobación, sólo puede, con arreglo a los §§ 1 II StVO, 14, 49 I número 1, ser sancionado con una multa por una infracción administrativa.

* * *

Puesto que en España la construcción del tipo de culpabilidad apenas ha hallado eco en la doctrina, baste remitirse a lo dicho al respecto supra. *Adiciones al § 25.*

Subsección C

Causas de exculpación

§ *43 Fundamentos de la exculpación de acciones típicamente antijurídicas*

Anne-Eva Brauneck, Der strafrechtliche Schuldbegriff, GA 1959, 261; *Fletcher*, The Individualisation of Excusing Conditions, Southern California Law Review 47 (1974), pág. 1.269; *Gallas*, Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 311; *Goldschmidt*, Der Notstand, ein Schuldproblem, Österr. Zeitschrift für Strafrecht 1913, 129; *Henkel*, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 249; *Armin Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; *el mismo*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *Küper*, Noch einmal: Rechtfertigender Notstand etc., JuS 1971, 474; *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, t. I, 1930, página 359; *Rudolphi*, Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. der §§ 52, 53 III und 54 strafbar? ZStW 78 (1966), pág. 67; *Eb. Schmidt*, Das Problem des übergesetzlichen Notstands, Mitt IKV, t. V, 1931, pág. 131; *Vogler*, Der Irrtum über Entschuldigungsgründe, GA 1969, 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 se halla justificada por la intervención de una proposición permisiva, porque en las especiales circunstancias en que tuvo lugar su comisión ésta no representa ningún injusto material (cfr. *supra*, § 31 II 3). Mas con ello no se agotan las posibilidades de impunidad. Existen hechos que, pese a ser típicamente antijurídicos y haber sido cometidos por un autor capaz de culpabilidad y dotado de conciencia de lo injusto, quedan libres de pena porque en determinadas circunstancias

el ordenamiento jurídico no formula reproche alguno de culpabilidad.[1] Las circunstancias que hacen desaparecer el reproche de culpabilidad se denominan **causas de exculpación** (cfr. *infra*, §§ 44-47).

2. La posibilidad de exculpación de acciones típicamente antijurídicas proviene de que los juicios de antijuricidad y culpabilidad se distinguen en su objeto y en el baremo que sirve a su medición. Al examinar la *antijuricidad* se pregunta si la actuación de la voluntad concuerda con el orden jurídico, mientras que cuando se examina la *culpabilidad* se plantea la cuestión de si la actitud interna manifestada en el hecho puede contemplarse como expresión de una disposición censurable del autor frente al Derecho. Las causas de exculpación no pueden, sin embargo, reconducirse por completo al esquema de la división de injusto y culpabilidad, por lo que ocupan una **doble posición**, en cuanto determinan tanto una aminoración del grado de injusto como del de culpabilidad del hecho. Así, la situación resulta próxima a la de una causa de justificación y la motivación del autor resulta comprensible por la concurrencia de circunstancias extraordinarias. De esta doble disminución del contenido de criminosidad del hecho el legislador extrae la consecuencia de que en tales casos aquél ya no merece ser castigado y ha de quedar impune (cfr. *infra*, § 43 III 2b).[2]

3. Aunque la consecuencia de impunidad sea común a las causas de justificación y a las de exculpación, posee en ambos casos distinta significación. El hecho justificado es **aprobado** por el ordenamiento jurídico, el exculpado sólo es **perdonado.** De ahí que en el primero se halle excluida la participación punible y en el segundo, en cambio, resulte perfectamente posible. Si alcanza o no al partícipe la exculpación depende de las circunstancias que concurran en su persona (§ 29). Por otra parte, la regulación del error es distinta en las causas de justificación y en las de exculpación (cfr. *supra*, § 41 III e *infra*, § 48 II). Por último, frente a una acción antijurídica pero exculpada cabe la legítima defensa, la cual no es lícita en cambio respecto de un hecho justificado.

II. Exclusión de la culpabilidad y exculpación

1. Capacidad de culpabilidad y conciencia de la antijuricidad constituyen *elementos que fundamentan la culpabilidad.* Si el autor no es capaz de culpabilidad o actúa en error de prohibición invencible, faltará la culpabilidad. Incapacidad de culpabilidad y error de prohibición invencible son, por tanto, **causas de exclusión de la culpabilidad:**[3] en ambos casos puede negarse de antemano una falta censurable de actitud jurídica, puesto que el autor es incapaz de conocer el injusto del hecho o de dejarse guiar por este conocimiento. Ni la formación ni la actuación de la voluntad antijurídica de la acción pueden, pues, constituir objetos de un reproche de culpabilidad.

2. La situación es distinta en las causas de exculpación.[4] Éstas determinan, ciertamente, una disminución del contenido de injusto y de culpabilidad del hecho (cfr. *infra*, § 43 III 2d). Mas el injusto de ningún modo resulta del todo excluido, ya que el desvalor del resultado sólo desaparece parcialmente y no basta por sí sola como causa de justificación la persecución de un fin aprobado por el Derecho. Igualmente debe negarse una plena exclusión de la culpabilidad, pues la situación excepcional que rodea al hecho no elimina la capacidad de culpabilidad ni el conocimiento de la prohibición.[5] Las causas de exculpación deben contemplarse, pues, como *causas de disminución del injusto y de la culpabilidad,* a las cuales ha asociado el legislador la *impunidad* porque su concurrencia impide que se alcance el límite del merecimiento de pena.

III. Principios fundamentales de las causas de exculpación

1. Mientras que las causas de justificación sólo pueden explicarse acudiendo a una pluralidad de puntos de vista (cfr. *supra*, § 31 II 1), suele entenderse que las causas de exculpación pueden reconducirse en su totalidad al principio de la **inexigibilidad de un comportamiento ajustado a la norma.**[6] Con ello no se dice, sin duda, nada incorrecto, pero tampoco se obtiene ninguna fundamentación material, puesto que la exigibilidad y la inexigibilidad únicamente constituyen "principios regulativos" que no indican el contenido de la decisión, sino sólo el camino que conduce a la misma, al indicar el juez que tome en consideración todas las circunstancias relevantes del caso concreto para decidir correctamente.[7] No hay que resignarse

1 Cfr. sobre esta distinción en el Derecho continental y en el Common Law *Fletcher*, Southern California Law Review 47 (1974), págs. 1.280 y ss.

2 *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 463 estima en estos casos una "exclusión de la responsabilidad por el hecho" (cfr. *supra*, § 39 V), pero las exigencias de esta teoría ya se satisfacen descubriendo la razón de la renuncia al reproche de culpabilidad (cfr. *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 109).

3 En contra de esta terminología, *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 458, nota 1.

4 La distinción se ajusta a la doc. mayoritaria; cfr. *Eser*, Strafrecht I, número 19 A 6; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 167; *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte, págs. 151 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 108; *SK (Rudolphi)*, § 19 Vorbem. 5, 6; *Vogler*, GA 1969, 104; *Welzel*, Lehrbuch, página 179; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 75.

5 En distinto sentido, *Baumann*, Allg. Teil, pág. 475; *Blei*, Allg. Teil, página 182; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 591, que estiman *exclusión* de la culpabilidad.

6 Así *Baumann*, Allg. Teil, pág. 481; *Blei*, Allg. Teil, página 182; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 167; *Kohlrausch/Lange*, § 52 Anm. I; *Lackner*, § 32 Vorbem. III; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 179.

7 Ampliamente, sobre esto, *Henkel*, Mezger-Festschrift, págs. 267 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 110. Cfr. también *Eb. Schmidt*, Mitt IKV, t. V, págs. 147 y ss., que alude a la necesidad de llenar de sentido el prinçipio mediante elementos materiales; análogamente *Oetker*, Frank-Festgabe, t. I, pág. 388 y *W. Weber*, Juristen-Jahrbuch 3 (1962/63), pág. 239.

a un principio tan indeterminado en cuanto a su contenido, pues los criterios que presiden las causas de exculpación no son en absoluto indeterminados en los casos regulados por la ley y, por otra parte, la doctrina ha desarrollado baremos concretos para el supuesto *supra* legal de la colisión de deberes.

2. La doctrina se ha esforzado por distintas vías en la búsqueda de una explicación *material* de la impunidad que aparezca como posible denominador común de las causas de exculpación.

a) Un sector destaca el paralelo de las causas de exculpación con la incapacidad de culpabilidad, por entender que la situación del afectado sería comparable a la del incapaz de culpabilidad.[8] Mas esta *interpretación psicológica* no es convincente, puesto que incluso en las situaciones excepcionales la mayoría de los hombres se dejan motivar por las normas jurídicas. Otros autores suponen que en los casos de las causas de exculpación ha de negarse el "*poder general*" del ciudadano medio (como "sujeto social") que el ordenamiento jurídico presupone.[9] Para la teoría de la unidad (cfr. § 33 I 1) el ordenamiento jurídico no puede, al menos en el estado de necesidad, formular ningún juicio de valor desaprobatorio, lo que supone que la acción aparezca en definitiva como *no prohibida*.[10] Según otra opinión la presión motivacional dominante constituye una suficiente *causa de exclusión de la culpabilidad*.[11] Por último, también se basa la impunidad en una notable *aminoración del contenido de culpabilidad del hecho*, la cual se reputa bastante para justificar la renuncia al reproche de culpabilidad.[12]

b) Va ganando terreno una teoría que se esfuerza en reunir en una solución diferenciadora los criterios mencionados, cada uno de los cuales acierta sólo en aspectos parciales del problema. Para ello se fija la atención en la **valoración de la cantidad de injusto y culpabilidad** del hecho en las distintas causas de exculpación.[13] Las causas de justificación influyen tanto en el grado de injusto como en el de culpabilidad. En todos los supuestos, lo *injusto personal de la acción* resulta disminuido por el fin legítimo perseguido por el autor (salvación de un peligro, cumplimiento del deber de obediencia). Mas también lo *injusto* del resultado del hecho, por lo menos en el estado

8 Así *Frank*, § 51 Vorbem. I y § 52 Anm. I; *Anne-Eva Brauneck*, GA 1959, 269; *Baumann*, Allg. Teil, pág. 471; BT-Drucksache V/4.095, pág. 16; RG 66, 397 (398).

9 Así *Maurach*, Schuld und Verantwortung, págs. 42 y ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 463; *Maihofer*, Rittler-Festschrift, págs. 158 y ss.

10 Así *Gerland*, Lehrbuch, pág. 150; *Maurach*, Kritik der Notstandslehre, páginas 93 y ss.; *H. Mayer*, Lehrbuch, pág. 191; *el mismo*, Grundriß, pág. 92.

11 Así *Goldschmidt*, Österr. Zeitschrift für Strafrecht 1913, 162.

12 Así *Bockelmann*, Untersuchungen, págs. 84 y ss.; *Gallas*, Mezger-Festschrift, pág. 323; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 460, que habla de una desaparición de la "culpabilidad jurídica".

13 Así *Eser*, Strafrecht I, núm. 19 A 4; *Armin Kaufmann*, Normentheorie, páginas 202 y ss.; *el mismo*, Unterlassungsdelikte, págs. 156 y ss.; *Küper*, JuS 1971, 477; *Rudolphi*, ZStW 78 (1966), págs. 79 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 111; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 596; *Wessels*, Allg. Teil, página 75. En contra, *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 461 y ss.

de necesidad y en el exceso en la legítima defensa, se rebaja en la medida del valor correspondiente al bien que el autor salva o protege. Además, en todas las causas de exculpación es también inferior el *contenido de culpabilidad* del hecho, ya que el autor se encuentra en una situación excepcional que, si bien no excluye la autodeterminación según las normas, la dificulta de forma esencial (peligro para la vida, el cuerpo o la libertad, estado pasional vinculado a la legítima defensa, relación de subordinación). Por ello, la acción no expresa una actitud censurable del autor frente al Derecho en la misma medida que si hubiese tenido lugar en circunstancias normales. La valoración de todas estas circunstancias que hablan a favor del autor determina que, pese a que el injusto y la culpabilidad no resultan excluidos, sino sólo atenuados, el legislador prescinda de la formulación del reproche de culpabilidad jurídico-penal, por mucho que deba, no obstante, afirmarse el desvalor ético del hecho.[14] Mas en cuanto *se remueve la base del juicio de valor*, esta conclusión ha de modificarse; ello explica que subsista el reproche de culpabilidad para personas obligadas a soportar el peligro del estado de necesidad (soldados, bomberos, funcionarios de policía) (cfr. *infra*, § 44 IV 2), que ciertos casos de exceso en la legítima defensa se castiguen pese a la concurrencia de transtorno, miedo o terror (cfr. *infra*, § 45 II 4) y que el cumplimiento de una orden manifiestamente antijurídica no resulte exculpada (cfr. *infra*, § 46 II 3b).

* * *

La doctrina corriente en España no ha penetrado en la contemplación de las "causas de exculpación" (Entschuldigungsgründe) *con el grado de* diferenciación *que acoge el texto de acuerdo con el estado actual de la doctrina dominante en Alemania. Ha prevalecido en nuestro país el criterio de* Mezger *según el cual no cabe establecer diferencias materiales entre las eximentes que se incluyen entre las causas de exculpación, de una parte, y las causas de inimputabilidad o el error, por otra parte, por entender que todos éstos son supuestos de exclusión de la culpabilidad.*[1] *Así, nuestros autores no recogen la distinción entre la propia exclusión de la culpabilidad y la simple "exculpación", pese a que en ocasiones utilizan este segundo término, puesto que entonces lo hacen en el sentido de exclusión de la culpabilidad sin más.*[2] *Debe reconocerse que tal entendimiento del vocablo "exculpación" viene favorecido por el hecho de que en nuestra lengua puede perfectamente equipararse a la exclusión de la culpabilidad. Por tal razón he estado tentado de traducir con otra expresión, la de "causas de* disculpa", *el término alemán*

14 Ésta es la única razón *material* de la renuncia a la pena, según *Roxin*, Henkel-Festschrift, págs. 182 y ss.

1 Cfr. *Mezger*, Tratado II p. 192.

2 Así cfr. *Rodríguez Devesa*, PG pp. 558, 588, que distingue entre "causas de inimputabilidad" y "las *restantes* (u «*otras*») causas de exculpación", *dentro* de las "causas de exclusión de la culpabilidad".

"Entschuldigungsgründe". *Hubiera sido literalmente exacta y más expresiva del matiz que encierra la terminología germánica, pero he preferido mantener la palabra "exculpación", ya usual, que propuso* Rodríguez Muñoz.[3] *Consciente, no obstante, de las ventajas del término "disculpa", no quiero dejar de proponer que en el futuro vaya incorporándose su uso.*

La cuestión de la diferenciación o no de las causas de disculpa (o exculpación) respecto de las de exclusión de la culpabilidad depende, lógicamente, del concepto material de culpabilidad que se maneje. La diferenciación del concepto de "disculpa" que actualmente se efectúa en Alemania es consecuencia de que la doctrina dominante concibe la culpabilidad en base al "poder actuar de otro modo" del autor. Así entendida, la culpabilidad no puede considerarse plenamente excluida *cuando concurre sólo una circunstancia como el miedo insuperable, que no elimina ni la imputabilidad ni el necesario conocimiento de lo injusto, pues una causa como el miedo* no priva, por completo *al sujeto de su "poder actuar de otro modo", sino que únicamente se lo aminora, siquiera sea de forma notable. Éste es el sentido del texto. En cambio, si a la culpabilidad se le atribuye un sentido material desvinculado de la idea de libre albedrío, por ejemplo, el de valorar la* motivabilidad normal del sujeto *(así* supra *Adiciones al § 37) no es preciso tener que admitir la conclusión de que las llamadas causas de exculpación no excluyen la culpabilidad — conclusión que no deja de resultar sistemáticamente insatisfactoria e implica una contradicción que acaso ponga de manifiesto la inadecuación del concepto de culpabilidad liberoarbitrista a la regulación legal de las eximentes relativas a la culpabilidad.*

§ *44 El estado de necesidad exculpante*

Achenbach, Wiederbelebung der allgemeinen Nichtzumutbarkeitsklausel? JR 1975, 492; *Arndt,* Anmerkung zu OLG Kiel vom 26-3-1947, SJZ 1947, 330; *Baumgarten,* Notstand und Notwehr, 1911; *Blei,* Zumutbarkeit und Vorverhalten beim entschuldigenden Notstand, JA 1975, 307; *Bockelmann,* Zur Schuldlehre des OGH, ZStW 63 (1951), pág. 13; *Broglio,* Der strafrechtliche Notstand im Lichte der Strafrechtsreform, 1928; *Goldschmidt,* Der Notstand, ein Schuldproblem, Österr. Zeitschrift für Strafrecht 1913, 129; *Hanack,* Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrechen, 1967; *Henkel,* Der Notstand nach gegenwärtigem und zukünftigem Recht, 1932; *el mismo,* Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 249; *Jäger,* Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, 1967; *Jescheck,* Deutsche und österreichische Strafrechtsreform, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 365; *Koch,* Der Einfluß von Zwang und Notstand auf die Verantwortlichkeit des Täters nach französischem Strafrecht, tesis Freiburg 1968; *Kuhnt,* Pflichten zum Bestehen des strafrechtlichen Notstands (§§ 52, 54 StGB), tesis Freiburg 1966; *Lekschas/Loose/Renneberg,* Verantwortung und Schuld im neuen StGB, 1964; *Marcetus,* Der Gedanke der Zumutbarkeit etc., Straf. Abh. Heft 243, 1928; *Maurach,* Kritik der Notstandslehre, 1935; *Moos,* Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert, 1968; *Nowakowski,* Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, 19; *Otto,* Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 2.ª ed. 1974; *Platzgummer,* Die "Allgemeinen Bestimmungen" des Strafgesetzentwurfs etc., JBl 1971, 236; *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; *Roesen,* Rechtsfragen der Einsatzgruppen-Prozesse, NJW 1964, 133; *Roxin,* "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Festschrift für H. Henkel, 1974, pág. 171; *el mismo,* Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª ed. 1973; *Scarano,* La non esigibilità nel diritto penale, 1948; *Schölz,* Wehrstrafgesetz, 2.ª ed. 1975; *Siegert,* Notstand und Putativnotstand, 1931; *Watzka,* Die Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens im strafrechtlichen Notstand, tesis Freiburg 1967; *v. Weber,* Das Notstandsproblem etc., 1925; *el mismo,* Vom Diebstahl in rechter Hungersnot, MDR 1947, 78; *el mismo,* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl, MDR 1948, 34; *Weimar,* Darf sich der Luftfahrer im Notstand auf § 54 StGB berufen? Zeitschrift für Luftrecht 1956, 107.

Cfr. además la bibliografía general del § 43.

El estado de necesidad exculpante (§ 35) debe distinguirse del estado de necesidad justificante (§ 34): **no es una causa de justificación, sino de exculpación** (BGH 2, 242 [243]) (cfr. sobre las teorías de la unidad y de la diferenciación, *supra* § 33 I 1). Pese al tenor de la ley ("actúa sin culpabilidad"), el estado de necesidad constituye una causa de exculpación (sobre la diferencia respecto de las causas de exclusión de la culpabilidad cfr. *supra,* § 43 II) que se basa en la aminoración de lo injusto y en la doble disminución del contenido de culpabilidad del hecho (cfr. § 43 III 2b).[1] Actúa en estado de necesidad exculpante el que en una situación de peligro para la vida, el cuerpo o la libertad, comete un hecho antijurídico (§ 11, I, núm. 5) para evitar el peligro que existe para él, para un pariente o para otra persona próxima al mismo (§ 35 I 1). El párrafo 2 limita el alcance del precepto mediante una cláusula de exigibilidad de carácter excepcional (BT-Drucksache V/4.095, pág. 16).

Ejemplos: La madre sustrae a su hijo no legítimo de un establecimiento tutelar (§ 21 Preuss. Ges. über die Fürsorgeentziehung de 1900), porque a pesar de sus esfuerzos por ayudar allí amenaza peligro para su cuerpo (RG 41, 214 [216]). El novio cansado de su novia obliga a un joven amigo a disparar sobre ella bajo amenaza de muerte (RG 64, 30 [31]). Por temor a actos de violencia de contrincantes políticos un testigo incurre en perjurio (RG 66, 222 [226]). En un naufragio dos náufragos buscan su salvación en una tabla que sólo puede resistir el peso de uno de ellos; el más fuerte arroja al mar al más débil, que perece ahogado ("tabla de Karnéades", según el filósofo griego Karnéades, 214-129 a. C., a quien se debe el caso).[2]

El **nuevo Derecho** ha reunido los anteriores §§ 52 y 54 en un solo pre-

3 Cfr. la traducción del *Mezger,* II pp. 192 ss.

1 Así, con razón, *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 35 Anm. 5. La remisión de *Achenbach,* JR 1975, 494 al texto legal sobreestima la significación del tenor literal para la dogmática. El recurso directo a la teoría de los fines de la pena que efectúa *Roxin,* Kriminalpolitik, págs. 33 y ss. y Henkel-Festschrift, pág. 183, desatiende la fundamentación de la desaparición de la necesidad de pena, que no es otra que la importante rebaja del contenido de injusto y culpabilidad del hecho.

2 *Stratenwerth,* Allg. Teil I, núm. 594 apunta en este punto a la gran incidencia de *Kant,* quien no consideró este caso como exculpado (inculpabilis), pero sí como impune (impunibilis).

cepto (§ 35), que **se distingue de la anterior regulación** en varios aspectos: junto a la vida y a la integridad física ahora se menciona la libertad como bien jurídico susceptible de protección en estado de necesidad. El círculo de sujetos del estado de necesidad se ha extendido más allá de los parientes a otras personas próximas al autor. Mediante la cláusula de la exigibilidad ha encontrado acogida en la ley una restricción del estado de necesidad propugnada por la Jurisprudencia y la doctrina anteriores. Por otra parte, también es nueva la previsión de la posibilidad de atenuación de la pena para el supuesto de exigibilidad de soportar el estado de necesidad (§ 35 I 2 segunda parte). Por último, el legislador ha introducido en el § 35 II un precepto relativo al error inspirado en el § 40 II E 1962.

I. La situación de estado de necesidad

Los **presupuestos del estado de necesidad exculpante** se hallan estrictamente delimitados y no pueden ser ampliados por el juez, porque el legislador *sólo* renuncia al reproche de culpabilidad bajo las condiciones establecidas por la ley (RG 66, 397 [399]).[3]

1. Son **bienes jurídicos susceptibles de protección en estado de necesidad** según el § 35 — a diferencia del estado de necesidad justificante (§ 34) — sólo la **vida, el cuerpo** y la **libertad.** Esta restricción responde al principio en que se funda el estado de necesidad exculpante, pues solamente si se trata de peligros para bienes jurídicos fundamentales puede decirse que dificulta con carácter esencial la autodeterminación con arreglo a la norma. El estado de necesidad para el cuerpo abarca también el peligro de abusos sexuales. La libertad es sólo la de movimiento en el sentido del § 239, y no la libertad general de actuar y decidir tutelada por el § 240. No entran en juego los menoscabos insignificantes de la integridad física ni de la libertad, como se deduce ya de la equiparación con la vida que efectúa el § 35 (RG 29, 77 [78]; 66, 397 [400]).[4]

Ejemplos: El peligro de enfermedad que deriva de la amenaza de inundación de una granja puede exculpar la colocación de un dique que determina daños considerables en otro lugar (§ 313) (RG JW 1933, 700). Por el contrario, no basta la amenaza de malos tratos para disculpar un perjurio (§ 154) (RG 66, 397). El propietario de una destilería que, ante el peligro de despojos de aguardiente que debiera suministrarse al monopolio correspondiente, lo vende por su cuenta para precaver pérdidas financieras, no resulta exculpado por el estado de necesidad, aunque en este caso (RG 60, 117 [120]) actuase justificadamente por consentimiento presunto (cfr. *supra*, § 34 VII 1b).

3 Así *Achenbach*, JR 1975, 496; *Lackner*, § 35 Anm. 2b; *LK (Baldus)*, § 54 Anm. 9; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 480; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 Anm. 7; *SK (Rudolphi)*, § 35 Anm. 5. *Stree*, en: *Roxin* y otros, Einführung página 57 echa a faltar que en casos análogos (por ej., peligro de pérdida de todos los bienes por un incendio) no se halle prevista ninguna atenuación facultativa de la pena. *Baumann*, Allg. Teil, pág. 483 y *Stratenwerth*, Allg. Teil I, número 601, propone aplicar en tales casos el § 35 por analogía.

4 Cfr. *Dreher*, § 35 Anm. 4; *LK (Baldus)*, § 52 Anm. 20; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 481; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 Anm. 9; *SK (Rudolphi)*, § 35 Anm. 8.

2. Debe concurrir, además, un **peligro actual no eludible de otro modo.** Resulta indiferente la fuente de la que proceda el peligro. Puede tratarse de sucesos de la naturaleza (RG 72, 246: peligro de una explosión de grisú), estados de peligro para cosas (RG 59, 69: peligro de derrumbamiento de una casa ruinosa) y peligros que proceden de personas (RG 66, 222: terror político; BGH NJW 1966, 1.823: comportamiento inhumano de un padre despótico). También es suficiente el peligro de suicidio que concurre en un pariente.[5] Por peligro *actual* debe entenderse un estado en el que aparezca como seguro o extremadamente probable la producción de un daño si no se presta ayuda de inmediato (RG 66, 222 [225]; BGH NJW 1951, 769). También es actual el *peligro duradero* en la medida en que el peligro para la vida pueda devenir actual en cualquier momento.

Ejemplos: Homicidio del padre colérico adicto a la bebida durante el sueño para proteger a la madre y a las hermanas de crueles excesos ulteriores (RG 60, 318 [321], pero en sentido restrictivo OGH 1, 369 [370]); perjurio por temor a la venganza de contrincantes políticos (RG 66, 98 [100]); perjurio por miedo a la amenaza de muerte proveniente del afectado por la declaración (BGH 5, 371 [373]); homicidio del padre de familia despótico frente al que no intervienen las autoridades, mediante golpes propinados con una sartén (BGH NJW 1966, 1.823); homicidio de una persona por un joven que se ve obligado al hecho mediante una amenaza de muerte (RG 64, 30).

El peligro debe, por otra parte, *no ser eludible de otro modo* (RG 59, 69 [71]; BGH NJW 1966, 1.823 [1.824 y ss.]). El hecho realizado en estado de necesidad se presenta, así, como el último medio exigible (BGH GA 1961, 103) y a la vez eficaz de que dispone el amenazado. Si existen medios de defensa legítimos, éstos tienen preferencia (BayObLG GA 1973, 208 [209]: reclamación en lugar de deserción). También es preferible una acción antijurídica de inferior entidad (RG 66, 222 [227]: negarse ilícitamente a prestar declaración en lugar de perjurio). El amenazado debe, llegado el caso, soportar también el menoscabo de derechos propios (RG 66, 222 [227]; BGH LM § 52 StGB núm. 8: multa gubernativa y detención gubernativa según el § 70 StPO; RG 66, 397: golpes y perjuicios económicos).[6] El empleo del medio menos lesivo, que posiblemente implique desventajas para el amenazado, es tanto más exigible al mismo cuanto ma-

5 Así *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 Anm. 14. En otro sentido, *LK (Baldus)*, § 54 Anm. 5; *SK (Rudolphi)*, § 35 Anm. 6.

6 Cfr. sobre esto *v. Liszt/Schmidt*, pág. 286; *LK (Baldus)*, § 54 Anm. 17; *SK (Rudolphi)*, § 35 Anm. 10; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 76.

yor sea la gravedad de la intervención en estado de necesidad.[7] El que actúa en estado de necesidad posee un **deber de examen** en orden a estas ponderaciones cuyo nivel de exigencia depende de la gravedad del hecho punible. Quien, por no examinar cuidadosamente la situación, supone equivocadamente la concurrencia de los presupuestos del estado de necesidad, debe reprocharse su error (cfr. *infra*, § 48 II 2).

Ejemplos: Quien es obligado a efectuar confidencias al servicio secreto soviético debe intentar hallar un camino para impedir el secuestro de víctimas inocentes (BGH NJW 1952, 111 [113]). Quien, sobre todo en delitos graves no se preocupa en absoluto de cómo evitar el hecho punible, no puede acogerse al estado de necesidad (BGH 18, 311).

3. El hecho realizado en estado de necesidad no sólo resulta exculpado cuando el peligro amenaza al propio autor, sino también cuando afecta a un **pariente próximo** o a **otra persona allegada a aquél.** Al efectuar esta ampliación el legislador parte de que el autor siente el peligro del estado de necesidad que afecta a una persona vinculada a él por vínculos familiares o estrechas relaciones personales como un peligro que le amenazase a él mismo.

El concepto de **pariente próximo** *(Angehöriger)*,* que se define en el § 11 I núm. 1 con carácter exhaustivo para todo el StGB, abarca a consanguíneos y afines en línea ascendente y descendente (por ej., la suegra y el yerno, pero no el tío y los sobrinos) (§§ 1.589, primer inciso, 1.590 I BGB), a los cónyuges y a sus hermanos, a los hermanos y a sus cónyuges, y a los prometidos formalmente. Deben incluirse también entre los parientes próximos aquellas personas que se hallan unidas entre sí por haber sido adoptadas (§ 1.754 BGB) y, finalmente, los padres e hijos adoptivos. Lo que decide la consanguinidad y la afinidad es la ascendencia de la sangre (BGB 7, 245 [246]), como ahora viene a reconocer expresamente el § 11 I número 1a. Contra la anterior Jurisprudencia (cfr. edic. anterior, pág. 364) el nuevo Derecho determina que la disolución de un matrimonio (muerte, separación, declaración de nulidad, anulación) no suprime la relación de parentesco derivada del matrimonio. En el noviazgo no importa la eficacia jurídico-civil, de suerte que también puede prometerse sin el consentimiento de su representante legal quien posee restringida su capacidad negocial (RG 38, 242 [243]), mas son nulos los esponsales que tienen lugar concurriendo un matrimonio u otro compromiso anteriores (RG 61, [270]; 71, 152 [154]). Mediante la introducción de **personas allegadas** al autor se alude a relaciones personales comparables, en cuanto a la intensidad del sentimiento de vinculación, a la relación que existen entre los parientes próximos *(Angehöriger)* (por ej., parientes [*Verwandte*] distintos a los previstos en la ley penal,* personas que hacen vida conyugal, se hallan unidas por relaciones amorosas, por vínculos de estrecha amistad o por una comunidad de vida de larga duración).[8]

7 *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 Anm. 16, destaca con razón que la comprobación de la imputabilidad debe efectuarse aquí al valorarse ya la acción realizada en estado de necesidad, según el § 35 I 1, de suerte que en esta medida el inciso segundo carece de objeto.

* El texto contrapone los términos "*Angehöriger*" y "*Verwandter*". El primero, empleado con un sentido preciso por el § 11 I núm. 1 StGB, alcanza sólo a los parientes próximos que se indican en el texto. De ahí que lo traduzcamos por "parientes próximos" en el sentido legal referido. A él se contrapone el término más amplio de "*Verwandter*", que más abajo traducimos por "parientes". *(Nota del traductor.)*

II. La acción realizada en estado de necesidad

1. La acción realizada en estado de necesidad puede hallarse constituida por toda injerencia en bienes jurídicos ajenos, incluso por el homicidio. Mas como el estado de necesidad, a diferencia de la legítima defensa, no supone la salvaguardia del Derecho frente al injusto (cfr. *supra*, § 32 II 2b), en aquél debe respetarse el **principio de proporcionalidad.** De ahí que una acción de salvamento ante un peligro de la integridad física sólo resulte exculpada si lo injusto del resultado del hecho resulta disminuido de forma esencial por la evitación del menoscabo corporal que amenazaba (cfr. *supra*, § 44 I 1). No obstante, el § 35 no debe excluirse sin más en los homicidios masivos (BGH NJW 1964, 730). De la misma forma que en la legítima defensa el afectado debe elegir, además, la vía de salvación menos lesiva (BGH 2, 242 [245]), y así, por ejemplo, en caso de amenaza de espectadores tras un accidente de tráfico aquél sólo puede alejarse del lugar del accidente en la medida en que resulte necesario para escapar a la zona de inmediato peligro (BayObLG DAR 1956, 15 [16]).

2. La acción realizada en estado de necesidad debe tener lugar **para apartar el peligro.** Aquí reside el momento decisivo tanto para la aminoración de lo injusto de la acción como para la del contenido de culpabilidad del hecho: el autor actúa con voluntad de salvamento *y* bajo la presión de una situación motivacional extraordinaria. Por tanto, no sólo debe haber conocido la situación de estado de necesidad, sino que la misma debe haber constituido *eficaz* motivo para él de salvación del peligro para la vida o para el cuerpo, aunque ello pueda tener lugar junto a otros motivos.[9] Esto hace que los presupuestos subjetivos del estado de necesidad exculpante sean distintos a los propios de los elementos de culpabilidad objetivamente configurados, respecto de los cuales únicamente es preciso constatar el conocimiento de la situación excepcional, y no su efectivo influjo en la formación de la voluntad (cfr. *supra*, § 42 III 1a). También el *estado de nece-*

8 Cfr. sobre esto el Proyecto 1962 Begründung, pág. 161; *Dreher*, § 35 Anm. 7; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 Anm. 20; *SK (Rudolphi)*, § 35 Anm. 9; *Stree*, en: *Roxin* y otros, Einführung, pág. 57.

9 Cfr. *Baumann*, Allg. Teil, pág. 476; *Blei*, Allg. Teil, pág. 183; *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 124; *Dreher*, § 35 Anm. 8; *Lackner*, § 35 Anm. 2d; *LK (Baldus)*, § 54 Anm. 15; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 481; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 609; *v. Weber*, MDR 1948, 40. Igualmente en favor del § 35, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 Anm. 21.

sidad derivado de una orden, esto es, el peligro de ser muerto en caso de incumplimiento de la orden, presupone que el subordinado ha ejecutado la orden que sabía antijurídica *para* salvarse a sí mismo, a un pariente próximo o a otra persona allegada, del peligro que amenaza a su vida.[10]

Ejemplos: Quien colaboró con celo y predisposición en persecuciones de judíos no puede acogerse al estado de necesidad, ni siquiera en el caso de que de haber incumplido las órdenes hubiera peligrado su vida o integridad física (OGH 1, 310 [313]; cfr. también BGH 3, 271 [275]; 18, 311).

III. La restricción del estado de necesidad operada por la cláusula de exigibilidad

1. La exculpación por estado de necesidad no tiene lugar cuando, con arreglo a las circunstancias, pudiera exigirse al autor soportar el peligro. La cláusula de exigibilidad remite a la consideración de la disminución esencial del contenido de injusto y culpabilidad del hecho que sirve de base a la exculpación determinada por el estado de necesidad (cfr. *supra,* § 44 antes de I).[11] Si el valor del bien jurídico amenazado es esencialmente inferior al del valor que corresponde al bien jurídico agredido en estado de necesidad, también será menor la disminución del injusto. Ésta puede llegar incluso a desaparecer en casos de gran desproporción entre los bienes en conflicto. Ello determina que sea menor la disminución del contenido de culpabilidad del hecho correspondiente a la aminoración de lo injusto. Igualmente, la presión motivacional que pesa sobre el autor y, por tanto, la segunda causa de disminución de la culpabilidad que de ello deriva, puede, según las circunstancias (por ej., menor grado de peligro, existencia de posición de garante frente a la víctima del estado de necesidad), rebajarse con tal intensidad o compensarse hasta tal punto, que resulte exigible al autor soportar la situación de estado de necesidad.

2. La ley menciona dos **supuestos ejemplificativos** en relación a la exigibilidad de soportar el estado de necesidad, los cuales, no obstante, no deben entenderse ni vinculantes ni exhaustivos, sino destinados a ofrecer una directriz para la interpretación de la cláusula de exigibilidad.[12]

10 Cfr. sobre esto *Jäger,* Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, págs. 89 y ss. Por supuesto que también aquí debe respetarse el principio "in dubio pro reo"; cfr. *Roesen,* NJW 1964, 136. Cfr. también la completa exposición de la Jurisprudencia sobre esta cuestión en *Hanack,* Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrechen, págs. 45 y ss.

11 Cfr. *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 35 Anm. 24; *SK (Rudolphi),* § 35 Anm. 11.

12 Así también *Blei,* Allg. Teil, pág. 184; *el mismo,* JA 1975, 307 y ss.; *Dreher,* § 35 Anm. 10; *Lackner,* § 35 Anm. 3b; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, página 477; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 35 Anm. 24. En distinto sentido, *Baumann,* Allg. Teil, pág. 477.

a) En primer lugar, la exigibilidad puede ser deducible del hecho de haber **causado** el autor **el peligro inherente al estado de necesidad.**

Según el Derecho anterior, el autor no podía haber producido **culpablemente** la situación de colisión, es decir, la necesidad de tenerse que librar de la situación de estado de necesidad mediante la lesión de otro. La Jurisprudencia entendía por "culpabilidad" la subjetiva contrariedad al deber del que actúa en estado de necesidad (RG 36, 334 [341]).

El nuevo Derecho parece querer afirmar la exigibilidad en cuanto el autor haya causado un peligro. Sólo literalmente constituye ello una agravación respecto del Derecho anterior, puesto que siempre es preciso atender a la exigibilidad de soportar el estado de necesidad y el contenido de culpabilidad del hecho no resulta afectado (en sentido distinto, edic. anterior, pág. 363) por el proceso, indiferente para la culpabilidad, de la pura causación de la situación de colisión (por ejemplo, alguien deviene testigo por la observación casual de un hecho). Por consiguiente, podrá entenderse, como en el Derecho anterior, que la idea que preside esta restricción de la exculpación por estado de necesidad es que ésta desaparece **cuando el autor ha provocado indebidamente la situación de colisión.**[13]

Ejemplos: El marido no puede alegar estado de necesidad exculpante frente a la acusación de proxenetismo por permitir relaciones sexuales a su mujer (§ 181 I núm. 2 ant. redac.), si él mismo ha causado mediante la comisión de un delito el peligro de ser denunciado por ella (RG 72, 19). El meteorólogo que, faltando a su deber, no ha anunciado un peligroso grisú en una mina, no resultará exculpado con arreglo al § 35 si luego, temiendo por su propia vida, omite advertir a los ocupantes de una galería amenazada una vez que había advertido el peligro inminente de una explosión (RG 72, 246 [249]). Quien regresa a la RDA pese a saber que en ese país es buscado por un delito económico, no puede acogerse al estado de necesidad exculpante si huye del establecimiento penitenciario dando muerte a un vigilante (BGH ROW 1958, 33 [34]).

La cuestión, antes polémica, de a quién debe referirse el requisito de inculpabilidad de la situación de colisión en el estado de necesidad de parientes (cfr. edic. anterior, pág. 363, nota 6) se ha aclarado en el nuevo Derecho en el sentido de que la exculpación sólo se excluye cuando *el propio* ha causado la situación de estado de necesidad. Mas esto sólo puede significar que aquél debe soportar el peligro debidamente causado cuando le amenace a él mismo. Si el peligro amenaza al pariente próximo no culpable de la situación de colisión (por ej., al

13 Así *Blei,* Allg. Teil, pág. 184; *Bockelmann,* Allg. Teil, pág. 124; *Dreher,* § 35 Anm. 11; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, pág. 477; *Preisendanz,* § 35 Anm. 4a; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 35 Anm. 26. En distinto sentido, BT-Drucksache V/4.095, pág. 17. *Wessels,* Allg. Teil, pág. 76 considera suficiente la sola contrariedad objetiva al deber, lo mismo que *SK (Rudolphi),* § 35 Anm. 15.

hijo al que el padre ha llevado imprudentemente a una excursión en una embarcación a vela), pese a la culpabilidad propia deberá afirmarse la exculpación del hecho realizado en estado de necesidad, pues nada hay más natural que auxiliar al pariente cuya vida uno ha puesto en peligro indebidamente.[14] En principio, lo mismo valdrá, aunque el pariente cause culpablemente el peligro, puesto que la presión motivadora no varía por el hecho de que sea el propio amenazado el culpable de la situación de necesidad que le afecta (el hijo ha puesto en peligro su vida en forma negligente navegando a vela).[15] En otras palabras, lo importante es la cláusula de exigibilidad, sin que pueda argumentarse *a contrario* a partir del supuesto ejemplificativo previsto por la ley.

b) En segundo lugar, generalmente deberá exigirse soportar el peligro cuando el autor se encuentre "en una **especial relación jurídica**". Con ello se alude a los deberes que el Derecho impone de soportar el estado de necesidad.[16]

Un deber más elevado de soportar el peligro existe, por ejemplo, para soldados (§ 6 WStG), para quienes prestan un servicio civil sustitutorio del militar (§ 27 III Zivildienstges.), marineros (§§ 29 II-IV 106, 109 Seemannsges.), pilotos de avión,[17] funcionarios ejecutivos de policía,[18] bomberos, meteorólogos de minas (RG 72, 246 [249 y ss]), miembros de organizaciones de protección como la Cruz Roja, el Servicio de Salvamento de Montaña, o la Sociedad de Salvamento de Náufragos, médicos y enfermeros (BGH NJW 1964, 730), jueces, fiscales, diplomáticos, bañeros, guías de montaña.[19] La Jurisprudencia también ha afirmado la existencia de un

14 Así *Dreher*, § 35 Anm. 11; *SK (Rudolphi)*, § 35 Anm. 17; *Stree*, en: *Roxin* y otros, Einführung, págs. 58 y ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 468; sobre el Derecho anterior *LK (Baldus)*, § 54 Anm. 7; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 180. En otro sentido, *Baumann*, Allg. Teil, pág. 477; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, página 478; *Lackner*, § 35 Anm. 3a.

15 También así *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 468. En distinto sentido, *Blei*, Allg. Teil, pág. 185; *Dreher*, § 35 Anm. 11; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 Anm. 26; *SK (Rudolphi)*, § 35 Anm. 17; *Preisendanz*, § 35 Anm. 4b c cc; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 76; sobre el Derecho anterior OLG Köln NJW 1953, 116.

16 Cfr. sobre los distintos grupos, en particular, ampliamente *Otto*, Pflichtenkollision, págs. 89 y ss. y *Kuhnt*, Pflichten zum Bestehen des strafrechtlichen Notstands, págs. 85 y ss.; sobre los baremos valorativos que cabe emplear cfr. *Watzka*, Die Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens, págs. 80 y ss. Cfr. sobre la medición de los deberes, ampliamente, *LK (Baldus)*, § 54 Anm. 11; *SK (Rudolphi)*, § 35 Anm. 12. Sobre los deberes del marinero cfr. también el caso americano U.S. v. Holmes (1842), en *Honig*, Das amerikanische Strafrecht, páginas 162 y ss.

17 *Weimar*, Zeitschrift für Luftrecht 1956, 110 y ss.

18 Cfr. *Baumgarten*, Notstand und Notwehr, pág. 51. Sin embargo, no se admite, generalmente, lo mismo sin más para funcionarios, cfr. OLG Tübingen NJW 1947/48, 700 (701).

19 BGH NJW 1964, 730 (731) restringe el deber de soportar el estado de necesidad a los casos de "peligros típicamente unidos de forma necesaria a la correspondiente actividad profesional", de suerte que el funcionario de policía que es obligado por su superior bajo amenaza de muerte a colaborar en un delito se hallaría exculpado con arreglo al § 35. Lo mismo deberá valer en relación a los soldados, de forma que en tal caso no interviene el § 6 WStG. Cfr. también *Bockelmann*, ZStW 63 (1951), pág. 43, nota. 52.

mayor deber de tolerar el peligro en caso de actividad política ilegal en un Estado totalitario (OLG Freiburg HESt 2, 200 [202]; OGH 3, 121 [130]), y ha exigido de todos soportar una escasez de comida o vivienda que afecte por igual a toda la población (OLG Celle HGSt 1, 139 [140]; en sentido distinto, sin embargo, en caso de verdadero peligro para la vida con razón OLG Kiel SJZ 1947, 674; OLG Neustadt NJW 1951, 852).[20] También pueden surgir deberes jurídicos de soportar el estado de necesidad de la comunidad de peligro libremente aceptada (excursiones de montaña, travesías a vela, expediciones).[21]

Para la exclusión del efecto exculpante del estado de necesidad en los casos de deber de soportarlo, resulta decisiva la **modificación del contenido de injusto y culpabilidad del hecho.** A las personas a las que se imponen deberes de aquella naturaleza por virtud de su profesión se exige el dominio del instinto de conservación incluso cuando amenaza peligro para su vida, porque la comunidad ha de confiar en las mismas precisamente bajo tales circunstancias. Si el autor comete el hecho a que le impulsa el estado de necesidad, lo injusto de la acción experimentará una elevación esencial en comparación con los casos normales de estado de necesidad, por la existencia del deber jurídico, especialmente importante para la comunidad, de sacrificarse. También será más grave la culpabilidad del que sucumbe a tal situación, pues ante el deber jurídico de arriesgar la propia persona, determina una disculpa menor el motivo de la autosalvación.[21a] La exigibilidad de soportar la situación de estado de necesidad encuentra su límite en casos en que el cumplimiento del deber supondría la evidencia de una muerte segura.[21b]

3. Aparte de los supuestos ejemplificativos, el deber de soportar el estado de necesidad surge, sobre todo, cuando es preciso tolerar en interés de la colectividad **intervenciones de la autoridad ajustadas a Derecho.**[22] Deben mencionarse las injerencias corporales previstas en el § 81a StPO y en el § 17 II de la Ley de enfermedades venéreas, o en la Ley de vacunación, así como lesiones de la libertad causadas por detenciones legales, como la detención provisional, y en especial por la ejecución de una pena privativa de libertad. Incluso la pena de esta naturaleza *injustamente impuesta*, pero en virtud de una sentencia ejecutoria, debe soportarse sin que el preso que, por ejemplo, al evadirse da muerte a un vigilante, pueda apelar al § 35 (RG

20 Cfr. sobre esto *v. Weber*, MDR 1947, 80.

21 Sobre la comunidad de peligro cfr. *SK (Rudolphi)*, § 35 Anm. 12; *Stratenwert*, Allg. Teil I, núm. 608.

21a La fundamentación psicológica (aumento de imputabilidad) se encuentra generalmente en la literatura antigua; cfr. *Broglio*, Notstand, pág. 49; *Henkel*, Mezger-Festschrift, págs. 293 y ss.; *Marcetus*, Zumutbarkeit, págs. 63 y ss.; *Maurach*, Kritik der Notstandslehre, pág. 117, nota 505; *Siegert*, Notstand, página 55.

21b Cfr. *Dreher*, § 35 Anm. 12; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 479; *Schölz*, § 6 WStG Anm. 6; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 Anm. 31.

22 Cfr. *Dreher*, § 35 Anm. 13; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 Anm. 30.

Recht 1915, 1.222; RG 54, 338 [341]; OLG Kiel SJZ 1947, 323 [330]), en la medida en que el proceso hubiese respetado en sí mismo los principios derivados del Estado de Derecho (BGH LM § 52, núm. 8; BGH ROW 1958, 33).[23] También los parientes próximos deben tolerar el cumplimiento de una pena privativa de libertad impuesta a un miembro de la familia a través de un proceso ajustado al Estado de Derecho.[24]

4. Por último, la **existencia de un deber de garante** respecto de la víctima puede obligar al agente a soportar el peligro. Así, el padre no puede salvarse de un naufragio abandonando a su hijo a la muerte.[25] También debe aceptarse el peligro que para el agresor resulte de una defensa legítima realizada conforme a Derecho, de suerte que el pariente próximo no resultará exculpado si, por ejemplo, da muerte al defensor para salvar al agresor.[26]

IV. Atenuación de la pena en caso de exigibilidad de soportar la situación de estado de necesidad

1. Si es exigible al autor correr el peligro inherente al estado de necesidad y no obstante actúa en contra de su deber, no quedará exculpado, mas el contenido de injusto y culpabilidad correspondiente al hecho resultará generalmente disminuido en forma notable en comparación con la situación normal de un hecho punible de la misma gravedad. Por ello, el § 35 I 2, segunda parte, contiene en la actualidad una **atenuación facultativa de la pena** que remite a la cláusula atenuatoria general del § 49 I.

2. El legislador ha excluido de la posibilidad de atenuación de la pena por razones de prevención general (BT-Drucksache V/4.095, página 16) los casos en que el autor se encuentra en una relación jurídica específica. Aunque en ellos el contenido de injusto y de culpabilidad del hecho por la vulneración de un deber profesional, cuyo cumplimiento importa al interés general, generalmente encerrará mayor gravedad que en los demás casos de exigibilidad del peligro inherente al estado de necesidad, la completa exclusión del § 49 I parece excesivamente rigurosa, ya que la situación puede implicar para los obligados una presión motivacional poderosa que la infracción del deber merezca un enjuiciamiento esencialmente más favorable

23 Cfr. *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 480; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 Anm. 12; *Arndt*, SJZ 1947, 330 y ss. En sentido distinto en el caso de una pena de cadena perpetua que, aun impuesta en un proceso rodeado de las garantías requeridas por el Estado de Derecho, resulte materialmente injustificada; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 Anm. 32, incluso a favor de parientes próximos.

24 Cfr. *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 Anm. 34.

25 Cfr. *SK (Rudolphi)*, § 35 Anm. 18; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 Anm. 37.

26 En distinto sentido, *Stree*, en: *Roxin* y otros, Einführung, pág. 60.

que el hecho punible corriente.[27] En todo caso, cabe la atenuación de la pena dentro del marco penal típico, lo que resultará indicado la mayoría de las veces.[28]

3. Si el hecho realizado en estado de necesidad no resulta exculpado por la única razón de que el autor no eligió el medio menos lesivo exigible (cfr. *supra*, § 44 II 1), el precepto atenuatorio del § 35 I 2, segunda parte, resultará de aplicación, ya que es irrelevante la causa por la que el autor fracasó en la situación de estado de necesidad.[29]

V. El error sobre el estado de necesidad

1. El **estado de necesidad putativo** consiste en la suposición errónea de circunstancias que de concurrir exculparían el hecho. En la actualidad se encuentra regulado en el § 35 II (cfr. *infra*, § 48). No constituye ni un error de tipo, ni de permisión ni de tipo permisivo, sino un **error sui generis** que no excluye el dolo ni la conciencia de lo injusto.[30] El tratamiento del estado de necesidad putativo sigue en lo esencial, sin embargo, la regulación del error de prohibición (§ 17).[31]

a) Si el autor yerra sobre los presupuestos *efectivos* del estado de necesidad (por ej., sobre la especie y entidad del peligro, la presencia de un medio más leve, el carácter de pariente próximo del amenazado), actuará **exculpado** si el error le fue **inevitable.** Si, por el contrario, el error se refiere a la exigibilidad de la elección de un medio menos lesivo o a la misma exigibilidad de soportar el peligro propio del estado de necesidad, no se exculpa al autor, que tampoco podrá beneficiarse de atenuación alguna de la pena, porque sólo la ley, y no la opinión del autor, puede decidir lo que se requiere o no por el Derecho en una situación concreta.[32]

b) Si, en cambio, el error era vencible, **debe** (he aquí la diferencia respecto del § 17, inciso segundo) **atenuarse la pena con arreglo al § 49 I** (§ 35 II 2). Para ello se partirá del marco penal correspondiente al delito doloso (en sentido distinto, § 10 II 2 StGB austríaco, que prevé sólo la pena correspondiente a la imprudencia). Para enjuiciar la cuestión de la evitabilidad debe atenderse al hecho de si el autor *comprobó cuidadosamente* la concurrencia de los presupuestos del estado de necesidad (BGH 18, 311; BGH NJW 1952, 111 [113]; BGH NJW 1972, 832 [834]).[33]

27 También *Stree*, en: *Roxin* y otros, Einführung, pág. 61.

28 Cfr. *Dreher*, § 35 Anm. 15; *Lackner*, § 35 Anm. 3c; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 Anm. 41.

29 Cfr. *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 Anm. 16.

30 Así *Blei*, Allg. Teil, pág. 181; *Lackner*, § 35 Anm. 4; *Roxin*, ZStW 76 (1964), pág. 608; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 Anm. 44.

31 En contra, *Baumann*, Allg. Teil, pág. 435.

32 Así, con razón, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 Anm. 48.

33 Cfr. *Lackner*, § 35 Anm. 5. En sentido restrictivo en relación a la cuestión de la evitabilidad, *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 470.

2. No se prevé atenuación alguna para el error sobre los límites del estado de necesidad exculpante (por ej., sobre la posibilidad de defensa del honor y el patrimonio en estado de necesidad), lo mismo que sucede en relación a la creencia errónea en la existencia de una causa de exculpación no admitida por la ley.[34]

VI. Derecho comparado

El Derecho extranjero tiene en cuenta en el estado de necesidad exculpante la relación valorativa existente entre los bienes en mayor medida que el alemán. En *Austria* el nuevo § 10 StGB, de acuerdo con la más reciente Jurisprudencia del OGH (SSt 29, 83),[35] ha introducido el estado de necesidad individual como causa general de exculpación, sin la restricción a personas allegadas, limitado únicamente por la adecuada relación de los bienes en conflicto y el baremo de culpabilidad objetivado desarrollado, sobre todo, por Nowakowski.[36 y 37] El art. 34 del StGB *suizo* se interpreta en el sentido de que el bien jurídico en peligro debe ser, por lo menos, tan valioso como el bien lesionado.[38] En el art. 64 del C. P. *francés* se incluye la "*contrainte*" como causa de exculpación, pero la Jurisprudencia hace un uso muy restringido de la estimación de casos de estado de necesidad.[39] El Código Penal *italiano* hace expresa mención del principio de proporcionalidad en el art. 54.[40] En el Derecho *inglés* el sacrificio de una vida ajena para salvar la propia se reputa punible según las reglas del clásico caso Mignonette (cfr. *supra*, § 21 I 2).[41] Lo mismo vale para el Derecho Penal *americano*.[42] El Código Penal *español* no distingue, en su art. 8 núm. 7, entre estado de necesidad justificante y exculpante, encontrando su límite en la equivalencia de los bienes jurídicos concurrentes.[43] La Jurisprudencia *holandesa* ha rechazado el estado de necesidad exculpante, pero parece anunciarse un cambio de criterio.[44] El StGB de la *RDA* no otorga al estado de necesidad eficacia exculpante, aunque conceda una atenuación de la pena y prescinda de ésta en casos excepcionales (§ 18 II).[45] En cambio, en el § 19 I StGB de ese país se halla regulado el estado de coacción, que se contempla como especie de estado de necesidad agresivo contra el que, no obstante, no se concede legítima defensa.[46]

34 Cfr. *Blei*, Allg. Teil, pág. 185; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 Anm. 51; *SK (Rudolphi)*, § 35 Anm. 19.
35 Sobre la Jurispr. anterior, *Rittler*, OGH-Festschrift, pág. 237.
36 Cfr. *Nowakowski*, Grundzüge, págs. 67, 71; *el mismo*, JBl 1972, 28 y ss. Sobre la historia dogmática, *Moos*, Verbrechensbegriff, págs. 448 y ss.
37 Sobre todo esto, *Jescheck*, Lange-Festschrift, págs. 373 y ss.; *Platzgummer*, JBl 1971, 242 y ss.
38 Cfr. *Germann*, Verbrechen, pág. 219; *Hafter*, Allg. Teil, pág. 156; *Schwander*, Das schweiz. StGB, pág. 82; *Schultz*, Einführung I, pág. 176.
39 Cfr. *Bouzat*, Traité, t. I, págs. 348 y ss.; *Merle/Vitu*, Traité, págs. 610 y ss.; *Koch*, Zwang und Notstand, págs. 50 y ss.
40 Cfr. sobre esto *Bettiol*, Diritto penale, pág. 334; *Nuvolone*, Sistema, páginas 197 y ss.; también *Scarano*, La non esigiblità, págs. 70 y ss.
41 Cfr. *Grünhut*, Das englische Strafrecht, pág. 205; *Kenny/Turner*, Outlines, pág. 73; en sentido crítico, sobre esto, *Glanville Williams*, Criminal Law, páginas 744 y ss.
42 Cfr. *Honig*, Das amerikanische Strafrecht, pág. 158; *J. Hall*, General Principles, págs. 426 y ss.; *Pröchel*, Notstand, págs. 77 y ss.; Model Penal Code, Sect. 3.02.
43 Cfr. sobre esto *Antón Oneca*, Derecho Penal, pág. 272; *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal, págs. 495 y ss. (con ejemplos famosos); *Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo*, Art. 8, núm. 7 C.P. II.
44 Cfr. *van Bemmelen*, Ons strafrecht, págs. 209 y ss.; *D. Hazewinkel-Suringa*, Inleiding, pág. 268.

* * *

Por razón de unidad de la materia, pues en el CP español se regulan en un solo precepto (art. 8, 7.° CP; art. 26, 6.° Proyecto 1980) y unitariamente todas las formas de estado de necesidad, ya se contempló, el estado de necesidad exculpante junto al justificante supra *Adiciones al § 33.*

§ 45 El exceso en la legítima defensa

Fischer, Die straflose Notwehrüberschreitung, tesis Frankfurt 1971; *Gallas*, Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs, ZStW 80 (1968), pág. 1; *Roxin*, Über den Notwehrexzeß, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág. 105; *Rudolphi*, Notwehrexzeß nach provoziertem Angriff, JuS 1969, 461; *Schröder*, Notwehrüberschreitung und Putativnotwehr, ZAK 1944, 123; *el mismo*, Anmerkung zu BGH vom 1-8-1961, JR 1962, 187.

I. Legítima defensa y exceso en la defensa

1. La legítima defensa sólo justifica aquellas acciones defensivas que resultan *necesarias* para apartar una agresión antijurídica actual de la forma menos lesiva posible para el agresor (cfr. *supra*, § 32 II 2b y c). Si el que se defiende sobrepasa este límite, actúa antijurídicamente *(exceso intensivo en la defensa)*. También actúa antijurídicamente el defensor cuando se defiende pese a que la agresión no es todavía, o ya no es, actual *(exceso extensivo en la defensa)*. En el primer caso, el autor se excede en la medida; en el segundo, en los límites temporales de la legítima defensa.

2. Las dos modalidades de exceso en la defensa son punibles, si además de la antijuricidad del hecho concurren los demás elementos del delito. Si el defensor ha sobrepasado **conscientemente** la medida de la defensa necesaria, debe responder por el hecho doloso. No concurre en tal caso error de prohibición, pues nadie puede alegar que consideraba lícita una defensa no necesaria o una acción preventiva (cfr. *supra*, § 41 III 1). Si, por el contrario, el agresor ha ido **inconscientemente** más lejos de lo necesario para la defensa o ha reaccionado demasiado pronto por suponer erróneamente que la agresión se producía ya, concurre un error sobre los presupuestos de la legítima defensa *(estado de necesidad putativo)*, a tratar según las reglas relativas al error de tipo permisivo (pena correspondiente a la

45 Cfr. *Lekschas/Loose/Renneberg*, Verantwortung, págs. 106 y ss.
46 Cfr. *Lekschas/Renneberg*, Lehrbuch, págs. 414 y ss.

imprudencia en caso de evitabilidad del error) (cfr. *supra*, § 41 III 2d).

II. Exceso en la defensa por transtorno, temor o pánico

1. La exigencia que el ordenamiento jurídico impone de elegir en las situaciones de legítima defensa, pese al peligro y apremio existentes, el medio defensivo menos lesivo, coloca al defensor ante una difícil tarea, pues ha de mantener la serenidad y la obediencia al Derecho en unas circunstancias en que fácilmente se pierde el control de sí mismo. A esto se añade que es el propio agresor el responsable de la lesión que se le inflinge. Por ello, ya en el siglo pasado se introdujo una posibilidad de atenuación de la pena. En el § 41 del StGB prusiano de 1851 se llegó a equiparar a la legítima defensa el exceso en la misma por desconcierto, temor o pánico, aunque los proyectos partieron de la concepción de que solamente el exceso en la defensa derivado de un estado pasional "asténico" debía dejarse de imputar al autor.[1]

2. En la actualidad, según el § 33, el autor "no es castigado" si sobrepasa los límites de la legítima defensa por transtorno, temor o pánico. El nuevo Derecho ha sustituido el término "desconcierto" *(Bestürzung)* por el de "transtorno" *(Verwirrung)* para caracterizar más correctamente el estado psíquico del agredido (cfr. E 1962 § 38, fundamentación, pág. 158); además, la palabra "por" (en lugar de "en") pone de manifiesto que debe existir una relación interna entre el estado pasional y el exceso del autor (cfr. BT-Drucksache V/4.095, página 15).[2] La exclusión de pena prevista por el § 33 puede fundarse por distintos caminos. Según una opinión correcta se trata de una **causa de exculpación** (RG 56, 33; BGH 194 [198]; BGH NJW 1968, 1.885).[3] Aunque el hecho siga siendo antijurídico y su contenido de culpabilidad sólo resulta disminuido, el legislador enuncia a la formulación del reproche de culpabilidad porque entiende que la medida de lo injusto y de la culpabilidad se reduce hasta tal punto que no llega a alcanzarse la frontera del merecimiento de pena (cfr. *supra*, § 43 III 2b). Lo injusto del resultado se disminuye en caso de exceso en la defensa en la medida del valor representado por el bien protegido por el autor, lo injusto de la acción se anula en gran medida por la situación de legítima defensa y la voluntad de salvación, y la culpabilidad resulta alterada por el hecho de que el transtorno, el temor o el pánico dificultan de forma esencial la formación de la voluntad con arreglo a la norma.[4] El transtorno, el temor o el pánico han de haber constituido la causa del exceso y, a la vista de la consecuencia de impunidad que se prevé, habrá que requerir que impliquen un intenso estado pasional, mas también pueden haber intervenido otras manifestaciones pasionales, como la cólera (BGH 3, 194 [198]), el afán de lucha, el odio o la indignación, si sólo fueron decisivas las pasiones asténicas (BGH GA 1969, 23 [24]).[5]

3. El § 33 se aplica en el supuesto de **exceso intensivo en la defensa,** tanto si éste tiene lugar consciente como inconscientemente (RG 21, 189 [191]; 56, 33 [34]; BayObLG JR 1952, 113).[6] En el caso de exceso, *consciente* o incluso *intencional,* de los límites de la defensa necesaria, la regulación legal favorece el agredido, mas ello puede fundarse en el hecho de que el autor se defiende de una agresión antijurídica actual y nadie puede ser hecho responsable de sus reacciones por perder el control de sí mismo a causa de la agresión y las emociones que implica la defensa.

Ejemplo: Tras un violento intercambio de palabras el autor es agredido por su furioso contrincante, que sólo hace uso de las manos; aquél se defiende con una navaja porque por temor no se atreve a luchar con los puños, pese a que evidentemente era superior en fuerza física a su agresor (según RG 21, 189 [191 y ss.]).

Si, por el contrario, el autor sobrepasa *inconscientemente* los límites de la defensa necesaria, se encuentra o bien en un error de tipo

1 Cfr. *Goltdammer*, Materialien, t. I, pág. 422.

2 La posibilidad de atenuación prevista en el § 38 I del Proyecto de 1962 para *todos* los casos de exceso intensivo en la legítima defensa se suprimió por excesiva, pues basta la atenuación dentro del marco normal de la pena (cfr. BT-Drucksache V/4.095, pág. 14). De acuerdo *Stree*, en: *Roxin* y otros, Einführung, página 39; en contra, *Gallas*, ZStW 80 (1968), pág. 23.

3 También así la doc. dom.; cfr. *Baumann*, Allg. Teil, pág. 321; *Blei*, Allg. Teil, pág. 185; *Bockelmann*, Allg. Teil, pág. 126; *Dreher*, § 33 Anm. 3; *Eser*, Strafrecht I, núm. 11 A 48; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 172; *Lackner*, § 33 Anm. 1; *Kohlrausch/Lange*, § 53 Anm. X; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 199; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 33 Anm. 2; *SK (Rudolphi)*, § 33 Anm. 1; *Welzel*, Lehrbuch, página 88; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 440; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, página 471 (no cabe admitir que la regulación resulte superflua); *Wessels*, Allg. Teil, pág. 78. En contra, *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 486 y ss. ve en la regulación formalizada del § 33 una continuación de su teoría escalonada de la imputabilidad (cfr. *supra*, § 39 V 1). En favor de una causa personal de exclusión de la pena, *M. E. Mayer*, Lehrbuch, págs. 282 y ss.; *Fischer*, Notwehrüberschreitung, págs. 80 y ss.; *v. Hippel*, t. II, pág. 213; en favor de una regla de prueba *LK (Baldus)*, § 53 Anm. 48; *Schröder*, ZAK 1944, 123 y ss. Por el contrario, *Roxin*, Schaffstein-Festschrift, págs. 117 y ss. funda la exclusión de la punibilidad aquí inmediatamente en la teoría de los fines de la pena.

4 Así *Rudolphi*, JuS 1969, 462 y ss.; *SK (Rudolphi)*, § 33 Anm. 1; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 78; *Fischer*, Notwehrüberschreitung, págs. 70 y ss.

5 La famosa observación de *M. E. Mayers*, Lehrbuch, págs. 282 y ss. según la cual aquí "la imputación, la más exquisita contribución de la ciencia jurídico-penal, resulta empañada por una regla tosca", ya no puede, pues, referirse totalmente al nuevo derecho.

6 También así la doc. dom.; cfr. *Baumann*, Allg. Teil, pág. 321; *Blei*, Allg. Teil, pág. 186; *Dreher*, § 33 Anm. 3; *Eser*, Strafrecht I, núm. 11 A 40; *Frank*, § 53 Anm. II; *Lackner*, § 33 Anm. 1; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 172; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 486; *Roxin*, Schaffstein-Festschrift, pág. 110; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 440; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 67; *Rudolphi*, JuS 1969, 463. En favor, por el contrario, de la restricción al exceso inconsciente, *Binding*, Handbuch, pág. 753; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 33 Anm. 6; *Schröder*, ZAK 1944, 123 y ss.; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 89; *LK (Baldus)*, § 53 Anm. 43; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 472. Como ha puesto de manifiesto *Roxin*, Schaffstein-Festschrift, págs. 108 y ss. Esta concepción no puede mantenerse a la vista de la historia legislativa.

permisivo sobre los presupuestos de la legítima defensa (intensidad de la agresión, existencia de un medio defensivo menos lesivo), o bien en un error de prohibición sobre sus límites (cfr. *supra*, § 41 III 1 y 2). En este caso, el § 33 tiene sólo el significado de suponer que siempre es invencible el error en atención a la disposición psíquica del agredido, con la consecuencia de que el mismo no pueda ser castigado ni con arreglo al tipo imprudente ni al doloso.

Ejemplos: El arrendatario de un campo de cerezos dispara contra unos ladrones de fruta un tiro al aire admonitorio que cuesta la vida a un ladrón, ya que por temor a aquéllos, que sabía eran violentos, imprudentemente no mantuvo su arma en posición vertical hacia arriba, sino en dirección a los cerezos (RG 56, 33 [34]). Un hombre defiende a su hermana en la pista de baile de molestias repetidas, en sí no especialmente peligrosas, de un grupo de muchachos, golpeando, asustado por el gran número de los agresores, a uno de ellos en la cabeza con una botella (OLG Oldenburg Nds. Rpfl. 1951, 211).

4. En el **exceso extensivo en la defensa,** en cambio, se halla excluida la aplicación del § 33 (RG 54, 36 [37]; 61, 216 [217]; 62, 76 [77]; OGH 3, 121 [124]; BayObLG JR 1952, 113), porque en este caso no se produce el efecto de aminoración del injusto propio de la situación de legítima defensa.[7]

Ejemplo: El defensor ha atajado la agresión mediante un disparo, pero vuelve a disparar dos veces más sobre el agresor que yace indefenso en el suelo (RG 62, 76).

El exceso consciente en la defensa determina que el autor resulte, sin más, responsable del tipo doloso. Mas si el defensor yerra sobre la actualidad de la agresión, concurre un error de tipo permisivo corriente, en el cual debe tomarse en consideración el transtorno, el temor y el pánico al examinar su evitabilidad. Tampoco resulta aplicable el § 33 a los demás casos de legítima defensa putativa (por ejemplo, error sobre la agresión en cuanto tal o sobre su antijuricidad), puesto que faltando la situación de legítima defensa no hay motivo para privilegiar los estados pasionales con la plena exculpación (BGH NJW 1972, 308 [309]).[8] Sin embargo, en el caso concreto también puede desaparecer el reproche de imprudencia en el exceso en la legítima defensa putativa, si el autor desconoce por transtorno, temor o pánico la medida de la defensa necesaria (BGH NJW 1968, página 1.885).

5. Como también la **situación de legítima defensa provocada** da derecho a defenderse si el agredido no puede eludir la agresión (cfr. *supra*, § 32 III 3a), según la Jurisprudencia igualmente debe operar en este caso el § 33).[9]

Ejemplos: Quien mediante sus observaciones provoca la agresión de un ebrio puede quedar exculpado por el § 33 si apuñala a su contrincante (en distinto sentido, BGH NJW 62, 308 [309]).[10] El adúltero sorprendido por el marido puede acogerse al § 33 si al no poder huir mata al agresor con una botella de cerveza (en sentido distinto, OLG Hamm NJW 1965, 1.928).

* * *

No se prevé en el CP español ninguna eximente ni atenuante específica *para el exceso en la legítima defensa. Ello no significa qu carezca necesariamente de eficacia eximente o atenuante. Si el exceso se debe a* miedo insuperable *de un mal igual o mayor, determinará la exención de responsabilidad penal en virtud del art. 8, 10.° CP (art. 26, 8.° Proyecto 1980).*[1] *De otro modo, el exceso merecerá el tratamiento que se deduce de las reglas generales, con la particularidad en nuestro Derecho de lo dispuesto para las "eximentes incompletas" por el art. 9, 1.° CP (art. 27, 1.° Proyecto CP). Así, si el exceso excluye tanto la eximente completa como la incompleta por suponer la falta de un elemento fundamental (que es lo que sucede en el exceso* extensivo, *en el cual falta la necesidad de defensa por ausencia de actualidad de la agresión), será extensible al Derecho español lo dicho en el texto (*supra § *45 I). Mas si el exceso afecta sólo a un elemento no fundamental (caso del exceso* intensivo*), será aplicable la atenuación extraordinaria que prevé el artículo 9, 1.°, en relación con el art. 66 (art. 81 Proyecto 1980).*

§ *46 El actuar en obediencia jerárquica*

v. Ammon, Der bindende rechtswidrige Befehl, Strafr. Abh. Heft 217, 1926; *Arndt,* Die strafrechtliche Bedeutung des militärischen Befehls, NZWehrr 1960, 145; *el mismo,* Grundriß des Wehrstrafrechts, 2.ª ed., 1966; *Comtesse,* Das schweiz. Militärstrafgesetz, 1946; *Ducklau,* Die Befehlsproblematik bei NS-Tötungsverbrechen, tesis Freiburg 1976; *Fuhrmann,* Der höhere Befehl als Rechtfertigung im Völkerrecht, 1963; *Hanack,* Zur Problematik der gerechten Bestra-

7 Así *Goltdammer,* Materialien, t. I, pág. 422 ya limitaba el exceso exculpado en la legítima defensa a los casos de inadecuada elección de los medios. También así, en la actualidad, *Dreher,* § 33 Anm. 2; *Eser,* Strafrecht I, núm. 11 A 45; *Lackner,* § 33 Anm. 2; *Kohlrausch/Lange,* § 53 Anm. X; *LK (Baldus),* § 53 Anm. 45; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, pág. 484; *Stratenwerth,* Allg. Teil I, número 441; *Schmidhäuser,* Allg. Teil, pág. 473; *Wessels,* Allg. Teil, pág. 78; *H. Mayer,* Grundriß, pág. 101; *SK (Rudolphi),* § 33 Anm. 2; *Welzel,* Lehrbuch, página 89. En otro sentido, *Baumann,* Allg. Teil, pág. 323; *Blei,* Allg. Teil, página 186; *Roxin,* Schaffstein-Festschrift, pág. 117; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 33 Anm. 7, que aplican también el § 33 al exceso extensivo.

8 Ampliamente, sobre esto, *Rudolphi,* JuS 1969, 463 y ss. En favor, por el contrario, de la aplicación del § 33 a casos particulares de exceso en la legítima defensa putativa, *Roxin,* Schaffstein-Festschrift, pág. 120; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 33 Anm. 8; *Fischer,* Notwehrüberschreitung, pág. 97; *SK (Rudolphi),* § 33 Anm. 6.

9 Así *Dreher,* § 33 Anm. 3; *Lackner,* § 33 Anm. 4; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil, pág. 486; *LK (Baldus),* § 53 Anm. 48; *Rudolphi,* JuS 1969, 465 y ss.; *Roxin,* Schaffstein-Festschrift, págs. 123 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 33 Anm. 9; *SK (Rudolphi),* § 33 Anm. 5.

10 Sobre esto cfr., en sentido crítico, *Schröder,* JR 1962, 189.

1 En este sentido *Ródriguez Muñoz,* Notas II p. 192; *Antón Oneca,* PG p. 282.

fung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher, 1967; *Janssen*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Soldaten für auf Befehl begangene Straftaten in rechtsvergleichender Betrachtung, tesis, 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, 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; *Oehler*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des militärischen Untergebenen für Handeln auf Befehl im französischen Recht, Festschrift für U. Stock, 1966, pág. 237; *Schirmer*, Befehl und Gehorsam, 1965; *Schölz*, Wehrstrafgesetz, 2.ª ed. 1975; *Schwaiger*, Der Anwendungsbereich des § 5 WStG, NZWehrr 1961, 64; *Schwenck*, Wehrstrafrecht im System des Wehrrechts, 1973; *Schwinge*, Befehl und Gehorsam, ZAK 1938, 147; *Stoecker*, § 47 MStGB in geschichtlicher, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Betrachtung, tesis, Marburg 1938; *Stratenwerth*, Verantwortung und Gehorsam, 1958; *Vogler*, Zum Einwand des Handelns auf Befehl im Völkerstrafrecht, Revue de droit pénal militaire 1968, 111; *v. Weber*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl, MDR 1948, 34; *Würtenberger*, Der Irrtum über die Völkerrechtmäßigkeit des höheren Befehls im Strafrecht, MDR 1948, 271.

Cfr. además la bibliografía general del § 35.

I. El actuar en obediencia jerárquica como causa de justificación y de exculpación

1. El deber de obediencia del subordinado nace de todo *mandato* vinculante; esto vale tanto para funcionarios como para soldados. **El subordinado que ejecuta un mandato vinculante actúa,** puesto que está obligado a obedecer, **con arreglo a Derecho,** aunque el contenido de aquél contradiga el ordenamiento jurídico (por ej., constituya una infracción administrativa o una acción ilícita) (cfr. *supra*, § 35 II 3).[1]

2. El mandato al que falta carácter vinculante sólo puede dar lugar a una causa de exculpación. El subordinado que ejecuta un mandato antijurídico actúa típica y antijurídicamente aunque estime vinculante la disposición.[2] Que, no obstante, el mandato antijurídico puede representar una causa de exculpación, se deduce para los *funcionarios* de los §§ 56 II 3 BBG, 38 II 2 BRRG, 69 II 3 LBG Baden-Württemberg en su redacción de 9-7-1968 (GBl. pág. 259) : si el funcionario *no puede advertir* la punibilidad del comportamiento que se le manda, queda personalmente libre de responsabilidad. Para los *soldados* son mayores las posibilidades de que la orden constituya una causa de exculpación: el subordinado sólo es responsable personalmente cuando *advierte* que la ejecución de la orden constituye un

1 Cfr. ya antes *v. Ammon*, Der bindende rechtswidrige Befehl, pág. 48.

2 Cfr. *Baumann*, Allg. Teil, págs. 478 y ss.; *Dreher*, § 32 Vorbem. 16; *Schölz*, § 5 WStG Anm. 7; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 79.

hecho punible o si esto último es *evidente* a la vista de las circunstancias por él conocidas (§ 5 I WStG, § 11 II 2 SG). Una regulación paralela rige para los funcionarios ejecutivos federales, si tienen que hacer uso inmediato de la fuerza caso que se les ordene (§ 7 II 2 UZwG).[3]

3. La razón por la que la comisión de un hecho conminado con pena pueda resultar exculpada por la obediencia jerárquica se encuentra, como en el estado de necesidad exculpante y en el exceso en la defensa, en la **aminoración esencial de lo injusto de la acción y del contenido de culpabilidad del hecho** (cfr. *supra*, § 43 III 2b). El subordinado cree hallarse amparado por el Derecho, actúa con la voluntad de cumplir su deber de obediencia, deber que para los funcionarios se sanciona por el Derecho disciplinario y para los soldados incluso por el Derecho Penal (§§ 19-21 WStG). También se atenúa el reproche de culpabilidad que puede dirigirse al subordinado por el desconocimiento de la punibilidad del comportamiento mandado, puesto que el deber de examen se restringe cuando se actúa en obediencia jerárquica. El *funcionario* sólo tiene el deber de poner en duda el carácter vinculante de una disposición emanada de su superior competente cuando existen indicios de que se le quiere imponer la comisión de un hecho punible. En principio, aquél debe confiar en que todas las disposiciones del superior se mantienen dentro del marco trazado por el sometimiento constitucional a la ley y al Derecho (art. 20 III GG). Para los *soldados* (e igualmente para los *funcionarios ejecutivos*, cuando hacen uso inmediato de la fuerza por mandato jerárquico) no existe, en principio deber alguno de examen. Es más, generalmente ni siquiera les corresponde un *derecho* de examen, pues las órdenes las "han de cumplir de la mejor forma posible, en toda su extensión, a conciencia y sin demora" (§ 11 I 2 SG). El soldado sólo está legitimado y obligado a manifestar sus reservas cuando advierte que el superior que imparte la orden se encuentra en un error sobre las circunstancias fácticas y probablemente no hubiera dictado la orden de haber conocido la verdadera situación, o ello fuera evidente a la vista de las circunstancias por él conocidas (BGH 19, 231 [234]). Lo mismo vale en el caso de que el subordinado advierta o sea evidente que mediante la obediencia de la orden cooperaría en la comisión de un hecho punible (§ 11 II 1 SG).

4. La causa de exculpación representada por la obediencia jerárquica *no* constituye *una variante* del error de prohibición invencible, sino una

3 Para los funcionarios ejecutivos de los *Länder* falta aún, en parte, una regulación semejante (cfr., por ej., §§ 32 y ss. Polizeiges. Baden-Württemberg, redac. de 16-1-1968, BGl., pág. 61), pero el § 7 UZwG es aplicable provisionalmente a tales casos. La normativa dictada por el Ministerio del Interior de Baden-Württemberg de 13-5-1969 (Gemeinsames Amtsblatt, pág. 350) contiene una regulación paralela a la del § 7 II 2 UZwG.

causa de exculpación de naturaleza específica.[4] Mientras, en los demás casos, cada cual responde de la adecuación a Derecho de sus acciones y, por tanto, jurídico-penalmente también de la corrección material de sus decisiones, dentro del aparato administrativo y de la jerarquía militar rigen normas distintas. Para el subordinado es decisiva la confianza en la autoridad del superior y el hábito de la obediencia, corriendo la responsabilidad de la corrección material de los mandatos impartidos en principio a cargo exclusivamente del superior. Como ello determina que los derechos y deberes de los funcionarios y soldados, en atención a la necesaria subordinación, se hallen configurados de forma peculiar, también deberá tratarse según reglas propias la exculpación del actuar en obediencia jerárquica (BGH 5, 239 [244]; BGH LM § 47 MStG núm. 3). Únicamente el error del subordinado que creyese que una orden justifica todo hecho bajo toda circunstancia ("una orden es una orden"), constituiría un error de prohibición, que, en todo caso, no podría estimarse en la actualidad como error invencible (BGH 22, 223).[5]

II. Límites de la eficacia exculpante de un mandato no vinculante

Un mandato no vinculante únicamente puede constituir una causa de exculpación **si el subordinado lo considera, pudiendo hacerlo, vinculante.**[6] Siendo así, ni lo injusto de la acción ni el contenido de culpabilidad del hecho disminuyen lo suficiente como para impedir el reproche de culpabilidad.[7]

1. Si el subordinado sabe que ni siquiera se han respetado los **presupuestos formales** de un mandato vinculante (cfr. *supra*, § 35 II 2a), falta toda base para la presunción de juridicidad. El subordinado se encuentra frente al superior en una situación que en nada se distingue de una pura relación fáctica de poder.

Ejemplos: El mandato del jefe de estación al conductor del tren de impedir la marcha de un tren con objeto de imponer una huelga ilegal ya no es vinculante por la propia falta de competencia (RG 56, 412 [418]) y no puede exculpar al subordinado que lo advierte. La orden de un superior militar que por una cuestión personal impone la detención de un civil y su entrega a la Policía cae fuera del ámbito de los fines del servicio y no es, por tanto, vinculante; el subordinado que se percate de ello no resultará exculpado (según RG 71, 284).

4 Así *Dreher*, § 32 Vorbem. 16; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 173; *Schölz*, § 5 WStG Anm. 1; *Schwenck*, Wehrstrafrecht, pág. 90; *Wessels*, Allg. Teil, página 79. En sentido distinto (regulación especial del error), *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 483; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 121; *LK (Schroeder)*, § 59 Anm. 300 y ss.

5 Así *Arndt*, Grundriß, pág. 119; *Schwenck*, Wehrstrafrecht, pág. 96. En favor de la aplicación del § 5 WStG también en este caso, *Schölz*, § 5 WStG Anm. 8.

6 De ahí que tampoco pueda alegar el cumplimiento de una orden de servicio quien la ha provocado mediante una información falsa (BGH 19, 33 [35]).

7 Cfr. sobre la responsabilidad jurídico-penal del funcionario, *Jescheck*, Polizeiblatt 1964, 100 y ss.; sobre la responsabilidad jurídico-penal del soldado, *el mismo*, Befehl und Gehorsam in der Bundeswehr, págs. 89 y ss.

2. Si el subordinado sabe que faltan los presupuestos materiales de un mandato vinculante (cfr. *supra*, § 35 II 2b), en especial porque haya de cometerse un hecho punible mediante su ejecución, no puede acogerse a la presunción de juridicidad, ya que en tal caso tiene conocimiento positivo de lo contrario. En este contexto, el saber implica un conocimiento *seguro* (BGH 5, 239 [244]; 19, 231 [234]; 22, 223 [225]).[8] El subordinado que ejecuta un mandato con conocimiento seguro de su antijuricidad penal no se halla, pues, exculpado. Esto es igualmente aplicable a los funcionarios (§ 56 II 3 BBG; § 38 II 2, segunda parte, BRRG; § 69 II 3, segunda parte, LBG Baden-Württemberg), a los soldados (§ 5 I WStG; 11 II 2 SG) y a los funcionarios ejecutivos cuando hacen uso inmediato de la fuerza (§ 7 II 2 UZwG).

Ejemplos: El funcionario municipal que por mandato del alcalde practica una detención cuya antijuricidad le es conocida, se hace culpable de detenciones ilegales (RG 6, 432 [440]; cfr. también RG 54, 337). Un soldado que en marzo de 1945 cumpliendo órdenes, pero conociendo su carácter delictivo, había participado en el fusilamiento de trabajadores extranjeros, fue castigado correctamente por asesinato (BGH 15, 214 [217]).

3. Las dudas comienzan con la cuestión de si el mandato deja de liberar al subordinado del reproche de culpabilidad cuando éste no conocía positivamente la antijuricidad penal de la acción que se le mandaba, pero *hubiera podido advertirlo de haber puesto la atención necesaria.*

a) Para el **funcionario** rige la regla de que una disposición deja de operar como causa de exculpación cuando aquél podía conocer la punibilidad o ilicitud administrativa del comportamiento ordenado (§ 56 II 3 BBG, § 38 II 2, segunda parte, BRRG; por el contrario, según el § 69 II 3, segunda parte, LBG Baden-Württemberg, sólo deja de hallarse exculpado cuando la punibilidad o ilicitud administrativa sea reconocible "*sin más*"). La posibilidad del conocimiento depende de que existan indicios que obliguen al funcionario a abrigar dudas sobre la juridicidad de la disposición.

Ejemplos: Para los médicos de un hospital que contribuyeron a la muerte de enfermos mentales era cognoscible la punibilidad del comportamiento que se les mandaba, por lo que no quedaron exculpados por las disposiciones de sus superiores (OLG Frankfurt SJZ 1947, 621 [627 y ss.]). Lo mismo vale para los funcionarios de la Gestapo que intervinieron en el secuestro de judíos (BGH 2, 234 [240 y ss.]).

La estricta limitación de la eficacia exculpante de la obediencia jerárquica en el ámbito civil está justificada, ya que el funcionario posee la plena responsabilidad personal de la juridicidad de sus

8 Cfr. *Schölz*, § 5 WStG Anm. 8.

acciones de servicio (§ 56 I BBG, § 38 I BRRG, § 69 I LBG Baden-Württemberg), ya que generalmente disponen de tiempo y ocasión de comprobar las disposiciones que se les dirigen, y el aparato estatal no se paraliza con sus objeciones, sino que se fortalece su autoridad como institución jurídica.

b) En el **ámbito militar** la situación es distinta porque en él no puede reconocerse un derecho de comprobación del subordinado. Antes *sólo* perjudicaba al subordinado *el conocimiento positivo* de que mediante la orden el superior "perseguía" un delito grave o menos grave (§ 47 I núm. 2 MStGB 1940).[9] Con arreglo al Derecho vigente, por el contrario, la exculpación desaparece en cuanto la antijuricidad penal de la ejecución de la orden sea, según las circunstancias conocidas por el soldado, **evidente,** esto es, resulte cognoscible para cualquiera sin ulterior reflexión (§ 5 I WStG, § 11 II 2 SG).[10] Idéntica regulación rige para los funcionarios ejecutivos federales cuando emplean la coacción inmediata (§ 7 II 2, UZwG).[11] La razón de que los soldados sean tratados con menos rigor que los funcionarios, pero más estrictamente que según el Derecho Penal militar vigente hasta 1945, ha de verse en las exigencias del servicio militar, según han de entenderse en un Estado de Derecho. Un derecho de comprobación por parte del subordinado sería incompatible, aún hoy, con la esencia del cometido militar, mas ni la inconsciencia ni la ceguera jurídica pueden exculparse tampoco en este ámbito. El contenido de culpabilidad del hecho consiste en este caso en que, siendo evidente la antijuricidad penal, aun cuando el hecho se cometa en cumplimiento de una orden, es signo de una imperdonable falta de actitud jurídica del subordinado[12] (el § 9 II StGB austríaco estima, de forma paralela, la evitabilidad del error de prohibición "cuando lo injusto del hecho sea fácilmente cognoscible para cualquiera"). Aunque la naturaleza de la función de Policía no es del todo idéntica, esta regulación es también aplicable a los funcionarios ejecutivos en el ejercicio de la coacción inmediata.

Ejemplos: El capitán de un destructor que, cumpliendo órdenes, deja que se hunda con el barco torpedeado el soldado arrestado por espía, no resulta exculpado con arreglo al § 5 WStG, puesto que la orden era manifiestamente delictiva (cfr. BGH 5 StR 321/66 en Hanack, *Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher*, pág. 57). Si se ordena a un soldado exclusivamente formado en infantería la realización de una explosión, lo que según las circunstancias por él conocidas evidentemente supone que el superior le confunde con un zapador, debe advertirlo ya que en caso de accidente no quedaría exculpado por la orden (cfr. también BGH 19, 231 [234]).

c) Para el subordinado que no resulta exculpado según el § 5 I WStG, el § 5 II prevé una **causa de atenuación especial** si la situación en que se encontraba al ejecutar la orden dificultaba de manera esencial la formación de su voluntad con arreglo a la norma (situación de combate desesperada, desmoralización por una gran cantidad de bajas, agotamiento por la larga duración de la acción bélica). En este caso el Tribunal *puede* determinar la pena dentro del marco más leve previsto por el § 49 I e incluso, tratándose de delitos menos graves, prescindir por completo de la pena. Además, el § 5 WStG *no excluye otras causas de exculpación.* El subordinado puede, por ejemplo, resultar exculpado con arreglo al § 35 por un estado de necesidad determinado por la orden (cfr. *supra*, § 44 II 2).[13]

III. Derecho comparado[14]

1. El Derecho *austríaco* prevé solamente en su § 3 II MilStG que en los supuestos insignificantes pueda dejarse de castigar al soldado que haya cometido un hecho punible en cumplimiento de una orden. En lo demás, son aplicables las reglas generales relativas al error y al estado de necesidad.[15] Por el contrario, *Suiza* se mantiene en la situación del anterior Derecho alemán: con arreglo al art. 18 MStGB, el subordinado sólo puede ser castigado cuando *sabe* que con el cumplimiento de la orden colabora en un delito grave o menos grave, en los demás casos resulta exculpado. La ampliación de la responsabilidad a acciones cuya juridicidad *podía* advertir el subordinado se rechaza como incompatible con la disciplina militar.[16] Según el Decreto *francés* de 1-10-1966, el subordinado es plenamente res-

9 Estrictamente, en este sentido, *Schwinge*, ZAK 1938, 147 y ss.; *Stoecker*, § 47 MStGB, pág. 55. Cfr. también RMG 13, 180 (184); 19, 190 (195). La importancia práctica de la limitación al conocimiento positivo la ponen de manifiesto sentencias de la Primera Guerra Mundial: dos oficiales de marina fueron condenados por complicidad en un homicidio por haber hundido, por orden de su comandante, el bote salvavidas de un buque hospital inglés, torpedeado con objeto de ocultar el crimen de guerra cometido, mientras que se absolvió al comandante de un submarino que consideró la orden del hundimiento de un buque hospital como una represalia lícita según el derecho de gentes (RG en: Verh. d. Reichstags, I. Wahl. periode 1920/21, t. 368, Anlage núm. 2.584, pág. 75 [87] o 28 [31]). Cfr. también de la Segunda Guerra Mundial OLG Stuttgart HESt 2, 223 (orden de no tomar prisioneros); OLG Freiburg JZ 1951, 85 (fusilamiento de un desertor tras de la Capitulación sin proceso judicial) con una nota crítica de *v. Weber*. Otros ejemplos en: *Arndt*, NZWehrr 1960, 147.

10 Cfr. sobre esto *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 571; *Schölz*, § 5 WStG Anm. 10; *Schwenck*, Wehrstrafrecht, pág. 147; *Schirmer*, Befehl, págs. 92 y ss., con numerosos ejemplos; *Schwaiger*, NZWehrr 1961, 64 y ss.

11 Para funcionarios ejecutivos de los Länder cfr. *supra*, § 46, nota 3.

12 De acuerdo *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 483.

13 Cfr. *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, pág. 484; *Schölz*, § 5 Anm. 7, 12.

14 Cfr. sobre esto *Fuhrmann*, Der höhere Befehl, págs. 56 y ss. y 127 y ss.; *Janssen*, Strafrechtl. Verantwortlichkeit des Soldaten, págs. 14 y ss.; *Jescheck*, Völkerstrafrecht, págs. 255 y ss.; *Stratenwerth*, Verantwortung und Gehorsam, páginas 27 y ss.; *v. Weber*, MDR 1948, 35 y ss.; *Würtenberger*, MDR 1948, 271 y ss. Cfr. también los materiales sobre el tema "L'obéissance militaire...", Rev dr pén mil X (1971), págs. 51 y ss.

15 Sobre el § 535 del anterior StGB austríaco, que excluía expresamente la orden como causa de exculpación, cfr. *Rittler*, t. I, págs. 135 y ss.

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

ponsable de la disciplina militar cuando ejecuta una orden dirigida a la realización de una acción antijurídica (art. 22 núm. 3). Si siguen siendo de aplicación los principios tradicionales del Derecho Penal militar francés, con arreglo a los cuales el subordinado de buena fe quedaba exculpado si no era evidente la antijuricidad de la acción ordenada,[17] resulta dudoso.[18] La regulación del art. 40 del MStGB *italiano* es análoga a la prevista por el § 5 WStG.[19] También en el Derecho *británico* vigente[20] queda impune el subordinado que se cree con deber de obedecer, a no ser que la orden fuera manifiestamente antijurídica (*"manifestly illegal"*) (*Manual of Military Law* 1958, Parte I, cap. V, art. 24).[21] En la misma línea se sitúa en la actualidad el Derecho *americano:* si el subordinado no ha advertido la antijuricidad de la orden ni podía advertirla racionalmente, resulta exculpado (*Basic Field Manual, Rules of Land Warfare*, 1956, art. 409).[22] Una completa exposición del Derecho español que sigue en lo esencial al alemán ofrece *Rodríguez Devesa.*[23] El Derecho *holandés* remite la cuestión de la responsabilidad del subordinado al arbitrio del Tribunal.[24] El StGB de la *RDA* prevé en el § 258 I que el subordinado que actúe cumpliendo órdenes sea jurídico-penalmente responsable cuando la ejecución de aquéllas infrinja manifiestamente las normas reconocidas del Derecho internacional o las leyes penales.[25]

2. La contemplación del Derecho comparado ha puesto de manifiesto que no existe una reglación coincidente del problema de las órdenes. No obstante, puede extraerse la conclusión de que ninguno de los ordenamientos jurídicos mencionados acoge el principio de la obediencia incondicional, pero que tampoco ninguno deja completamente desamparado al subordinado.[26] La regulación del § 5 WStG se encuentra en medio de estos dos extremos y coincide con otros importantes sistemas jurídicos.

* * *

Con relación al Derecho español ver sobre esta materia lo expuesto en las Adiciones al § 35.

17 Cfr. sobre esto *Müller-Rappard*, L'ordre supérieur, págs. 102 y ss.; *Oehler*, Stock-Festschrift, págs. 250 y ss.

18 Tampoco la contribución francesa de *Paucot*, Rev dr pén mil X (1971), páginas 160 y ss. ofrecen más información sobre este punto.

19 Cfr. *Bettiol*, Diritto penale, págs. 315 y ss.; *Pagliaro*, Principi, pág. 417.

20 Sobre la particular evolución jurídica experimentada en Gran Bretaña y en los EE.UU., cfr. *Fuhrmann*, Der höhere Befehl, págs. 32 y ss.; *Vogler*, Rev dr pén mil VII (1968), págs. 123 y ss.; *Stubbs*, Rev dr pén mil X (1971), páginas 283 y ss.

21 Cfr. *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 y ss.

23 Derecho Penal, págs. 448 y ss.

24 Cfr. *Kersten*, Rev dr pén mil X (1971), págs. 256 y ss.

25 Cfr. sobre el baremo de la evidencia *Strafrecht der DDR (Kalwert/Penndorf/Sarge)*, § 258 Anm. 3b. Sobre la exclusión del estado de necesidad por cumplimiento de una orden, cfr. § 95 StGB RDA.

26 Cfr. *Vogler*, Rev dr pén mil VII (1968), págs. 126 y ss. Sobre la jurispr. alemana de 1945 a 1965, *Ducklau*, Die Befehlsproblematik bei NS-Tötungsverbrechen, tesis, Freiburg 1976.

§ 47 *Colisión de deberes e inexigibilidad como causas supralegales de exculpación*

Achenbach, Wiederbelebung der allgemeinen Nichtzumutbarkeitsklausel im Strafrecht? JR 1975, 492; *Baratta*, Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza, 1963; *Anne-Eva Brauneck*, Der strafrechtliche Schuldbegriff, GA 1959, 261; *Drost*, Die Zumutbarkeit bei vorsätzlichen Delikten, GA 77 (1933), pág. 175; *End*, Existentielle Handlungen im Strafrecht, 1959; *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, t. I, 1930, pág. 428; *Großmann*, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1924; *Grünhut*, Grenzen des übergesetzlichen Notstands, ZStW 51 (1931), pág. 455; *Hanack*, Anmerkung zu LG Hamburg vom 9-3-1976, NJW 1976, 1.758; *Hartung*, Anmerkung zu OGH 2, 117, NJW 1950, 151; *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 etcétera, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 327; *Küper*, Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung, JuS 1971, 474; *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 etc., JR 1975, 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; *Nowakowski*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, 19; *Oehler*, Die Achtung vor dem Leben und die Notstandshandlung, JR 1951, 489; *Otto*, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 2.ª ed. 1974; *Peters*, Zur Lehre von den persönlichen Strafausschliessungsgründen, JR 1949, 496; *Platzgummer*, Die "Allgemeinen Bestimmungen" des Strafgesetzentwurfs etc., JBl 1971, 236; *Roxin*, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Festschrift für H. Henkel, 1974, página 171; *Schaffstein*, Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund, 1933; *Eb. Schmidt*, Das Problem des übergesetzlichen Notstands, Mitt IKV, t. V (1931), pág. 131; *el mismo*, Anmerkung zu OGH 1, 321, SJZ 1949, 559; *Schumacher*, Um das Wesen der Strafrechtsschuld, 1927; *Siegert*, Notstand und Putativnotstand, 1931; *Spendel*, Der Conditio-sine-quanon-Gedanke als Strafmilderungsgrund, Festschrift für K. Engisch, 1969, página 509; *Wachinger*, Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des RG, Festgabe für R. v. Frank, t. I, 1930, pág. 469; *v. Weber*, Die Pflichtenkollision im Strafrecht, Festschrift für W. Kiesselbach, 1947, pág. 233; *Wegner*, Zum Notstand im Entwurf eines ellgemeinen deutschen StGB 1925, JR 1925, 578; *Welzel*, Anmerkung zu OGH 1, 321, MDR 1949, 373; *el mismo*, Zum Notstandsproblem, ZStW 63 (1951), pág. 47; *Wittig*, Der übergesetzliche Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit in verfassungsrechtlicher Sicht, JZ 1969, 546.

Las *causas de justificación* se deducen del ordenamiento jurídico en su conjunto, pudiendo proceder del Derecho legal, del Derecho consuetudinario o del Derecho suprapositivo. Las relaciones jerárquicas existentes entre las normas jurídicas son demasiado numerosas y dependen excesivamente de la configuración del supuesto particular para que puedan determinarse previamente con carácter general

(cfr. *supra*, § 31 III 1 y 2). Por el contrario, las **causas de exculpación** se hallan **vinculadas** a la ley, y en concreto **a la ley penal**, pues la cuestión de si no cabe formular reproche alguno al autor de una acción típicamente antijurídica y culpable a la vista de la disminución del contenido de injusto y de culpabilidad del hecho (cfr. *supra*, § 43 III 2b), sólo puede, en principio, decidirse por el propio legislador con arreglo a criterios jurdíico-penales, ya que de otro modo se seguirían las consecuencias de desigualdad ante la ley y subjetivismo.[1] De ahí que las causas de exculpación supralegales sólo puedan admitirse, como excepciones estrictamente delimitadas, en casos en los que se halle rebajado de forma significativa el contenido de injusto y culpabilidad del hecho.[2]

I. La colisión de deberes como causa de exculpación supralegal

1. El enjuiciamiento de la colisión de deberes debe partir de la cuestión de si puede considerarse *superior* según las reglas del estado de necesidad supralegal, uno de los deberes en conflicto. La colisión se resuelve entonces con arreglo al principio general según el cual en la situación concreta sólo es vinculante el deber superior. El deber inferior cede y su infracción resulta cubierta por la **colisión de deberes justificante** (cfr. *supra*, § 33 V 1a).

2. La cuestión de si una determinada **colisión de deberes** posee el **carácter de causa de exculpación** sólo puede plantearse tras haber constatado que el autor ha actuado antijurídicamente. Por de pronto, así sucede cuando el mismo da cumplimiento al deber inferior a costa del superior. Si el autor ha errado al hacerlo sobre la relación valorativa existente entre los deberes en colisión, concurre un error sobre los presupuestos del estado de necesidad justificante (cfr. *supra*, § 41 III 2d). Mas también existen casos en que los principios del estado de necesidad justificante no permiten decidir acerca de la relación jerárquica que media entre los distintos deberes. Así ocurre, en especial, cuando se trata de deberes de cuyo cumplimiento o infracción dependen en todo caso vidas humanas. En este supuesto rige el principio general según el cual, por constituir la vida humana un valor personal incomparable, se halla excluida toda diferenciación puramente cuantitativa o cualitativa, de modo que el ordenamiento jurídico tampoco puede aprobar el homicidio o abandono de una sola persona en favor de la supervivencia de muchas otras (cfr. *supra*, § 33 V 1b). Puede hablarse entonces de deberes *no comparables* o,

1 También así *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 168; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, página 467; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 124; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 80. También BGH 2, 194 (204) debe interpretarse sólo en el sentido de recomendar la restricción a excepciones estrictamente delimitadas. Cfr. en el mismo sentido, sobre todo, RG 66, 397 (399), así como BGH NJW 1953, 513 (514).

2 Cfr. sobre esto *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 476 y ss.

también, *equivalentes*.[3] Quien elige el deber cuyo cumplimiento determina la salvación del mayor número de personas o la vida más valiosa desde algún punto de vista a costa de otras vidas humanas, no actúa con arreglo a Derecho pese a que tiende a la conservación de bienes jurídicos, puesto que a la vez infringe el deber de igual rango existente para con aquéllos que son sacrificados (cfr. *supra*, § 33 V 1b y c).

Ejemplos: Cuando en 1939 se inició la acción de homicidio de enfermos mentales, unos médicos de establecimientos psiquiátricos colaboraron en la confección de las "listas de traslado" por único motivo de que mediante el sacrificio de los casos totalmente desesperados podían salvar la vida de otros internos expresando conscientemente la falsa indicación de que eran aptos para el trabajo o susceptibles de curación, mientras que de haberse negado hubieran sido sustituidos por solícitos partidarios del Régimen que no hubieran salvado a nadie (OGH 1, 321 [336 y ss.]; 2, 117 [122]; LG Köln NJW 1952, 358 [359]; BGH NJW 1953, 513 [514]). En un naufragio, el padre sólo puede salvar a uno de sus dos hijos que se encuentran en el mismo peligro de perecer. Tras un accidente en cadena que tiene lugar en la autopista, el médico jefe elige salvar a un herido grave y conectarlo al corazón-pulmón artificial que existe en el hospital, en tanto que un segundo herido que gozaba de las mismas posibilidades de sobrevivir perece.[4]

En tales casos concurre una **colisión de deberes jurídicamente irresoluble.** Los médicos de los establecimientos psiquiátricos no podían ni sacrificar a algunos pacientes para salvar a otros, ni les era lícito abandonar a todos los pacientes al exterminio oponiéndose a toda colaboración en la acción homicida. El padre no puede omitir la salvación de ninguno de sus dos hijos. El médico jefe no puede negar a ninguno de los dos heridos graves el único auxilio que permitía su salvación mediante su conexión al corazón-pulmón artificial. En casos como éstos el cumplimiento de uno de los deberes es tan importante como el del otro para el ordenamiento jurídico, mas la imposibilidad de dar salida a la situación de conflicto hace imposible el cumplimiento simultáneo de ambos. La persona que se encuentra ante una colisión de deberes irresoluble como éstas actúa, pues, cualquiera que sea su decisión, en todo caso *antijurídicamente* (cfr. *supra*, § 33 V 1b y c).

3. En los casos de colisión de deberes jurídicamente irresoluble, la decisión debe buscarse en el *ámbito de la culpabilidad*. Puede suceder que el autor considere vinculante la alternativa que elige tras un cuidadoso examen, por ejemplo, por decidirse en favor del mal menor. En tal caso concurriría un *error de prohibición invencible* (error en

3 Cfr. *v. Weber*, Kiesselbach-Festschrift, pág. 248; *Gallas*, Beiträge, página 61; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, págs. 479 y ss.; *Baratta*, Antinomie giuridiche, páginas 102 y ss.

4 Otros ejemplos en *End*, Existentielle Handlungen, págs. 60 y ss.

la existencia de una causa de justificación) que en todo caso le eximiría del reproche de culpabilidad. Mas, aun cuando el autor sea consciente de la imposibilidad de resolver la situación y actúe con plena conciencia de la prohibición, resultará *exculpado*.[5] La razón es que **tanto el contenido de injusto como el de culpabilidad** del hecho disminuyen de forma esencial,[6] el contenido de injusto en atención al deber cumplido por el autor y el de culpabilidad porque en caso de una colisión de deberes irresoluble no cabe exigir más que una actuación con arreglo a conciencia (la ed. anterior, pág. 378 se fijaba únicamente en la disminución del contenido de culpabilidad). "El ordenamiento jurídico no puede desaprobar la actitud psíquica del autor que, en una situación que sólo deja margen para una decisión personal, la adopta tras un examen cuidadoso y guía su actuación con arreglo a consideraciones que dan testimonio de su respeto por los valores fundamentales del Derecho" *(Gallas)*. Eso no significa, sin embargo, que el autor deba decidirse necesariamente por el "mal menor" para resultar exculpado.[7] Por el contrario, también debe quedar libre del reproche de culpabilidad el que no quiere hacerse responsable de intervenir personalmente en el curso del destino.

II. La inexigibilidad como causa supralegal de exculpación

1. La teoría normativa de la culpabilidad, que ve la esencia de ésta en la valoración de la formación de la voluntad y basa, así, el reproche de culpabilidad en el "poder-actuar-de-otro-modo" individual del autor (cfr. *supra*, § 38 II 3), condujo como consecuencia última a requerir que la inexigibilidad de un comportamiento adecuado a la norma constituyese una **causa general de exculpación supralegal.** A partir de un concepto de culpabilidad ético-individual nacido a consecuencia de las necesidades de la posguerra, *Freudenthal* llegó a la conclusión "de que no merece ninguna pena criminal quien, según las circunstancias del hecho, no podía evitar su comisión".[8] Pensaba tanto en "peligros para la existencia económica y social" como en la "necesidad imperiosa de tener que prescindir de las más elementales consideraciones humanas". Aunque esta concepción *subjetivista* de la exigibilidad no pudo imponerse por los peligros que encerraba para la fijeza e igualdad de la Justicia Penal,[9] la estimación de una causa supralegal de exculpación basada en la *capacidad de motivación* del *hombre medio* logró aceptación durante algún tiempo (§ 25 E 1930),[10] toda vez que incluso la Jurisprudencia pareció tender a esta concepción (RG 30, 25; 36, 78; 58, 97; 58, 226; 60, 101; 63, 223; sobre esta Jurisprudencia cfr. *infra*, § 47 II 3).

2. **Esta teoría debe rechazarse**[11] y hoy ha pasado a un segundo plano (cfr. sin embargo, OLG Hamm 1976, 721).[12] Después de que el RG declarase "que con arreglo al Derecho vigente en los delitos dolosos no pueden beneficiar al autor otras causas de exculpación que las previstas por la ley" (RG 66, 397 [399]), se impuso también en la ciencia la idea de que el Derecho Penal precisa en el ámbito de la culpabilidad baremos que, aun ajustados a la valoración de la formación de la voluntad, se hallen formalizados y legalmente fijados. Una

5 Así la doc. dom.; cfr. *Baumann*, Allg. Teil, págs. 479 y ss.; *Dreher*, § 32 Vorbem. 15; *Lackner*, § 32 Vorbem. III 3; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 177; *End*, Existentielle Handlungen, págs. 10 y ss.; *Gallas*, Beiträge, pág. 76; *Hartung*, NJW 1950, 155; *Henkel*, Mezger-Festschrift, pág. 300; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 468 y ss.; *Eb. Schmidt*, SJZ 1949, 568 y ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 117; *v. Weber*, Kiesselbach-Festschrift, pág. 250; *Welzel*, MDR 1949, 375; *el mismo*, Lehrbuch, págs. 184 y ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, páginas 476 y ss. Pero en favor de una *causa personal de exclusión de la pena*, OGH 1, 321 (335); 2, 117 (126); de acuerdo *Peters*, JR 1949, 496 y ss.; *Oehler*, JR 1951, 489 y ss.; *LK (Jagusch)*, 8.ª ed. § 54 Anm. 10. En favor de una causa de justificación, *Anne-Eva Brauneck*, GA 1959, 271. En favor del carácter "no prohibido" del hecho, *Blei*, Allg. Teil, pág. 188; *Arthur Kaufmann*, Maurach-Festschrift, págs. 336 y ss. En favor de "dejar abierta la cuestión de la culpabilidad", *Lang-Hinrichsen*, Bärmann-Festschrift, pág. 602. En favor de una causa de atenuación de la pena, *Spendel*, Engisch-Festschrift, págs. 523 y ss. En una posición diferenciadora, *Otto*, Pflichtenkollision, págs. 99 y ss. Distingue también, según grupos de casos, *Mangakis*, ZStW 84 (1972), págs. 472 y ss., quien, sin embargo, resuelve todos estos casos en el plano de lo injusto y no sólo en el ámbito de la culpabilidad.

6 Así *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 117; *Küper*, JuS 1971, 477; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 179. Por el contrario, *Roxin*, Henkel-Festschrift, página 195 y *Achenbach*, JR 1975, 495 apelan también aquí directamente a la teoría de los fines de la pena.

7 Pero así la doc. mayoritaria; cfr. *Welzel*, Lehrbuch, pág. 185; LG Köln NJW 1952, 358 (359); en contra, *Gallas*, Beiträge, pág. 76; *Schönke/Schröder*, 17.ª ed., § 51 Vorbem. 93.

8 *Freudenthal*, Schuld und Vorwurf, págs. 25 y ss.. En sentido restrictivo, por el contrario, *Mezger*, Lehrbuch, págs. 373 y ss.

9 En contra, cfr. sobre todo *Großmann*, Vorsatz und Fahrlässigkeit, páginas 11 y ss.; *Schumacher*, Wesen der Strafrechtsschuld, págs. 25 y ss.; *Liepmann*, ZStW 43 (1922), pág. 713 ("enervación de deberes del ciudadano"); *Maurach*, Kritik der Notstandslehre, págs. 132 y ss.

10 Cfr. *Goldschmidt*, Frank-Festgabe, tomo I, págs. 448 y ss.; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 263; *Henkel*, Notstand, pág. 62; *Eb. Schmidt*, Mitt IKV, t. V (1931), pág. 164; *Siegert*, Notstand, págs. 44 y ss.; *Wegner*, JR 1925, 582; limitándose a la imprudencia, también *Frank*, § 51 Vorbem. II 2; *Marcetus*, Zumutbarkeit, págs. 57 y ss. La idea sigue anidando hoy en el estado de necesidad exculpante general del § 10 StGB austríaco (OGH SSt 29, 83). Sobre esto cfr. *Platzgummer*, JBl 1971, 242. A la vinculación a dicha idea por parte de *Wessely* y *Wahlberg* apunta *Moos*, Der Verbrechensbegriff in Österreich, págs. 414, 456.

11 Cfr. ya antes *Wachinger*, Frank-Festgabe, t. I, pág. 496; *Grünhut*, ZStW 51 (1931), pág. 466; *Schaffstein*, Nichtzumutbarkeit, págs. 78 y ss.; *Drost*, GA 77 (1933), págs. 175 y ss.; *Maurach*, Kritik, págs. 118 y ss.

12 Así la doc. dom.; cfr. *Blei*, Allg. Teil, pág. 187; *Bockelmann*, Allg. Teil, página 126; *Eser*, Strafrecht I, núm. 19 A 43; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 168; *Lackner*, § 32 Vorbem. III; *Henkel*, Mezger-Festschrift, pág. 295; *Kohlrausch/Lange*, § 51 Vorbem. III; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 Vorbem. 122; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, págs. 466 y ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, núm. 598; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 79; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 182; *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal, pág. 551. En otro sentido, sin embargo, *Nowakowski*, JBl 1972, 29 y ss.; *Baumann*, Allg. Teil, págs. 482 y ss. (Aplicación a una "situación de coacción de intensidad análoga", como se reconoce, con virtualidad exculpante, en el § 35); *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 477 ("aplicación analógica"); *Wittig*, JZ 1969, 547 ("realización del principio constitucional nulla poena sine culpa en casos atípicos"); *Lücke*, JR 1955, 55 y ss. (analogía con el § 242 BGB). En contra, claramente, *Blei*, JA 1975, 238; *Achenbach*, JR 1975, 495.

causa supralegal de exculpación por inexigibilidad implicaría, tanto si se la concibiese subjetiva como objetivamente, una debilitación de la eficacia de prevención general que corresponde al Derecho Penal y conduciría a una desigualdad en la aplicación del Derecho, ya que la "inexigibilidad" no constituye ningún baremo manejable. Además, las causas de exculpación representan, según la clara sistemática de la ley, preceptos excepcionales no susceptibles de aplicación extensiva. Aun en las situaciones difíciles de la vida, la comunidad debe poder reclamar la obediencia al Derecho aunque ello suponga exigir al afectado un importante sacrificio.[13]

3. La **inexigibilidad** constituye en ciertos supuestos un **principio regulativo**, pero ni siquiera entonces puede entenderse como una causa general de exculpación supralegal.

a) Según el § 258 V se halla exento de pena el que mediante el encubrimiento de otra persona intenta evitar ser él mismo castigado. La consideración de la situación análoga al estado de necesidad conduce aquí a la admisión de una especial causa de exculpación estrictamente referida al tipo del § 258.[14] Quien, en cambio, realiza un tipo distinto (por ej., estafa, falso testimonio, acusación falsa) con la finalidad de autofavorecimiento, no resulta impune (BGH 2, 375 [378]; 15, 53 [54]).

b) La Jurisprudencia, además, ha limitado la medida del cuidado exigible personalmente al autor en la imprudencia consciente mediante la idea de la exigibilidad. Mas, igualmente, no se trata ahí de una causa supralegal de exculpación, sino de la limitación del deber individual de cuidado: quien estima posible la realización del tipo legal pero confía en poder evitar el resultado no ha de verse obligado a prescindir de su acción si importantes y atendibles motivos aconsejan correr el riesgo.

Ejemplo: El cochero había enganchado un caballo que en determinadas circunstancias, por él conocidas, normalmente se desbocaba *("Leinenfänger")* por temor a perder su empleo en caso de contradecir a su patrón. Se produjo un accidente y aquél fue absuelto por la consideración de que "no podía exigírsele como deber el aceptar la pérdida de su colocación" (RG 30, 25 [28]; cfr. en el mismo sentido, RG 36, 78 [80]; 57, 172 [174]; 74, 195 [198]) (cfr. con más detalle *infra*, § 57 IV).

c) También en los **delitos de omisión** se limita el deber de actuar mediante el principio regulativo de la inexigibilidad. En la omisión de socorro ello se desprende directamente de la ley (§ 330c), pero también en los delitos de omisión impropia ha estimado la Jurisprudencia una restricción paralela de los deberes de actuar derivados de la posición de garante (RG 58, 97 [98]; 58, 226 [227]; BGH 6, 46 [57]) (cfr. sobre esto *infra*, § 59 VIII 3).

13 Cfr. *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal, pág. 551, según el cual el ordenamiento jurídico requiere en muchos casos "en contra de los intereses individuales y en beneficio de la comunidad, que el individuo se sacrifique". Para *Stree*, en: *Roxin* y otros, Einführung, pág. 57, el legislador debería haber permitido facultativamente la atenuación de la pena e incluso la renuncia a la misma. En un sistema en que se ordenan delitos por el Estado (asesinatos de jud[illegible] en un campo de exterminio) L.C. Hamburg NJW 1976, 1.756, con nota a[illegible]ia de *Hanack*, pretende admitir una causa supralegal de atenuación de [illegible] lidad por analogía con los §§ 17, inciso 2.°, 35 II, 13 II.

14 Cfr. BGH 9, 71 (73); *Dreher*, § 258 Anm. 13; *Lackner*, § [illegible] *Schönke/Schröder/Stree*, § 258 Anm. 35.

* * *

I. La colisión de deberes como causa de exculpación

En Derecho español el estado de necesidad se regula unitariamente en el art. 8, 7.° CP (art. 26, 6.° Proyecto 1980). En él se recoge tanto el conflicto entre bienes jurídicos como la colisión de deberes,[1] *la cual no es, por tanto, "supralegal" en nuestro Derecho. Aunque se acoja la teoría de la diferenciación, todas las clases de colisión de deberes, tanto de deberes de diferente rango como equivalentes, deben verse reguladas de la misma forma por el artículo 8, 7.° CP. Ello constituye uno de los argumentos que condujeron* supra, *Adiciones al § 33, a considerar preferible en nuestro Derecho la teoría unitaria según la cual todas las modalidades de estado de necesidad previstas en el art. 8, 7.° — incluidas las de colisión de deberes — deben considerarse justificantes. A lo dicho entonces me remito. Ahora añadiré, en expresa referencia a la colisión de deberes equivalente examinada aquí por el texto, que, según lo dicho, quien actúa en una situación en la que el cumplimiento de un deber necesariamente le obliga a infringir otro y viceversa, tanto si cumple uno como otro, según el Derecho español obra de conformidad con el orden jurídico, pues resulta amparado por la causa de justificación de estado de necesidad, que sólo requiere que la infracción del deber no cause un mal* mayor *que el que se trate de evitar. Ello es satisfactorio, porque el Derecho no puede imponer a nadie deberes que no pueda cumplir, y ante un conflicto de deberes equivalentes e incompatibles sólo puede obligar al sujeto a cumplir* uno *de ellos, siendo irrelevante cuál sea éste.*

Nótese, en todo caso, que la gravedad del "mal" causado por la infracción de un deber no procede sólo de la importancia del bien jurídico protegido por el deber, sino también de la entidad del deber infringido. Ello es importante a los efectos de determinar si el mal producido por la infracción de un deber es o no mayor que el que supondría la infracción de otro deber. Así, el matar a alguien como medio necesario para salvar a otro (p. ej.: para salvar a un paciente un médico extrae de otro un órgano vital) no podría considerarse infracción de un deber para dar cumplimiento a otro equivalente, pues, aunque tanto el deber de no matar *como el de* auxiliar *afecten al mismo bien jurídico de la vida, el primer deber desplaza al segundo (tanto los arts. 489 bis y 338 bis CP como los arts. 193 y 494 Proyecto 1980 condicionan la jurisprudencia de delito en la omisión de socorro a que no exista riesgo de bienes personales). Cuestión distinta es si, en el caso planteado, cabe estado de necesidad entre* bienes *en conflicto, cuestión que a mi juicio debe resolverse también en sentido negativo, por el principio de que la lesión dolosa de la*

1 *Córdoba*, Comentarios I p. 277 entiende incluso que, como los deberes jurídicos son exigidos por el ordenamiento jurídico para la protección de determinados bienes, es en rigor innecesaria la inclusión por el art. 8, 7.° de la inobservancia de dichos deberes como alternativa al supuesto de vulneración de un bien jurídico. Cfr. también *Rodríguez Devesa*, PG pp. 552 s.

vida o la integridad corporal de una persona constituye siempre un "mal" mayor que el no impedir que se lesionen otros bienes de la misma naturaleza (cfr. supra *Adiciones al § 33 I). En cambio, el padre que en un naufragio sólo puede salvar a uno de sus dos hijos en idéntico peligro y con las mismas posibilidades de salvación, actuará con arreglo a Derecho auxiliando a cualquiera de ambos, ya que en este caso sí concurre una colisión de deberes equivalentes (ambos de socorrer).*

II. La inexigibilidad como causa de exculpación supralegal

En España la teoría de la inexigibilidad como causa supralegal de exculpación penetró a través de la traducción del Tratado de Mezger, *favorable a ella, hallando acogida en las Notas al mismo de* Rodríguez Muñoz: *"En nuestro Código — escribió — no existe, ciertamente, un obstáculo legal que impida el funcionamiento de la no exigibilidad de la conducta como causa de exclusión de la culpabilidad". No obstante destacó a renglón seguido la necesidad de usar con suma precaución de tal construcción, "reconociéndola únicamente en contados y excepcionalísimos casos".*[2] *Los límites que en base al principio de legalidad se derivan de los arts. 1 y 23 CP no se opondrían a la admisión de causas de exculpación supralegales por analogía, porque tales preceptos sólo prohíben fundamentar o agravar la pena, no excluirla.*[3] *No habría, según esto, que reducir la posibilidad de admitir eximentes supralegales al ámbito de las causas de justificación, negándola en la esfera de la exclusión de la culpabilidad, como propone el texto.*

La evolución posterior de la doctrina española es paralela a la de la alemana.[4] *La opinión dominante limita el alcance del concepto de inexigibilidad a la función de ofrecer el fundamento material de ciertos supuestos* legalmente *previstos de exclusión de la culpabilidad.*[5] *Se advierte también por algún autor que la idea de no exigibilidad explica asimismo la restricción del deber de actuar en los delitos de omisión a los casos en que no existe riesgo para el agente o para terceros (arts. 338 bis, 489 bis, 586, 2.° CP, correspondientes a arts. 494, 193 y 660 4.° Proyecto 1980).*[6] *También ha encontrado acogida el planteamiento de* Henkel, *según el cual la no exigibilidad constituye un principio* regulativo *general que permite al juez precisar las fronteras de lo punible en el caso particular, tanto en el ámbito del injusto como en el de la culpabilidad.*[7]

A mi juicio, como ya expuse supra, *Adiciones al § 33, el principio de no exigibilidad debe operar inspirando una interpretación objetiva de la eximente de miedo insuperable como causa específica de inexigibilidad y completándola por analogía en cuanto resulte insuficiente. Aunque ello suponga una* elaboración creadora *de la ley,*[8] *no se halla prohibida por los límites de garantía del ciudadano ya que opera en favor del reo.*[9]

2 Cfr. *Rodríguez Muñoz,* Notas II p. 182.

3 Cfr. *Rodríguez Muñoz,* Notas I p. 40. En distinto sentido *Cuello* I (1975) página 546.

4 Efectuó un estudio de la evolución de la doctrina de la no exigibilidad en Alemania J. A. *Sáinz Cantero,* El desenvolvimiento histórico dogmático del principio de "no exigibilidad", en ADPCP, 1960, pp. 433 ss.

5 Cfr. *Sáinz Cantero,* La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal, 165, pp. 117 ss.; *Rodríguez Devesa,* PG p. 611.

6 Así *Rodríguez Devesa,* PG p. 611.

7 Así, desenvolviendo el principio de no exigibilidad para la legítima defensa, *Córdoba,* Comentarios, p. 246.

§ *48 El error sobre causas de exculpación*

Anne-Eva Brauneck, Der strafrechtliche Schuldbegriff, GA 1959, 261; *Dreher,* Anmerkung zu OLG Köln vom 19-10-1961, MDR 1962, 592; *Frank,* Über den Aufbau des Schuldbegriffs, Gießener Festschrift, 1907, pág. 3; *Goldschmidt,* Der Notstand ein Schuldproblem, Österr. Zeitschrift f. Strafrecht 1913, 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; *Niese,* Die Rechtsprechung des BGH in Strafsachen, JZ 1955, 320; *Radbruch,* Zur Systematik der Verbrechenslehre, Festgabe für R. v. Frank, t. I, 1930, página 158; *Roxin,* Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962, ZStW 76 (1964), página 582; *Schröder,* Die Notstandsregelung des Entwurfs 1959 II, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 290; *Vogler,* Der Irrtum über Entschuldigungsgründe im Strafrecht, GA 1969, 103; *Welzel,* Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht etc., ZStW 67 (1955), pág. 198.

I. Naturaleza jurídica del error sobre causas de exculpación

1. Del mismo modo que en el error sobre causas de justificación (cfr. *supra,* § 41 III 1), es preciso distinguir tres supuestos en el error sobre causas de exculpación. El **error sobre la existencia** de una causa de exculpación es, como el **error sobre sus límites, irrelevante,** ya que únicamente el legislador puede decidir en qué casos puede dejarse de formular el reproche de culpabilidad en atención a la disminución esencial del contenido de injusto y culpabilidad del hecho.[1]

Ejemplos: Homicidio de un pariente próximo enfermo mental cuya asistencia grava poderosamente a la familia, alegándose una "causa general de exculpación supralegal por inexigibilidad". Deserción de un soldado para evitar los perjuicios económicos que le supone la incorporación al servicio militar (OLG Hamm NJW 1976, 721).

2. Por el contrario, es relevante el **error sobre los presupuestos de una causa de exculpación admitida.** Mediante la regulación del error sobre los presupuestos del estado de necesidad exculpante en el § 35 II (cfr. *supra,* § 44 V1) se ha venido a reconocer que el mismo

8 En favor de una concepción *creadora* de la Dogmática jurídica, *Mir Puig,* Dogmática creadora y Política criminal, en RJCat., 1978 y Rev. Intern. Droit Pénal, 1978, pp. 215 ss.

9 Cfr. *Mir Puig,* Introducción, pp. 316 ss. Cfr. art. 4 Proyecto 1980, que admite expresamente la *analogia in bonam partem.*

1 Cfr. *Wessels,* Allg. Teil, pág. 87; *LK (Hirsch),* § 51 Vorbem. 169 i.f.; *LK (Baldus),* § 52 Anm. 24.

no constituye ni un error de tipo ni de prohibición, sino un **error sui generis.**[2]

Ejemplos: La testigo comete perjurio en favor del acusado, que la ha obligado a ello mediante amenazas de muerte, mas el peligro no era actual, puesto que en caso de haber tenido lugar un testimonio verdadero el acusado hubiera permanecido en prisión, lo que la testigo no podía conocer (BGH 5, 371 [374]). El autor, un joven, efectúa el disparo mortal porque según su opinión, posiblemente errónea, pero para él verdadera, la única alternativa existente hubiera sido resultar él mismo muerto (RG 64, 31 [32]). El médico que durante una fiesta social es reclamado telefónicamente para que acuda junto a su hijo que de repente ha enfermado con peligro para su vida, toma el volante sin estar en condiciones para ello y sin pensar que podía utilizar un taxi (OLG Hamm VRS 14, 431). Por orden de un oficial al que toma erróneamente por un superior, un soldado detiene en una fonda a un extranjero que de forma manifiesta indagaba asuntos propios del ejército alemán (§ 5 WStG).

II. Tratamiento del error sobre los presupuestos de una causa de exculpación

1. El error **invencible** sobre los presupuestos de una causa de exculpación admitida, exculpa al autor, ya que subjetivamente éste actúa bajo las mismas condiciones que concurrirían si realmente se diese la situación propia de la causa de exculpación. El mismo posee la voluntad de salvación o de obediencia mediante la cual se rebaja lo injusto de la acción, y también la formación de su voluntad se encuentra por cumpleto bajo el influjo de la representación de la necesidad o de un deber de obediencia frente al superior. De ahí que la actitud jurídica que expresa su hecho no sea censurable en mayor medida que si en realidad hubiese concurrido la situación por él erróneamente supuesta. Esta concepción, defendida ya con claridad anteriormente en la Jurisprudencia (RG 66, 222 [227]; OLG Hamm VRS 14, 231 [232]) y en la literatura,[3] ha sido reconocida legalmente en la actualidad por el § 35 II 1 (cfr. *supra*, § 44 V 1 a).

2. Bajo la legalidad anterior se discutía el tratamiento que merece el error **evitable** sobre los presupuestos de una causa de exclusión de la culpabilidad (cfr. ed. anterior, págs. 382 y ss.).

2 También sigue reglas propias el error sobre los elementos del tipo de culpabilidad (cfr. *supra*, § 42 III, 1) y el error sobre la situación de legítima defensa en el exceso en la misma (exceso putativo en la legítima defensa) (cfr. *supra*, § 45 II 4).

3 Cfr. *Frank*, Aufbau, pág. 19; *Goldschmidt*, Österr. Zeitschrift f. Strafrecht 1913, 136, 166 y ss.; *Hegler*, ZStW 36 (1915), pág. 216, nota 113; *Olshausen*, § 52 Anm. 6; *Radbruch*, Frank-Festgabe, t. I, pág. 166; *v. Liszt/Schmidt*, páginas 288 y ss.; *LK (Baldus)*, § 52 Anm. 25; § 54 Anm. 22; *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 169; *Arthur Kaufmann*, ZStW 76 (1964), págs. 577 y ss.; *Niese*, JZ 1953, 323; *Roxin*, ZStW 76 (1964), págs. 609 y ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, números 619 y ss.; *Vogler*, GA 1969, 116; *Welzel*, Lehrbuch, pág. 182.

Un sector de la doctrina[4] y la Jurisprudencia (últimamente BGH 18, 311 [312]) sólo consideraban admisible en este caso la pena correspondiente a la imprudencia. Así, el testigo que por miedo a una actuación violenta de contrincantes políticos profiere perjurio solamente podía ser condenado por falso testimonio imprudente (§ 163) (RG 66, 222 [227]), y el vigilante de un campo de concentración nazi al que por indiferencia no se le ocurrió ninguna forma de evitar la ejecución de la orden de asesinato que se le había impartido, sólo debía castigarse por homicidio imprudente (§ 222).

El **Derecho actual,** por el contrario, ha acogido en el § 35 II para el error evitable sobre los presupuestos del estado de necesidad exculpante (cfr. *supra*, § 44 V 1 b) la estricta **solución del dolo,** defendida ya anteriormente por una parte de la doctrina.[5] Según esto, debe aplicarse la penalidad correspondiente al delito doloso, pero atenuada según el § 49 I por la disminución del contenido de culpabilidad del hecho en comparación con el supuesto normal.

La aplicación, aconsejada en la doctrina (cfr. ed. anterior, págs. 383 y siguientes), de la *renuncia de pena* como en el estado de necesidad previsto para el falso testimonio (§ 157), *no* puede seguir manteniéndose con arreglo al nuevo Derecho, ya que esta posibilidad no se ha acogido en el § 35 II.[6]

3. La regulación del § 35 II, en cuanto solución admitida por la ley para resolver el problema del tratamiento correspondiente al error vencible sobre los presupuestos de una causa de exculpación, deberá aplicarse, también, de forma paralela, a casos distintos al estado de necesidad.[7]

Ejemplos: El soldado supone erróneamente la concurrencia de una orden, por ejemplo supone erróneamente que el que la imparte es su superior o cree equivocadamente que se encuentra de servicio o se le reclama obediencia (§ 5 WStG). En la colisión de deberes el autor cree por error encontrarse frente a una situación sin salida, porque, v. gr., desconoce que el paciente todavía es susceptible de traslado.

* * *

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

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

6 Cfr. *LK (Hirsch)*, § 51 Vorbem. 169; *LK (Schroeder)*, 59 Anm. 68.

7 Así *Baumann*, Allg. Teil, pág. 474; *Eser*, Strafrecht I, núm. 19 A 34; *Schölz*, § 5 WStG Anm. 3; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 16 Anm. 30; *Wessels*, Allg. Teil, pág. 88. En sentido restrictivo sobre el alcance del § 35 II *Schmidhäuser*, Allg. Teil, pág. 470.

El estado de la doctrina y la jurisprudencia españolas sobre el error acerca de una causa de exculpación es, comparado con la situación que refleja el texto, apenas existente. A ello contribuye la falta en nuestro país de un estudio general y diferenciado de las causas de exculpación. La doctrina tradicional se limita, en el mejor de los casos, a manifestarse brevemente sobre la relevancia o irrelevancia *de esta clase de error, siendo mayoritaria la respuesta afirmativa.*[1] *La jurisprudencia, en cambio, se ha manifestado preferentemente en un sentido al parecer contrario a la trascendencia de la errónea suposición del* mal *amenazante en el miedo insuperable.*[2]

En esta eximente de miedo insuperable es precisamente donde se suele plantear la cuestión de si puede eximir o no el miedo de un mal irreal, aunque a menudo no como problema de error, sino con objeto de determinar los límites de la propia eximente, discutiéndose si el Código requiere para la misma la objetiva realidad del mal[3] *o basta su representación subjetiva,*[4] *lo que se vincula a la naturaleza dogmática del miedo insuperable como afín a la imputabilidad o, por el contrario, al estado de necesidad.*[5]

Por lo que respecta a este último, con evidente incongruencia desde el punto de vista de la teoría de la diferenciación dominante en España, la doctrina española no plantea ni siquiera la distinción entre el error en la modalidad justificante y el que tiene lugar en la exculpante, sometiendo ambos a las reglas del primero — tratamiento unitario, ciertamente abonado por la regulación unitaria del estado de necesidad en el Código español, pero que pone en entredicho una vez más la validez de la teoría de la diferenciación.[6] *Al margen de la discusión queda en general la cuestión principalmente debatida en Alemania: la del trato que merece el error* vencible.[7]

La solución del tema depende, ante todo, de si hay que considerar o no relevante el error que afecta a las causas de exculpación. Tratándose de causas que excluyen la culpabilidad por la incidencia que suponen en el proceso de motivación, en principio no parece que pueda entenderse no excluida la culpabilidad por el hecho de que la motivación anómala se funde en un error: cualquiera que sea el origen de la anormalidad de la motivación, ésta sigue

1 Cfr. *Antón Oneca*, Derecho Penal, p. 282; *Quintano*, Curso cit. p. 353.

2 Cfr. SSTS 4 enero 1955, 18 octubre 1876, 17 dic. 1915, 26 enero 1935, 23 junio 1955, 23 enero 1967, 14 abril 1970, etc. Cfr. *Antón Oneca*, op. cit., p. 282; *Córdoba Roda*, Comentarios I, pp. 345 ss. y 350 ss., donde, sin embargo, advierte que frecuentemente el TS se contenta con que la realidad del mal sea "*fundadamente presumible* como inminente", lo que — añado — podría entenderse como atribución de relevancia eximente al error *invencible*.

3 Así, como la Jurisprudencia citada, *Rodríguez Devesa*, PG 5.ª ed. p. 614.

4 Así *Ferrer Sama*, Comentarios I p. 232; *Córdoba*, Comentarios I pp. 351 s.

5 Cfr. en este sentido *Córdoba*, Comentarios I pp. 336, 357 s.

6 La necesidad de tratar de forma unitaria ambas clases de error constituye uno de los argumentos esgrimidos por *Gimbernat*, Estudios cit. p. 113, para considerar unitariamente todos los supuestos de estado de necesidad como justificantes. En este contexto recoge este autor, excepcionalmente en nuestro país, el estado de la cuestión existente en Alemania sobre el error acerca de una causa de exculpación.

7 No obstante, *Ferrer Sama*, Comentarios I p. 232, como consecuencia de considerar innecesaria la realidad objetiva del mal amenazante en el miedo insuperable, entiende que la eximente subsiste aunque exista error vencible sobre dicha realidad. Entiendo que tal solución debe descartarse.

concurriendo. Ello parece lo único coherente con el trato que sin duda merecería el error que motivase un trastorno mental transitorio. La culpabilidad se da siempre que las condiciones motivacionales del sujeto son objetivamente las requeridas por la ley y falta cuando tales condiciones no se dan por la razón que sea. De ahí que resulte irrelevante la visión subjetiva acertada o errónea que el sujeto tenga acerca de su culpabilidad, en lo que se funda el principio de que el error sobre *la culpabilidad es irrelevante. Pero una cosa es que el sujeto yerre sobre si se halla o no en las condiciones requeridas para la culpabilidad — p. ej., cree erróneamente tener 14 años en lugar de 16 —, y otra bien distinta que el enjuiciamiento equivocado de la situación — p. ej., suposición errónea de una amenaza — provoque una* efectiva *falta de las condiciones motivacionales que exige la culpabilidad. El mismo principio según el cual lo único importante es si concurren o no realmente las condiciones motivacionales necesarias, conduce a tratar de forma distinta ambas clases de error — el error* sobre *la culpabilidad y el error* que origina *una situación de falta de culpabilidad —. Mientras que el primero es irrelevante, el segundo no puede dejar de estimarse como motivador de una situación de inculpabilidad.*

¿Significa esto que procede la impunidad siempre que la falta de culpabilidad proceda de un error y aunque no se dé la efectiva concurrencia de los elementos objetivamente requeridos por la ley para las causas de exculpación — p. ej., la amenaza de un mal igual o mayor en el miedo insuperable —? La respuesta ha de ser negativa. La situación de la doctrina alemana expuesta en el texto refleja la conciencia, correcta, de que es preciso distinguir entre el error vencible y el invencible. No sería justo afirmar la impunidad aun cuando el hecho antijurídico se haya cometido por un error nacido de una falta de cuidado. Las dos posiciones mantenidas en Alemania para sancionar este error vencible pueden fundamentarse en el Derecho español, respectivamente, del modo siguiente: Por una parte, puede acudirse a la imprudencia (arts. 565, 586, 3.° ó 600 CP o el precepto incriminador correspondiente en el sistema de numerus clausus *del Proyecto 1980); por otra parte, cabe estimar una eximente incompleta (art. 9, 1.° en relación con el art. 66 CP).*

No existiendo en nuestro Derecho, sin embargo, ninguna regulación expresa para este problema como la que ofrece el § 35 II StGB, la solución de la imprudencia me parece la preferible según el planteamiento que he expuesto más arriba. El error que motiva una falta de capacidad de la motivación normal requerida para la culpabilidad, plantea una situación de actio libera in causa: *en el momento de la acción decisiva el sujeto actúa sin culpabilidad, pero ello se debe a que en un momento anterior, en el que todavía era normal su capacidad de motivación, incurrió en un error. Según las reglas generales de la* actio libera in causa, *si dicho error es invencible procede la impunidad, pero si es vencible debe dar lugar a responsabilidad penal en cuanto tanto la situación de inculpabilidad como el hecho antijurídico se hallan en relación de causalidad con una anterior falta de diligencia culpable. Corresponde, entonces, la calificación de imprudencia, ya que ésta causa el hecho antijurídico. Mas adviértase que la punición que de ello se sigue no se basa en una culpabilidad concurrente pero incompleta en el momento último — razón por la cual no creo correcto aplicar la eximente incompleta correspondiente —, sino en que,* pese a faltar por completo la culpabilidad en el

segundo momento, *concurre una imprudencia anterior, plenamente culpable, causante del hecho.*

El planteamiento propuesto me parece extensible a todo error que motive una situación de falta de culpabilidad, con independencia de que éste consista en inimputabilidad o en la concurrencia de una situación exculpante. La única distinción necesaria es la sugerida más arriba entre error sobre *la culpabilidad — sea sobre la concurrencia de sus presupuestos, sea sobre la calificación jurídica de culpabilidad — y error que motiva una situación de inculpabilidad.*

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
6401888117