

Hans Welzel

DERECHO PENAL
Parte General

TRADUCCIÓN DE CARLOS FONTÁN BALESTRA

ROQUE DEPALMA EDITOR
BUENOS AIRES
1956

DERECHO PENAL

HANS WELZEL

Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Bonn

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL



ROQUE *Depalma* EDITOR

BUENOS AIRES — 1956

Traducción del alemán
por el DR. CARLOS FONTÁN BALESTRA
con la colaboración del SR. EDUARDO FRIKER

*Queda hecho el depósito
de ley. Derechos reservados.*

ROQUE *Depalma* EDITOR

Talcahuano 494 — Buenos Aires

PRÓLOGO DEL AUTOR PARA LA EDICIÓN ESPAÑOLA

El derecho penal, que aparece ahora en idioma castellano, se podría imputar a la dirección "técnico-jurídica" de la ciencia del derecho penal, en caso de que quisiera servirme de la terminología que he leído hace poco en la obra de un autor español. Pero, ¿qué sentido tendría traducir un libro dedicado al tratamiento "técnico-jurídico" del derecho penal alemán, al idioma del gran círculo cultural español, en el que cada pueblo tiene su propio derecho penal nacional? ¿Podría justificar la analogía de la mera técnica jurídica la empresa difícil de una traducción y estimular al individuo, de un círculo ajeno con respecto al derecho y al idioma, a su lectura? Yo no lo creo. Pero tampoco creo que se expresaría algo esencial sobre el libro, intercalándolo dentro de la dirección "técnico-jurídica" de la ciencia del derecho penal. Es cierto que existe en el derecho penal toda una serie de problemas puramente técnicos que el derecho penal nacional regula en esta o aquella forma y que un libro de texto de derecho penal tiene que tratar. Pero es una creencia errónea y peligrosa, lamentablemente muy difundida y profundamente arraigada, la que supone que el tratamiento del derecho penal es un asunto de mera "técnica jurídica". Es creencia errónea positivista la que supone que el derecho en su integridad es un producto del legislador; que el legislador puede administrar arbitrariamente la materia jurídica y que la dogmática jurídica es, por tanto, sólo la elaboración técnica de esta materia jurídica "casual". Si esto fuera cier-

to, entonces estarían acertadas las palabras del procurador del Estado, VON KIRCHMANN, sobre la ciencia jurídica: "Tres palabras rectificadoras del legislador, y bibliotecas enteras se convierten en inútiles pliegos impresos".

El libro presentado está en posición diametralmente opuesta a semejante concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Parte de la convicción de que el legislador no es en manera alguna omnipotente, y que está ligado a determinados límites dados en la materia del derecho. Encontrar y llevar al conocimiento estos límites, es la misión de una tarea científica en derecho penal. Las reflexiones que llevan a esta convicción son muy simples. Las normas del derecho penal, vale decir, sus imposiciones y prohibiciones, pueden dirigirse únicamente a acciones humanas. Ningún derecho puede imponer o prohibir algo a meros procesos de la naturaleza. Sólo en cuanto alcancen el poder finalista de creación de las acciones humanas sobre los acontecimientos de la naturaleza, el derecho puede imponer o prohibir algo a las acciones. Este poder configurador de una acción humana, junto con los elementos que la constituyen, le está dado al derecho. Éste no los puede crear ni modificar. No puede sacarles ni agregarles nada. A estos elementos constitutivos de la acción, vale decir, a los elementos objetivos y subjetivos de la acción y a su relación entre sí, deben vincularse las características delictuales del derecho (adecuación típica, antijuricidad, culpabilidad). También ellas deben aceptar los elementos de la acción en la forma que realmente tienen. Por ejemplo, no deben determinar la relación de los elementos objetivos y subjetivos de la acción en forma distinta de la que guardan en la realidad. Si lo quisieran hacer en forma distinta —y sucedió a menudo en el derecho positivo y en la doctrina del derecho—, tendrían que llegar a reglamentaciones paradójicas, llenas de lagunas y contradicciones. El interés principal de este libro y la idea fundamental de la teoría de la acción finalista desarrollada en él, es averiguar los elementos estructurales de la acción humana, que están dados a

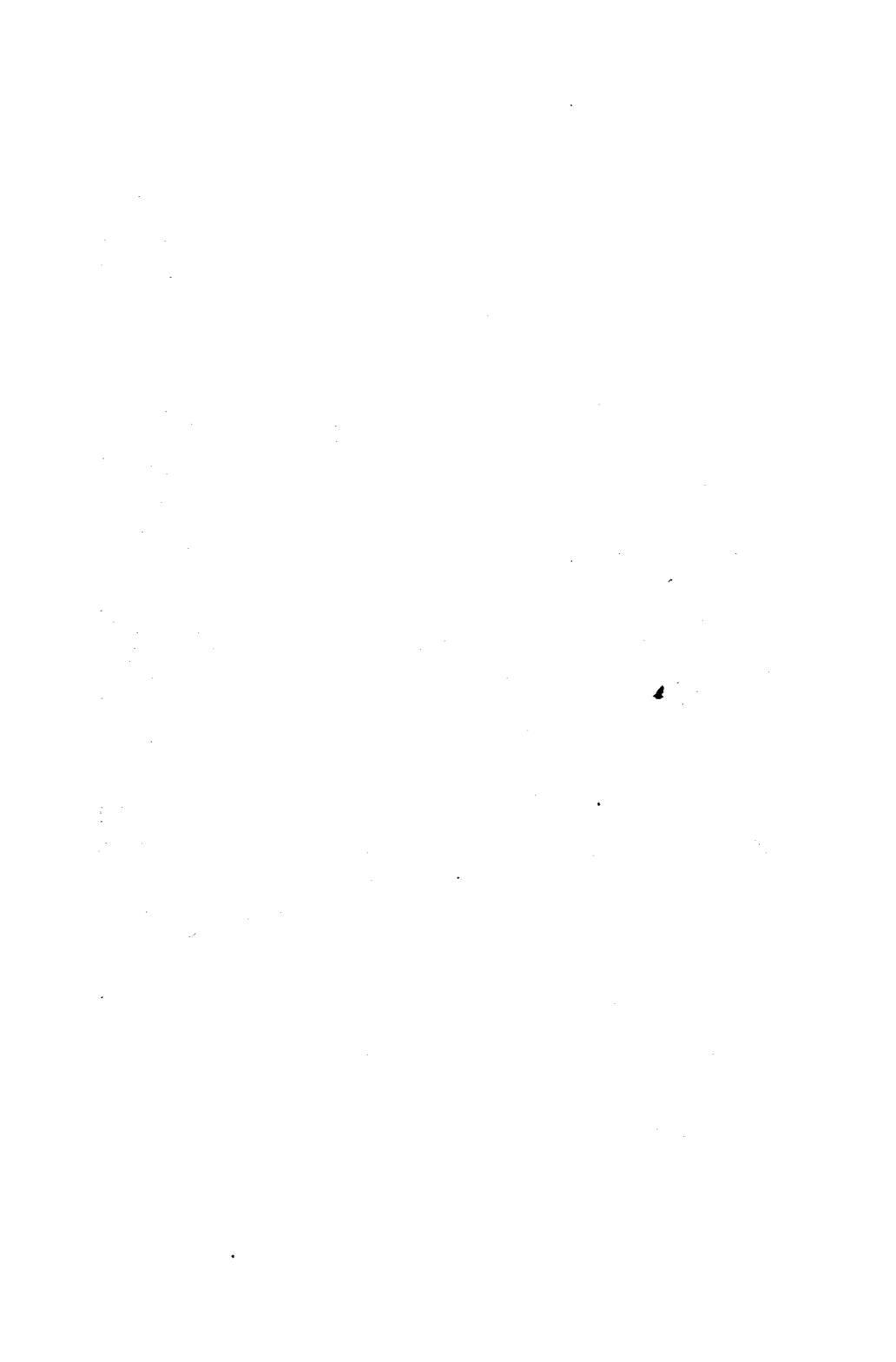
todo legislador y a toda ciencia, en su relación real, y vincular con ellos, en forma adecuada, las características delictuales (adecuación típica, antijuricidad, culpabilidad). La teoría de la acción finalista, de ninguna manera, es algo completamente nuevo; hace mucho conocida en sus rasgos fundamentales, fue descubierta ya por ARISTÓTELES. Ella es una verdad antigua, que sólo fue tapada por la concepción mecánica del mundo y por el positivismo del derecho a fines del siglo pasado.

Si este libro trata de desarrollar, en el ejemplo del derecho penal alemán, problemas que se presentan a todo legislador en todos los países, entonces la traducción a un idioma extranjero no habrá sido un esfuerzo inútil. Seguramente la traducción del libro presentó dificultades considerables, pues aunque los problemas tratados no son nuevos, han quedado, sin embargo, ignorados en la nueva ciencia del derecho penal. Por tanto, en muchos casos hubo que recurrir a una terminología nueva que dificultó, sin duda, el trabajo del traductor. Al profesor CARLOS FONTÁN BALESTRA corresponde nuestra gratitud especial por haber cargado con esa tarea.

Es una coincidencia feliz el hecho de que la editorial Aguilar en Madrid está preparando, al mismo tiempo, la traducción española de mi libro Derecho natural y justicia material por intermedio del Dr. GONZÁLEZ VICEN. Esta investigación de la filosofía del derecho complementa la idea fundamental de mi derecho penal en su aspecto filosófico, como, a la inversa, el derecho penal expone en forma concreta las ideas filosófico-jurídicas del autor, acerca del derecho y la ciencia del derecho en la materia del derecho penal.

Bonn, en verano de 1955.

HANS WELZEL.



Í N D I C E

PRÓLOGO DEL AUTOR PARA LA EDICIÓN ESPAÑOLA	VII
PRINCIPALES ABREVIATURAS UTILIZADAS EN EL TEXTO	XIX

INTRODUCCIÓN

EL DERECHO PENAL

§ 1. Significado y misión del derecho penal	1
I. La función ético-social del derecho penal	1
II. La función preventiva del derecho penal	8
§ 2. Reseña histórica del derecho penal alemán	13
§ 3. Fuentes y literatura del derecho penal	19
I. Reseña sobre la existencia más importante de fuentes	19
1. El derecho del Imperio	19
2. El derecho de los Estados	19
3. Derecho penal interlocal	20
II. Los trabajos de reforma del derecho penal	20
III. La jurisprudencia	20
IV. Síntesis de la literatura más importante	21
§ 4. Concepto del derecho penal	21
I. Ámbito del derecho penal	21
1. Las infracciones al orden administrativo o policial (<i>Ordnungswidrigkeiten</i>) (lo llamado injusto policial o administrativo)	22
2. Las faltas administrativas y faltas contra la ética profesional	23
3. Las penas disciplinarias procesales (<i>Zwangsstrafen</i>)	23
II. La formal división tripartita del delito, del § 1 del C. P.	23
§ 5. Derecho penal y ley penal	25
I. El principio <i>nulla poena sine lege</i> y su historia ..	25
II. La construcción particular	28

§ 6. El ámbito de validez del derecho penal alemán	30
I. La validez en el tiempo (§ 2, incs. 2 y 3)	30
1. El principio: no retroactividad de las leyes penales	30
2. Retroactividad de la ley más benigna	30
3. En las medidas de seguridad	31
II. Ámbito de validez del derecho penal alemán (§§ 3 a 9)	31
1. Hechos punibles de alemanes	31
2. Hechos punibles de extranjeros	32
3. El concepto del lugar de comisión	33

LIBRO PRIMERO

LA ACCIÓN PUNIBLE Y SU AUTOR

§ 7. Misión y fundamento de las teorías generales del derecho penal	35
I. Misión de la parte general	35
II. Características esenciales de la acción y del autor, y su valoración en derecho penal	35

PARTE PRIMERA

LA ESTRUCTURA DEL DELITO Y LA NATURALEZA DEL AUTOR

INTRODUCCIÓN: TEORÍA DE LA ACCIÓN

§ 8. Concepto de la acción	39
I. Naturaleza	39
II. La acción dentro de los tipos del derecho penal .	42
III. La teoría divergente: el concepto causal de la acción	44
1. La teoría causal de la acción	44
2. Crítica	45
§ 9. El problema causal en el derecho penal	48
I. Planteamiento del problema	48
II. Las teorías	49
1. Teoría de las condiciones (teoría de la equivalencia)	49
2. La teoría de la adecuación	54
3. Las teorías de la individualización	55
III. El concepto de peligro	56

CAPÍTULO I

LO INJUSTO Y SU AUTOR

§ 10. Antijuricidad y adecuación típica de lo injusto penal ..	57
I. La antijuricidad y su relación con lo injusto	57
1. La antijuricidad	57
2. Antijuricidad e injusto	58
II. La adecuación típica de lo injusto	59
1. La naturaleza del tipo penal	59
2. Tipicidad en sentido dogmático: el núcleo de lo injusto. Las condiciones objetivas de punibilidad	61
III. Tipo y adecuación social	63
1. La interpretación del sentido de los tipos; la adecuación social	63
2. Casos de adecuación social	64
3. Conclusiones	65

Sección Primera

El tipo de injusto de los delitos dolosos

§ 11. El concepto de lo injusto en los delitos dolosos	67
I. El desarrollo dogmático del concepto de injusto de los tipos dolosos	67
II. El concepto personal de lo injusto; disvalor del resultado y disvalor de la acción	70
§ 12. El tipo objetivo	71
I. El sentido de la "objetividad" en el denominado tipo de injusto objetivo	71
II. Las características del tipo objetivo	72
1. La acción de hecho	72
2. El autor	72
§ 13. El tipo subjetivo	73
I. El dolo como elemento de la acción finalista ..	73
1. La esencia del dolo	73
2. Clases de dolo	74
3. El ámbito del dolo (§ 59)	77
4. El modo de conocimiento de las circunstancias de hecho que pertenecen al tipo	81
5. El error de tipo (<i>Tatbestandsirrtum</i>)	82
6. La conciencia de la antijuricidad de la acción	82
II. Los elementos subjetivos de la acción que pertenecen a la autoría (los llamados elementos subjetivos de lo injusto)	83

1. La naturaleza de los elementos subjetivos de autoría	83
2. Las especies de los elementos subjetivos de autoría	84
§ 14. Antijuricidad y justificación	86
I. El establecimiento de la antijuricidad	86
1. La adecuación típica como "indicio" de la antijuricidad	86
2. Tipos "cerrados" y tipos "abiertos"	86
3. Adecuación típica y adecuación social	88
4. Los fundamentos de justificación	90
II. La defensa legítima (<i>Notwehr</i> = defensa necesaria)	91
1. La situación de defensa legítima	91
2. La acción de defensa	92
3. Consecuencias jurídicas	94
4. Ayuda necesaria	95
5. Exceso en la defensa legítima	95
6. La defensa putativa	95
III. El estado de necesidad del derecho civil	95
1. La defensa de cosas (estado defensivo de necesidad) (§ 228, C. C.)	95
2. El estado agresivo de necesidad (§ 904, C. C.)	95
IV. El principio general de justificación: el medio apropiado para el fin apropiado	96
V. Los derechos extraordinarios ejercidos de propia mano (por la fuerza). Derechos forzosos de particulares	98
VI. El actuar sobre la base del consentimiento del lesionado	98
VII. El actuar en interés y con supuesto consentimiento del lesionado	102
VIII. Apéndice. Suposición errónea de fundamentos de justificación	103
§ 15. La autoría	103
I. Las dos especies fundamentales de la autoría: el autor doloso y el autor culposo	104
II. El concepto finalista de autor	105
III. La autoría mediata	106
IV. Los delitos de propia mano (sólo comisibles por determinadas personas)	112
V. La coautoría (§ 47)	113
VI. La autoría secundaria	117
§ 16. La participación	117

I.	Principios fundamentales	117
II.	La instigación (§ 48)	121
III.	La complicidad (§ 49)	123
IV.	Concurso de varias formas de participación	125
V.	La influencia de las condiciones personales sobre la participación (§ 50, inc. 2)	126
VI.	La llamada participación necesaria (LANGE, <i>Notwendige Teilnahme</i> , 1940)	128
VII.	Casos de error: separación del tipo objetivo y sub- jetivo en la autoría y la participación	129
VIII.	Apéndice: Acciones preparatorias punibles de au- tor y partícipe	131
§ 17.	El autor como tipo criminológico	132
	I. Acción típica y autor típico	132
	II. Clases de tipo criminológico de autor	133

Sección Segunda

§ 18.	El tipo de injusto de los delitos culposos	135
	I. Valor del resultado y de la acción en los delitos culposos	135
	II. El tipo de lo injusto de los delitos culposos en particular	138
	III. Fundamentos de justificación	144
	IV. La lesión de diligencia de incapaces de culpa	145

CAPÍTULO II

LA CULPABILIDAD

§ 19.	La esencia de la culpabilidad: la reprochabilidad	147
	I. Antijuricidad y culpabilidad	147
	II. Culpabilidad y reprochabilidad	148
	III. El desarrollo del concepto normativo de culpabi- lidad en la dogmática moderna	150
§ 20.	Los presupuestos existenciales del reproche de culpabili- dad: libertad de voluntad y capacidad de imputación	152
	I. Los problemas de la libertad de voluntad	153
	1. El aspecto antropológico	153
	2. Aspecto caracterológico	156
	3. El aspecto categoremático	157
	II. La capacidad de imputación (capacidad de culpa)	163
	1. Los problemas en el establecimiento de la capa- cidad de imputación	163
	2. La definición legal de la capacidad de impu- tación	164

3. Grados de la capacidad de culpa	165
4. La incapacidad de culpa y la capacidad disminu- nuida de culpa, a consecuencia de graves tras- tornos mentales (§ 51)	166
a) El presupuesto de la incapacidad de culpa	166
b) Las consecuencias penales	167
c) La capacidad disminuıda de culpa (§ 51, inc. 2)	167
§ 21. La reprochabilidad y sus elementos	168
A. <i>Los elementos intelectuales de la reprochabilidad.</i>	
I. Conocibilidad de la concreción del tipo	169
II. La conocibilidad de la antijuricidad	172
1. La teoría del dolo	173
2. La teoría de la culpabilidad	175
B. <i>El elemento de voluntad en la reprochabilidad (La</i> <i>exigibilidad de la obediencia jurídica).</i>	
I. La exigibilidad en los delitos culposos	180
II. La exigibilidad en los delitos dolosos	181
III. El estado de necesidad penal (§§ 54 y 52)	182
<i>La estructuración jurídica.</i>	
a) El tipo básico (§ 54)	183
b) La acción del estado de necesidad	184
c) Las consecuencias jurídicas	184
d) El estado de necesidad por coacción (§ 52) ..	184
IV. El estado de necesidad supralegal disculpante ...	185
V. El estado de necesidad putativo	188

PARTE SEGUNDA

LAS ETAPAS DE LA CONCRECIÓN DEL DELITO.
LA TENTATIVA

§ 22. Las etapas de la concreción del delito, en particular la tentativa	189
I. Las etapas de la concreción del delito	189
II. El concepto de la tentativa	193
III. Delimitación entre acciones preparatorias y de tentativa	193
IV. La tentativa inidónea	195
V. El llamado delito putativo y la inidoneidad del sujeto	198
§ 23. El desistimiento de la tentativa	200
I. Presupuesto del desistimiento que libera de pena ..	200
II. Efectos del desistimiento	202
III. Desistimiento del delito consumado	203

PARTE TERCERA

LAS FORMAS DE COMISIÓN DEL DELITO

§ 24. La omisión punible	204
I. Hacer y omitir activo	204
II. El deber de garantía	206
III. El llamado problema causal en los delitos impropios de omisión	210
IV. Las demás características del delito en la omisión impropia. Límites de la comisión a través de omisión	212

PARTE CUARTA

UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS

§ 25. La unidad de acción y la unidad de una conducta punible	215
I. Naturaleza y elementos constitutivos de la unidad de acción en derecho penal	215
II. Formas especiales de ejecución	217
§ 26. Concurso de varios tipos de delitos en una acción (el concurso ideal)	225
I. El concurso ideal (unidad de hecho)	225
II. Concurso aparente de varios tipos (el llamado concurso de leyes)	228
III. Concurrencia de varios fundamentos de agravación o atenuación de pena	230
§ 27. Concurso de varias acciones punibles (el concurso real)	231

LIBRO SEGUNDO

LAS PENAS Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

§ 28. De la naturaleza de las penas y las medidas de seguridad	233
I. La naturaleza de la pena	233
II. Las teorías de la pena	235
III. La naturaleza de las medidas de seguridad	240
IV. Concurso de penas y medidas de seguridad	241
§ 29. El sistema de las penas	243
I. Las penas principales	244
1. La pena de muerte	244
2. Las penas privativas de libertad	244
a) La pena de reclusión	244
b) La pena de prisión	245
c) La detención en fortaleza	245
d) El arresto	245

3. La pena de multa	246
II. Las penas accesorias	246
III. Apéndice	248
§ 30. La medida de la pena	248
I. La determinación legal de la pena	248
II. La aplicación de la pena	249
1. Factores generales (“objetivos”)	250
2. Factores individuales (“subjctivos”)	251
III. Agravación de la pena para delincuentes consue-	
tudinarios peligrosos (§ 20, a)	252
1. El presupuesto de la agravación de la pena ..	252
2. La agravación de la pena	254
3. Particularidades	255
4. La naturaleza de la agravación de la pena del	
§ 20, a	255
IV. Apéndice: prescripción e indulto	256
1. Prescripción	256
2. El indulto	258
§ 31. Las medidas de seguridad y de corrección	258
I. Las medidas de seguridad privativas de libertad ..	259
1. Internación en un establecimiento de cura y	
asistencia (§ 42, b)	259
2. Internación en asilos para bebedores y para	
toxicómanos (§ 42, c)	261
3. Internación en una casa de trabajo (§ 42, d) ..	261
4. El internamiento de seguridad (§ 42, e)	261
5. Duración y ejecución de las medidas de seguri-	
dad privativas de libertad	262
II. Las demás medidas de seguridad	263
III. Prescripciones comunes	264
1. Concurso de varias medidas de seguridad	
(§ 42, n)	264
2. Otras disposiciones	264
§ 32. Penas, medios disciplinarios y medidas educativas del	
derecho penal para menores	265
I. Significación de la pubertad para la posición penal	
especial de los menores	265
II. Alcance personal de la aplicación del derecho	
penal para menores	266
III. Las consecuencias jurídicas de los hechos penales	
de los menores, según el RJGG.	267

PRINCIPALES ABREVIATURAS UTILIZADAS EN EL TEXTO

ALR.	Preussisches Allgemeines Landrecht.
Ausf. VO.	Ausführungsverordnung.
AV.	Ausführungsverordnung.
Bayer. Ges. u. VoBl.	Bayerisches Gesetz und Ordnungsblatt.
Bayer. VfGH.	Bayerischer Verfassungsgerichtshof.
Bayer. VGH.	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof.
BGB.	Bürgerliches Gesetzbuch.
BGH.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen.
BJG.	Bundesjagdgesetz.
BINDING, I, II	BINDING, <i>Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts</i> , Besonderer Teil, 2. Auflage, 1902-1906.
BINDING, <i>Hdb.</i>	BINDING, <i>Handbuch des Strafrechts</i> , 1885.
CCC.	Constitutio Criminalis Carolina.
DJ.	Deutsche Justiz.
DR.	Deutsches Recht.
DRZ.	Deutsche Rechtszeitschrift.
DRiZ.	Deutsche Richterzeitung.
DStR.	Deutsches Strafrecht.
DOHNA, <i>Aufbau</i> ..	GRAF ZU DOHNA, <i>Der Aufbau der Verbrechenlehre</i> , 2. Auflage, 1941.
E. 1930	Strafrechtsentwurf, 1930.
Einf. Ges.	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch.
FRANK	REINHARD FRANK, <i>Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich</i> , 18. Auflage, 1931.
FRANK, <i>Festg.</i>	Festgabe für R. FRANK, 1930, Ger.
GERLAND	GERLAND, <i>Deutsches Reichsstrafrecht</i> , 2. Auflage, 1932.
GA.	Goldammers Archiv für Strafrecht.
GeschlechtskrankGes.	Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten.
GG.	Grundgesetz (Verfassung der Bundesrepublik Deut- schland).
Goldd. Arch.	Goldammers Archiv.
Gr.	Grundriss.
Grdr.	Grundriss.
Grdz.	Grundzüge.
GS.	Gerichtssaal.
Gutachten	Materialien z. Strafrechtsreform, 1. Bd., Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954.
GVG.	Gerichtsverfassungsgesetz.

XX PRINCIPALES ABREVIATURAS UTILIZADAS EN EL TEXTO

HAFTER, I, II	HAFTER, <i>Schweizerisches Strafrecht</i> , Besonderer Teil I (1937), II (1943).
Hann. Rpfl.	Hannoversche Rechtspflege.
HESt.	Höchstrichterliche Entscheidungen in Strafsachen.
HIPPEL	v. HIPPEL, <i>Lehrbuch des Strafrechts</i> , 1932.
HIPPEL, I, II	v. HIPPEL, <i>Deutsches Strafrecht</i> , Bd. I, 1926; Bd. II, 1930.
HRR.	Höchstrichterliche Rechtsprechung; Ergänzungsblatt z. DJ.
Jahrh.	Jahrhundert.
JGG.	Jugendgerichtsgesetz vom 4. 8. 53.
Jh.	Jahrhundert.
JR.	Juristische Rundschau.
Jug. Wohlf. Ges.	Jugendwohlfahrtsgesetz.
JW.	Juristische Wochenschrift.
JWG.	Jugendwohlfahrtsgesetz.
JZ.	Juristenzeitung.
KG.	Kammergericht.
KO.	Konkursordnung.
KOHLRAUSCH	KOHLRAUSCH-LANGE, <i>Strafgesetzbuch</i> , 39.40. Auflage, 1950.
Lb.	Lehrbuch.
LK.	Das Reichsstrafgesetzbuch. Erläutert von Ebermayer-Lobe-Rosenberg, 4. Auflage, 1929 (Leipziger Kommentar); 6. Auflage, 1944 (§§ 1-51); 6. u. 7. Auflage 1951 u. 1953; hgg. von Nagler.
Leipz. Z.	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
LISZT-SCH.	v. LISZT-SCHMIDT, <i>Lehrbuch des deutschen Strafrechts</i> , Allgemeiner Teil, 26. Aufl., 1932, Der Besondere Teil zitiert nach der 25. Aufl., 1927.
LM.	LINDENMAIER-MÖHRING, <i>Nachschlagewerk des BGH</i> .
MAURACH	MAURACH, <i>Deutsches Strafrecht</i> , Besonderer Teil, 1952.
MAURACH, Gr.	MAURACH, <i>Grundriss des Strafrechts</i> , Allg. Teil, 1948.
MAYER	HELLMUTH MAYER, <i>Das Strafrecht des deutschen Volkes</i> , 2. Aufl., 1953.
MEZGER	E. MEZGER, <i>Strafrecht</i> , Ein Lehrbuch, 2. Auflage, 1933.
MEZGER, I, II	MEZGER, <i>Strafrecht ein Studienbuch</i> , Allg. Teil, 4. Auflage, 1952; Bes. Teil, 4. Auflage, 1954.
MEZGER, Festschr.	Festschrift für EDMUND MEZGER, 1954.
MDR.	Monatsschrift für deutsches Recht.
MilStGB.	Militärstrafgesetzbuch.
MonKrimBi	Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform.
NJW.	Neue Juristische Wochenschrift.
NsRpfl.	Niedersächsische Rechtspflege.
Oesterr. Z. f. öff. Recht	Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht.
OGH.	Oberster Gerichtshof für die britische Zone.

OLG.	Oberlandesgericht.
OLSHAUSEN	J. v. Olshausens Kommentar zum StGB. 11. Auflage, 1927; 12. Auflage (bis § 246), 1942.
Ord. Widr. Ges. ..	Ordnungswidrigkeitengesetz.
OWiG.	Ordnungswidrigkeitengesetz.
Press. Ges.	Pressegesetz.
Probleme	Probleme der Strafrechtserneuerung (E. Kohlrausch zum 70. Geburtstag, 1944).
RAbGO.	Reichsabgabenordnung.
Rechtspr.	Rechtsprechung.
RG.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RG. Rspr.	Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.
RGZiv.	Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RJGG.	Reichsjugendgerichtsgesetz vom 16. 2. 23.
RMeldeO.	Reichsmeldeordnung.
Rspr.	Rechtsprechung.
RStGB.	Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.
SchlHA.	Schleswig-Holsteinischer Anzeiger.
SCHÖNKE	SCHÖNKE, <i>Strafgesetzbuch</i> , 6. Auflage, 1953.
Schweiz. Z.	Schweizer Zeitschrift für Strafrecht.
SJZ.	Süddeutsche Juristenzeitung.
Schwur-G.	Schwurgericht.
Schl. Holst. Anz. ..	Schleswig-holsteinischer Anzeiger.
Seemannsord.	Seemannsordnung.
StGB.	Strafgesetzbuch. Wenn kein besonderer Zusatz (z.B. dän., preuss.), Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.
StPO.	Strafprozessordnung.
3.StRÄG.	3.Strafrechtsänderungsgesetz.
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung.
StuB.	Studienbuch.
Thür. StGB.	Thüringisches Strafgesetzbuch von 1947.
VDA (B)	Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts; Allg. Teil Bes. Teil.
VO.	Verordnung.
Vorauf.	Vorauslage.
Weim. Verf.	Weimarer Reichsverfassung von 1919.
WELZEL, <i>Neues Bild</i>	WELZEL, <i>Das neue Bild des Strafrechtssystems</i> , 2. Auflage, 1952.
WELZEL, <i>Aktuelle</i> ..	WELZEL, <i>Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre</i> , 1953.
WELZEL, <i>Gr.</i>	H. v. WEBER, <i>Grundriss des deutschen Strafrechts</i> , 1948.
WiStG.	Wirtschaftsstrafgesetz.
WStG.	Wirtschaftsstrafgesetz.
ZAK.	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.
Z.	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
ZPO.	Zivilprozessordnung.

INTRODUCCIÓN

EL DERECHO PENAL

§ 1. SIGNIFICADO Y MISIÓN DEL DERECHO PENAL

El derecho penal es la parte del ordenamiento jurídico que determina las acciones de naturaleza criminal y las vincula con una pena o medida de seguridad.

Es misión de la ciencia del derecho penal desarrollar el contenido de esas reglas jurídicas en su trazón interior, es decir, sistemáticamente, e interpretarlas. Como ciencia sistemática da el fundamento para una ecuánime y justa administración de justicia, ya que solamente la comprensión de esa estructura interior del derecho eleva su aplicación por encima de la casualidad y la arbitrariedad. No solamente por eso, porque sirve a la administración de justicia, la ciencia del derecho penal es una ciencia "práctica", sino también, en un sentido más profundo, porque es una teoría del actuar humano justo e injusto, de modo que sus últimas raíces llegan hasta los conceptos básicos de la filosofía práctica.

I. LA FUNCIÓN ÉTICO-SOCIAL DEL DERECHO PENAL.

Es misión del derecho penal amparar los valores elementales de la vida de la comunidad.

Toda acción humana, en lo bueno como en lo malo, está sujeta a dos aspectos distintos de valor. Por una par-

te, puede ser valorada según el resultado que alcanza (valor del resultado o valor material); por otra parte, independientemente del resultado que con la acción se obtenga, según el sentido de la actividad en sí misma (valor del acto).

Ejemplo: uno de los valores humanos más elementales es el trabajo. Su valor puede ser apreciado, de una parte, viendo el resultado material —la obra— que produce (valor del resultado o valor material). Pero, con independencia de que la obra se logre o no, el trabajo en sí mismo es un valor en la existencia humana. La actividad, como tal, tiene una significación en la vida humana; ciertamente, sólo como actividad realizada con sentido, es decir, como actividad dirigida hacia el logro de una obra positiva; pero ese sentido lo conserva también entonces la actividad, aun cuando la obra no se haya alcanzado (valor del acto del trabajo). Lo mismo ocurre en el orden negativo: el disvalor de la acción puede ser basado en que el resultado que produce es digno de desaprobación (disvalor del resultado de la acción); pero, también, independientemente de la obtención del resultado, una acción que tienda a un resultado reprobable es digna de desaprobación (disvalor de la acción); p. ej., la introducción de la mano del carterista en el bolsillo vacío.

Ambas clases de valores tienen significación para el derecho penal. El derecho penal persigue, en primer lugar, amparar determinados bienes de la vida de la comunidad, tales como la existencia del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc. (los llamados bienes jurídicos), determinando para su lesión consecuencias jurídicas (el disvalor del resultado). Esa tutela de los bienes jurídicos la obtiene prohibiendo y castigando las acciones que tienden a lesionarlos; es decir, evitando o tratando de evitar el disvalor del resultado con la punición del disvalor del acto. Con ello asegura la vigencia de los valores *positivos* ético-sociales de actos, tales como el *respeto* por la vida ajena, la salud, la libertad, la propiedad, etc.

Esos valores, que radican en el pensar jurídico permanente de un obrar conforme al derecho, constituyen el *substrato* ético-social de las normas del derecho penal. El derecho penal asegura su real observancia determinando pena para quienes se apartan de ellas a través de acciones infieles, indisciplinadas, deshonestas, desleales. La misión central del derecho penal reside, entonces, en asegurar la validez inviolable de esos valores, mediante la amenaza y la aplicación de pena para las acciones que se apartan de modo realmente ostensible de esos valores fundamentales en el actuar humano.

El derecho penal fijando pena a los actos que se apartan realmente de un actuar conforme al derecho, ampara, al mismo tiempo, los bienes jurídicos, sancionando el disvalor del acto correlativo; así, asegurando la fidelidad para con el Estado, protege al Estado; asegurando el respeto por la personalidad humana, protege la vida, la salud, el honor del prójimo; con la honradez, el respeto a la propiedad ajena, etc. Fijando pena a la traición y a la alta traición, ampara la existencia del Estado; con la pena para el perjurio, asegura la verdad de la prueba; etc. Sin embargo, la misión primaria del derecho penal no es el amparo actual de los bienes jurídicos; es decir, el amparo de la persona individual, de la propiedad, etc., pues es allí, precisamente, adonde, por regla general, llega su acción demasiado tarde. Por encima del amparo de los bienes jurídicos individuales concretos, está la misión de asegurar la validez real (la observancia) de los valores del actuar según el pensamiento jurídico. Ellos constituyen el más sólido fundamento sobre el que se basan el Estado y la sociedad. El mero amparo de bienes jurídicos sólo tiene una finalidad negativo-preventiva, policial-preventiva. En cambio, el papel más profundo que juega el derecho penal es de naturaleza positivo-ético-social: proscribiendo y sancionando el apartamiento realmente manifestado de los valores fundamentales del pensamiento jurídico, el Estado exterioriza del modo más ostensible de que dispone, la validez inviolable de estos valores positi-

vos de acto, forma el juicio ético-social de los ciudadanos y fortalece su sentimiento de permanente fidelidad al derecho (compárese WELZEL, *Probleme*, ps. 101 y ss.).

Aun cuando es generalmente aceptado el concepto de que el derecho penal tiene por misión el amparo de bienes jurídicos, ello solo no es suficiente cuando la referencia se hace al contenido ético-social de nuestra disciplina. El criterio expuesto se traduce, especialmente, en el hecho de subrayar demasiado la significación del resultado, dando así, inevitablemente, marcada utilitariedad al derecho penal. Lo justo o injusto de una acción se determinan, según ese criterio, conforme al grado de su utilidad o daño social. De ello resulta, no solamente una marcada utilitariedad, sino también una señalada actualidad en la apreciación del valor: la utilidad actual o daño del resultado de la acción determinan el valor de la acción. Con ello se pasa por alto que al derecho penal debe interesarle menos el resultado positivo actual de la acción, que la permanente tendencia positiva del actuar humano, de acuerdo con el pensar de los juristas. Asegurar el *respeto* por los bienes jurídicos (es decir, la validez de los valores de acto)¹; es más importante que regular los resultados positivos en los casos individuales y actuales.

Así, detrás de la prohibición de matar, está el pensamiento primario, que tiende a asegurar el respeto por la vida de los demás; es decir, el valor del acto; precisamente por eso, es también homicida quien mata arbitrariamente a alguien cuya vida carece socialmente de valor, como la de un criminal condenado a muerte. El pensamiento de una ley de Lynch o de la venganza privada², a causa de la ausencia de daño social actual de la acción, sería tan intolerable como peligroso. Resulta claro que la seguridad de todos sólo se garantiza suficientemente cuando se asegura el respeto por la vida ajena, con independencia del valor actual de ese bien jurídico individual. El valor del acto es relativamente independiente del valor material o valor del resultado (bien jurídico). Solamente sobre el aseguramiento de los valores elementales ético-sociales de la

acción, puede lograrse un amparo amplio y duradero de los bienes jurídicos. Mediante la función ético-social del derecho penal, más amplia, se garantiza en forma más comprensiva e intensa el amparo de los bienes jurídicos, que con la mera idea del amparo de esos bienes. Los valores del acto de fidelidad, de obediencia, de respeto por la persona, etc., son de mayor aliento y llevan una mayor amplitud de miras que el mero amparo de bienes. No contemplan tan sólo el hoy o el mañana, sino lo duradero. La importancia de la utilidad o daño actual pasa a segundo término, ante la conquista duradera que encierra el pensamiento de los ciudadanos, siempre fiel al derecho.

Fue un error de graves consecuencias de la moderna filosofía del derecho y de la ética, limitar, invocando incorrectamente a KANT, el concepto del sentir al sentir moral, pasando por alto que el sentir moral es solamente una especie del sentir. Sentir, entendido como estar dispuesto, o resuelto, o querer, es la conducta psíquica permanente, el modo constante de valorar y querer. En este sentido hay también un sentir legal (jurídico), consistente en la voluntad constante de cumplir los deberes jurídicos. Para este sentir *jurídico*, resulta indiferente que los motivos determinantes sean más bien los del interés egoísta, o los de la conciencia del valor (del cumplimiento del deber). El derecho debe ejercer su influjo sobre todos esos factores: mediante su contenido de valor, sobre la conciencia moral; mediante su permanencia, sobre la costumbre; y mediante la fuerza del derecho, sobre los instintos egoístas. Despertar, crear y conservar ese sentir jurídico legal, constituye una de las misiones fundamentales del derecho, ante todo del derecho penal y del derecho público.

De ello resulta que es *misión del derecho penal la protección de los valores ético-sociales elementales del sentir (de acción)*, y sólo después, incluido en él, el amparo de los bienes jurídicos individuales.

1. *Bien jurídico* es un bien vital del grupo o del individuo, que en razón de su significación social, es amparado

jurídicamente. En su substrato puede presentarse en las formas más diversas: como objeto psicofísico o como objeto ideal-psíquico (así, la vida, por un lado, y el honor, por el otro); como estado real (la paz del hogar); como relaciones de la vida (matrimonio, parentesco); como relación jurídica (propiedad, derecho de caza); y hasta como conducta de un tercero (deber de fidelidad del empleado público, protegido ante el soborno). *Bien jurídico es, por tanto, todo estado social deseado que el derecho quiere asegurar contra lesiones.* La suma de los bienes jurídicos no constituye un "montón atomizado", sino el orden social, y por tanto, la significación de un bien jurídico no ha de ser apreciada aisladamente, sino tan sólo en relación conjunta con la totalidad del orden social.

El derecho penal presta a esos bienes jurídicos amparo contra las posibles lesiones; no en forma absoluta, por cierto, pues todo bien jurídico forma parte de la vida social, y con ello es puesto en peligro dentro de ciertos límites (es suficiente recordar el grado considerable de lícito peligro para la vida en el tránsito moderno). El derecho penal solamente contiene la protección de los bienes jurídicos contra determinada clase de agresiones.

2. *Es misión del derecho penal la protección de los bienes jurídicos mediante el amparo de los elementales valores ético-sociales de la acción.*

El derecho penal cumple su misión de amparo de los bienes jurídicos, prohibiendo o imponiendo acciones de determinada índole. Por detrás de esas prohibiciones u órdenes están los elementales deberes ético-sociales (valores del acto), cuya vigencia asegura, amenazando con pena las acciones que los lesionan. Con ello obtiene, por una parte, un amparo amplio y duradero de los bienes, y por otra, lo limita a las formas de agresión ético-socialmente reprobables.

En lo referente a su contenido, esos deberes ético-sociales elementales pueden resumirse en la imposición *neminem laede*, en correspondencia con la naturaleza pre-

ponderantemente prohibitiva del derecho penal: “Tú *no* debes. . . matar, robar, defraudar”, etc. Pero también las pocas acciones positivas impuestas se limitan a deberes elementales (eventualmente, el deber del cuidado de los padres para con sus hijos, y cosas semejantes).

Así, aun cuando sea muy escaso el valor que supone *el cumplimiento* de esos deberes en el sentido ético-social, con tanto mayor motivo ha de darse significado a su lesión, de acuerdo con el principio “cuanto menor es la magnitud de valor del cumplimiento de un deber, tanto más grave es su lesión” (y viceversa). Precisamente, porque está sobrentendido el deber de respeto por la vida ajena en el sentido ético-social, su lesión, el homicidio o el asesinato, constituye uno de los delitos más graves. Los deberes ético-sociales comprendidos por el derecho penal y protegidos bajo amenaza de pena, son elementales en el doble sentido de que su cumplimiento supone escaso valor, en tanto que su lesión es marcadamente disvaliosa.

Limitándose el derecho penal a la protección de bienes jurídicos, mediante el cumplimiento de los deberes elementales, cumple una importante función, que significa un aporte a la moral. Ciertamente, el derecho penal es sólo *un* factor de entre el sinnúmero de fuerzas que constituyen el concepto moral de una época, pero entre ellas puede ser señalado como de importancia fundamental. Por el hecho de que pone en evidencia la vigencia inquebrantable de los deberes ético-sociales elementales, sancionando a quienes los lesionan, modela y consolida eficazmente el juicio moral y el sentido jurídico de los hombres sometidos a una comunidad de derecho. La seguridad del juicio ético-social de los particulares depende, esencialmente, de la seguridad con que el Estado pronuncia e impone sus juicios de valor. Por cierto que a esa seguridad del juicio estatal no la determina tanto la severidad, como la certeza en la aplicación de las penas, es decir, la continuidad permanente de su aplicación. Y donde la validez de los deberes sociales elementales va cediendo terreno a causa de una administración de justicia

penal insegura de sí misma, el relajamiento no se limita a los deberes ético-sociales elementales, sino que afecta a la totalidad del mundo ético de valores. En ello radica la más honda repercusión del derecho penal: por mucho que sus normas se limiten a abarcar los deberes ético-sociales elementales, da, sin embargo, la base para la existencia del mundo moral.

Así, el derecho penal se eleva sobre sí mismo y toma su lugar en la raigambre de la cultura total de su época. Pero ese papel sólo lo cumple limitando sabiamente los medios de que dispone. El exceso en la aplicación de las penas desmocharía su arma. El derecho penal ha de limitarse a la sanción de los hechos que lesionan los deberes ético-sociales elementales, y, en este sentido, tiene un carácter fragmentario (BINDING, H. MAYER). Sin embargo, la grave intervención en la vida, en la libertad y en el honor de las personas que la pena supone (y la privación preventiva de la libertad), el Estado sólo podrá ejercerla dentro del derecho penal y como consecuencia jurídica del *delito* (principio de la exclusividad de los medios específicos de pena). Tan pronto como el Estado se vale de esas intervenciones (o de otras de igual gravedad), para lograr objetivos que están fuera del derecho penal, eventualmente para alcanzar fines económicos o de organización y hasta para luchar contra sentimientos políticos, quebranta la fuerza generadora de la moral contenida en las normas penales y desvía al derecho penal por el camino de una simple medida de intimidación. Donde las prescripciones penales restringen casi todas las manifestaciones de la vida, donde los mismos actos de defensa de la existencia pueden llegar a ser punibles, el exceso en la punición lleva a la destrucción del derecho penal.

II. LA FUNCIÓN PREVENTIVA DEL DERECHO PENAL.

1. La función ético-social del derecho penal, que dejamos reseñada, comprende particularmente a aquellos

individuos que, en general, son capaces de una relación ético-social. Ésta es, ciertamente, la masa del grupo sometido a un orden jurídico, que tiene una participación principal en la estructuración positiva de la vida en común, a través de los dos vínculos sociales fundamentales: profesión y familia. Frente a ellos el derecho penal actúa de modo primario, garantizando la seguridad y permanencia de su juicio ético-social y echando así los cimientos para un mundo de conceptos morales, y sólo después, secundariamente, en los casos particulares, mediante la aplicación de pena por quebrantamiento del derecho. La criminalidad de esa gran masa de la población, que es también la masa de la criminalidad efectiva, es producto de conflictos y oportunidades que se presentan como consecuencia de situaciones excepcionales o atractivas (seductoras). De acuerdo con esa parte sana de la población, el derecho penal pone las bases de la vida social, mediante una clara elaboración del específico disvalor delictual de la acción prohibida, en tipos trazados con límites precisos, y, mediante la aplicación de una pena retributiva, adecuada según el grado de la culpa (aplicada, además, tras un proceso penal, que permita al demandado disponer del derecho de su propia defensa), da al individuo la necesaria libertad de movimiento en la vida social.

2. Al lado de esa gran masa existe otra, cuya criminalidad es de índole distinta, constituída por personas a las cuales falta en grado elevado la capacidad necesaria para ligarse con las normas ético-sociales.

a) El grupo más importante está constituído por los llamados criminales habituales en sentido estricto. En la investigación de la criminalidad llama la atención la diferencia entre los autores ocasionales, que, llevando en sí arraigados los compromisos sociales, sucumben ocasionalmente, ante situaciones excepcionales o atractivas (seductoras), y los criminales habituales que, independientemente de los cambios que puedan producirse en el medio

exterior, reinciden en el delito, por lo que puede decirse que en estos últimos el delito radica en su personalidad.

Claramente lo demuestra la estadística (EXNER, *Kriminalbiologie*, p. 210): mientras los cambios en el mundo exterior se reflejan visiblemente en el número de delitos cometidos por delincuentes primarios, la oscilación de las cifras de la criminalidad de los habituales, en idénticas circunstancias, resulta insignificante.

Así, sobre 100.000 habitantes en edad de responsabilidad criminal:

	<i>Ladrones sin antecedentes penales</i>	<i>Con más de cuatro condenas</i>
Inflación 1922-1924	413	36,3
Mejoría económica 1927-1929 .	100	26,4

En cuanto al origen, carácter y condiciones de vida, los criminales habituales se distinguen claramente del resto de la población, a la que pertenecen los autores ocasionales. Proceden de familias cargadas de graves degeneraciones caracterológicas (psicopatías) o de criminalidad, y cuyas condiciones de educación son, correspondientemente, malas. Ellos mismos, en un elevado porcentaje, presentan graves degeneraciones del carácter, siendo las más de las veces individuos sin sostén y pobres de espíritu. Malos resultados en la escuela, abandono prematuro del aprendizaje e irregularidad en las tareas de la mayoría de ellos, testimonian su incapacidad para un trabajo serio o una profesión. En lugar de contraer vínculos con valores permanentes, que son el medio de unión entre el hombre, la profesión y la familia, en esos individuos dominan los objetivos inmediatos, que rigen la vida según su voluntad. Esa ausencia de lazos de unión, profundamente arraigada, los lleva, desde un comienzo, y las más de las veces a temprana edad, a una existencia antisocial que forja una cadena de hechos punibles. A esos criminales de estado pertenecen, por un lado, el grupo de los

antisociales en un sentido estricto: el mendigo, el linchera, el vago, la prostituta, con una criminalidad las más de las veces leve, y, por otro lado, el grupo de los criminales habituales peligrosos, con una criminalidad de mayor cuantía.

Frente al criminal de estado, el derecho penal propiamente dicho no resulta suficiente, puesto que no está en condiciones de desplegar una fuerza que conforme y dé sostén a la moral. La pena retributiva, delimitada por el grado de la culpa, no hace a la peligrosidad permanente que radica en la personalidad del autor. Ella debe ser combatida mediante una clase distinta de medidas de seguridad, que, conjuntamente con la pena, lograrán el pleno amparo de los bienes jurídicos. El derecho vigente pone a disposición las casas de trabajo para los antisociales que revelen una criminalidad leve; y para los criminales habituales peligrosos, los establecimientos de seguridad como medida de seguridad (a aplicar a continuación de la pena impuesta como retribución de la culpa).

El derecho penal o, más exactamente, criminal, dispone por tanto de dos caminos. El uno conduce, a través de la culpa, a la pena retributiva; el otro, pasando por la peligrosidad, llega a las medidas de seguridad. Se hace necesario tener siempre presentes los puntos de unión y los de separación de ambos caminos. La unión se produce por una parte en el presupuesto de ambos, que es el delito, tanto para la pena como para la medida de seguridad; luego, en la naturaleza de la medida, en cuanto en ambos casos es decidida por el juez penal. La aplicación de las medidas de protección referidas, no es un mero acto administrativo, sino misión del oficio del juez penal; y ello, no solamente con miras a las garantías de protección del afectado, sino también porque la sentencia, al negar al autor el grado de dominio de sí mismo y de capacidad de compromiso necesario para la convivencia social, tiene el carácter de un fallo moral-negativo, que, como el fallo de culpa, incumbe solamente al juez.

La separación de ambas rutas se mantiene, no obstan-

te esos puntos de contacto, porque, en principio, reúnen a dos grupos distintos de autores: por un lado, los ocasionales o de conflicto, que pertenecen al grupo de población sobre el cual la sociedad se organiza; por el otro, los criminales de estado, de la capa antisocial. Mientras que en el primero la función del derecho penal es de naturaleza ético-social, para el segundo ha de pensarse en lograr principalmente la protección de los bienes jurídicos mediante una acción preventiva. Mientras para aquéllos debe establecerse tipos claros, de contornos definidos, para no paralizar la libertad social de acción del individuo, para éstos debe trabajar con el concepto apreciativo general de la "peligrosidad social", a fin de proteger eficientemente los bienes jurídicos frente a los sujetos antisociales. Mientras en aquéllos se aplica la pena fija, definida por el grado de la culpa, en éstos la duración de la medida queda dependiente de la duración indeterminada de la peligrosidad del autor, Límites claros y definidos allá, contornos borrosos aquí; y así es como resulta tanto más necesario mantener nítidamente separadas ambas vías. Ya una vez el criterio del "hombre dañino" sirvió para señalar el rasgo fundamental de todo un derecho penal; tal el proceso de derecho común de la inquisición. Este procedimiento, en el que el acusado era un mero objeto, al cual, en ciertos casos, se trataba de arrancar la confesión con la tortura, había surgido de la lucha contra el hombre dañino para el país, perteneciente a la clase inferior de la tardía edad media; frente a él había fracasado el proceso germano-alemán antiguo de partidos; y paulatinamente fue extendiéndose luego al ciudadano libre, con todos los defectos que debía llevar en sí mismo desde su origen, a pesar de las muchas reformas. No menos criticable sería también hoy, ablandar el derecho penal, fundado ético-socialmente y delimitado por tipos fijos, en beneficio de un derecho general de seguridad; así, a la inversa, fue insuficiente que el derecho penal del siglo XIX, como derecho exclusivo de penas, pasara por alto la misión de seguridad contra el hombre dañino.

b) Frente al grupo de los criminales de estado mencionado, aparecen en segundo plano otros grupos de criminales de estado, en sentido más amplio: los toxicómanos y los anómalos mentales peligrosos. Tampoco frente a ellos la pena puede garantizar el pleno amparo jurídico, y debe ser completada por medidas de seguridad (mediante una internación en establecimientos de readaptación o establecimientos de curación y tratamiento). La vinculación de estas medidas con el derecho penal no es íntima: el delito no es un presupuesto de la medida misma, sino solamente de la competencia del juez penal. Deshabitación obligatoria e internación en un establecimiento de curación y tratamiento, son admisibles también sin un comportamiento delictuoso y sin una sentencia del juez penal.

Un derecho penal eficaz dispone de dos caminos: es un derecho penal retributivo, fundado ético-socialmente y delimitado por tipos fijos, contra el autor ocasional, por un lado, y un derecho de seguridad —que combate peligros sociales agudos— contra el criminal de estado, por el otro.

§ 2. RESEÑA HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL ALEMÁN

BRUNNER-V. SCHWERIN, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, 1906; II, 1928; HIS, *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*, I, 1920; II, 1935; V. HIPPEL, I, ps. 38 y ss.; EBERH. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 1947, 2 Aufl., 1951.

1. El pueblo germano consideró la mayoría de los delitos como lesiones a la familia. Ellas autorizaban y obligaban a la familia —si no se exigía una sanción—, a la venganza de la sangre (*Blutrache*) a la que se daba término a través de un convenio de reparación. Solamente en pocos delitos se vio una violación de la paz del pueblo entero (p. ej., en la traición durante la guerra, desertión, hechos de perjurio, y otros); sobre el autor caía entonces

la pérdida de la paz; podía ser matado por cualquiera sin reparación.

Con el aumento de la fuerza de los poderes estatales del imperio franco, algunos hechos delictuosos fueron amenazados y perseguidos cada vez más públicamente, con una pena pública (penas corporales, de muerte, destierro y otras). Sin embargo, el grueso de las penas lo constituyó el pago retributivo (el sistema compositivo de los derechos de los pueblos), que favoreció el Estado franco para desplazar la faida (*Fehde*). También la pena pública pudo ser sustituida, por regla general, mediante un precio de la paz para el Estado y una retribución para el lesionado.

Se determinaba la naturaleza del hecho delictuoso, por la comisión antijurídica de una lesión, sin considerar (especialmente) el aspecto de la voluntad. "El hecho mata al hombre". Por eso se es responsable también de "actos posibles" (negligencia y casualidad), mientras que, a la inversa, la tentativa quedó por principio impune. Sin embargo, esto no significa ceguera para el aspecto de la voluntad, sino solamente un apego arcaico a lo típico: el hecho que lesiona incluye típicamente la voluntad que lesiona. Ello explica que ciertos casos típicos, en los cuales las más de las veces falta la voluntad (p. ej.: el homicidio en la tala de árboles), sean penados menos severamente que algunos casos típicos de tentativa sin lesión (sacar el cuchillo). Una consideración clara del elemento voluntario la muestran los delitos de configuración moral deshonrosa o de motivación abyecta (*Neidingswerke*), ante todo los hechos encubiertos, como el asesinato alevé, y el hurto (en oposición al homicidio público "más honrado" o al robo). El realce del elemento de hecho y resultado, ha quedado, sin embargo, como una característica del derecho penal alemán, aun dentro del Código.

Fuente del derecho fue, originariamente, sólo la convicción tradicional del derecho, que desde el siglo vi se asentó en los derechos del pueblo, empezando con la *lex sálica*. En la época de los francos, se agregó el derecho

real escrito (capitulares). Sin embargo, paralelamente se aplicó siempre también el derecho no escrito.

2. La edad media ulterior (siglos x a xv) trajo principalmente un empeoramiento de las condiciones del derecho penal en Alemania. Las luchas internas y externas de la época imperial alemana condujeron a un relajamiento de la administración de la justicia penal por el Estado. Desde el siglo xii se trató de reprimir el recrudescimiento del régimen de la faida a través del orden público. Con el florecimiento de las ciudades y el fortalecimiento de los poderes territoriales, a partir del siglo xiii, pasó a primer plano la administración de la justicia penal pública. Sin embargo, a la crueldad creciente de la edad media tardía, correspondió una orientación análoga en la naturaleza de las penas. El derecho escrito (derecho popular y capitulares) había caído en el olvido; solamente a partir del siglo xiii, ese derecho renace a través del Código de Sajonia, del de Suavia, y de los códigos de las ciudades libres. En ellos, el derecho penal material apenas experimentó un perfeccionamiento.

3. Nuevos impulsos poderosos incidieron sobre los siglos xv y xvi, bajo la fuerte influencia de la ciencia jurídica italiana (glosadores y posglosadores), cuyos méritos científicos radicaron principalmente en la elaboración de las teorías generales del derecho penal. Estas influencias actuaron sobre las leyes particulares (las llamadas ordenanzas criminales), a través de la intermediación de una literatura científica popular. Señalaron nuevos rumbos la ordenanza criminal, la *Bambergensis* de JUAN DE SCHWARZENBERG (1507), como fundamento del primer y, por tres siglos y medio, único Código Penal imperial alemán, el *Peinliche Gerichtsordnung* de CARLOS V, de 1532 (*Constitutio Criminalis Carolina*), que fue uno de los trabajos más importantes de la historia jurídica alemana en general.

La *Carolina* contiene derecho material y procesal. En el proceso introdujo el ordenamiento jurídico del llama-

do procedimiento de la inquisición. En el derecho penal material se impone definitivamente el principio de la voluntad. Como principio, solamente es punible el hecho doloso; la negligencia se separa claramente de la casualidad. Se define la tentativa y se la pone generalmente bajo pena; lo mismo que, aunque con menos claridad, la participación.

Los distintos tipos de delitos conservan preponderantemente la tradición del derecho alemán. El lenguaje es popular, claro y vigoroso y de gran seriedad frente a la misión del juez: toda autoridad deberá aplicar la máxima diligencia posible, "a fin de que los juicios penales sean ordenados en la mejor forma y a nadie causen injusticia..." (art. 1). Por eso, el juez está ligado por principio a la ley. Habiendo lagunas en las leyes, se debe resolver por analogía con el derecho imperial; sin embargo, el juez debe consultar la corte superior o la autoridad y cuando es la autoridad quien demanda, la facultad de derecho más cercana (arts. 104, 105 y 219).

La *Carolina* fue ley imperial con reserva en beneficio de los derechos locales (la *cláusula salvatoria*). La *Carolina* se impuso ampliamente en Alemania, y llegó a ser el fundamento del derecho penal alemán común, durante tres siglos. Como complemento se agregaron las ordenanzas policiales imperiales de 1530, 1548 y 1577, contra exceso en la vida social y económica.

4. El desarrollo ulterior del derecho penal no se mantuvo a la altura de la *Carolina*. A través de lagunas reales o creadas artificialmente (mediante una interpretación estrecha), entraron en la *Carolina* conceptos delictuosos ilimitados del derecho romano, como p. ej. *crimen majestatis, stellionatus et falsum* (delitos de alta traición, de engaño y de falsificación). Al tratar de eludirse la aplicación de la *Carolina* se llegó a una arbitrariedad inaudita de los jueces. Se logró como beneficio, de todos modos, la atenuación paulatina de las penas, aún muy duras, de

la *Carolina* y la aparición de las penas privativas de libertad, en lugar de las penas corporales (fue importante la creación de la penitenciaría de Amsterdam de 1595). Tuvo mucha influencia la joven ciencia jurídica alemana, ante todo los juristas de Sajonia del siglo xvii. Su autoridad fue BENEDICTO CARPZOVIO, que ha determinado por cien años la jurisprudencia penal alemana, debido al amplio criterio práctico de sus comentarios del derecho vigente, y su gran actividad como escabino en el tribunal de Leipzig. En el siglo xviii, la ciencia, bajo la influencia del derecho natural, se dirigió a investigaciones más profundas y más sistemáticas y alcanzó, particularmente en J. H. BÖHMER, una profundización esencial de las teorías generales.

La situación, que se había hecho imposible en la administración de justicia, mejoró de manera decisiva en la época de la ilustración y del absolutismo ilustrado. Por motivos de distinta índole, en parte opuestos, la ilustración condujo a un supeditamiento estricto del juez a la ley; trajo, entre otras cosas, un tratamiento laico racional del derecho penal, una atenuación de las penas, desde el punto de vista de su necesidad estatal, restricción de la pena capital y amplio uso de la pena privativa de libertad, con abolición de las torturas. En la literatura actuaron ante todo MONTESQUIEU, VOLTAIRE y BECCARIA y en la legislación JOSÉ II ("La Josefina" de 1787) y FEDERICO EL GRANDE (*Allgemeines Landrecht* de 1794).

5. En el siglo xix la ciencia ejerció un influjo decisivo sobre la formación del derecho penal. Con ANSELM V. FEUERBACH, un partidario del criticismo de KANT, comienza la ciencia del derecho penal en sentido moderno, caracterizada por una conceptuosidad nítida y una sistemática clara, subordinada a la materia (*Lehrbuch*, 1801). Su trabajo legislativo u orientador fue el Código Penal de Baviera de 1813, que llegó a ser modelo de la legislación alemana del siglo xix, debido a una sistemática estricta, agudeza conceptual, determinación de las penas, salva-

guardando la libertad de juicio del juez, graduación de las penas, y no por último, debido a su concisión. Entre las numerosas leyes penales particulares que vieron la luz a mediados del siglo, se destacó, como trabajo más vigoroso, el Código Penal prusiano de 1851, sobre el cual influyó el *Code Pénal* de Napoleón de 1810, además de la ciencia alemana a la sazón floreciente. Con algunas mejoras, ha llegado a ser nuestro C. P. de 1871.

6. Sobre la base del C. P. se desplegó una rica vida científica, que cristalizó alrededor de dos escuelas. Los "clásicos", con BINDING a la cabeza, guardaron la ideología conservadora-autoritaria, delimitada por el Estado jurídico, y la idea de la retribución, que juntas habían determinado el ambiente espiritual del C. P., como herencia del idealismo de KANT y HEGEL. El trabajo de los clásicos se dirigió ante todo a la dogmática (obra principal: *Die Normen*, de BINDING). En un antagonismo en parte agudo, se colocó la que dio en llamarse "escuela moderna", fundada por FRANZ VON LISZT. Ella vio en el derecho penal un medio finalista racional en la lucha contra el delincuente. Su objetivo principal fue investigar las causas del delito, con el método causal de las ciencias naturales y encontrar los medios apropiados para su supresión. Ambas escuelas —cada una con cierta unilateralidad condicionada por su tiempo— profundizaron esencialmente nuestra visión del derecho penal. Con respecto a la legislación, sin embargo, quedó la ideología básica del C. P. sin modificación, hasta 1933, no obstante numerosas disposiciones legales complementarias. En la evolución del derecho penal del Tercer Reich pueden diferenciarse tres aspectos:

a) La mayor parte de las privaciones de libertad y matanzas, ordenadas por el Estado, sólo posibles antes dentro del marco del derecho penal, se realizó sin garantías jurídicas, a través de la policía política u otras entidades políticas.

b) A pesar de mantenerse en apariencia, el derecho

penal mismo fue modificado en su estructura básica, en el sentido de que, en escala cada vez más creciente, fue relajándose el supeditamiento legal del juez a la ley, por modificación del § 2, por leyes y ordenanzas indeterminadamente redactadas y, finalmente (en 1942), por una sistemática "Dirección de la administración de justicia", de parte del Ministerio de Justicia. Por otro lado, fueron agravadas en numerosos tipos las amenazas de pena, usándose cada vez más exclusivamente de la idea de la intimidación; con ello se llegó a un aumento insospechado de la pena capital. Se agregaron, además, leyes puramente políticas.

c) Junto a esa infiltración política en la administración de justicia, se mantuvo una evolución de perfeccionamiento jurídico apolítico, las más de las veces, sobre la base de anteriores propuestas de reforma: introducción de medidas de seguridad, §§ 42 a, y ss., de la accesoriedad limitada, § 50, nueva versión de los §§ 153 y ss., 211, 212, 253, 267 y otros.

§ 3. FUENTES Y LITERATURA DEL DERECHO PENAL

I. RESEÑA SOBRE LA EXISTENCIA MÁS IMPORTANTE DE FUENTES

1. *El derecho del Imperio*

El Código Penal para el Imperio alemán fue promulgado el 15 de mayo de 1871. De las numerosas modificaciones y leyes complementarias sancionadas, hasta 1933, se menciona solamente la ley del tribunal de menores, del 16 de febrero de 1923, incorporada al RJGG., según la ordenanza de derecho penal para menores del 6 de noviembre de 1943.

2. *El derecho de los Estados*

Según el § 2 de la ley de introducción para el Código Penal, el derecho de los Estados queda derogado,

en cuanto afecte materias que son objeto del Código Penal.

3. *Derecho penal interlocal*

Debido a la división en zonas de Alemania, se ha producido en parte una disgregación jurídica y se debe temer una más amplia aún. En la delimitación de los distintos ámbitos jurídicos de Alemania (el así llamado "derecho penal interlocal"), es decisivo aquel derecho penal que rige en el lugar del hecho (RG., 74-219); en el caso de varios lugares del hecho, en distintos ámbitos jurídicos, se debe aplicar el derecho más severo (RG., 75-385; 76-201; distinto RG., 75-104. Compárese v. WEBER, *Probleme*, ps. 120 y ss.).

II. LOS TRABAJOS DE REFORMA DEL DERECHO PENAL.

Desde 1902 se trabaja en la reforma del C. P. He aquí la serie de proyectos: anteproyecto de 1909; contra-proyecto de 1911; proyecto de 1913; proyecto de 1919; luego, junto con Austria, en 1927, es enviado un proyecto al parlamento del Reich; en las comisiones del parlamento sufrió nuevas modificaciones por las que se llegó al proyecto de 1930. Tampoco los trabajos emprendidos después de 1933 han conducido a nada definitivo.

III. LA JURISPRUDENCIA.

La compilación oficial de resoluciones de la Corte Suprema hasta ahora es: *Resoluciones de la Corte Suprema en asuntos penales*, editado por los jueces y fiscales de la Corte ("Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen", hrsg. von den Mitgliedern des Reichsgerichts und der Reichsanwaltschaft). Para la época comprendida entre 1879 y 1888, existe todavía una segunda compilación, que apareció solamente en 10 tomos, *Jurisprudencia de la Corte Suprema en asuntos penales* ("Rechtssprechung des Reichsgerichts in Strafsachen"). Otras obras de jurisprudencia dignas de mención, son:

Deutsche Justiz, Höchststrichterliche Rechtssprechung (Ergänzungsblatt zur Deutschen Justiz), Juristische Wochenschrift (posteriormente: Deutsches Recht), Deutsche Juristenzeitung (posteriormente: Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht), Goldtdammers Archiv für Strafrecht (posteriormente: Deutsches Strafrecht). Actualmente aparecen: Süddeutsche Juristenzeitung, Deutsche Rechtszeitschrift, Monatsschrift f. deutsches Recht, Neue Juristische Wochenschrift, Juristische Rundschau, Neue Justiz.

IV. SÍNTEISIS DE LA LITERATURA MÁS IMPORTANTE.

BINDING, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, I, 1885; del mismo autor, *Die Normen und ihre Übertretung*, I a IV, 1914 a 1919; del mismo autor, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts; Besonderer Teil*, 2ª ed., 1902, 1905; v. LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, 25ª ed., 1927; 26ª ed. (solamente *Allgemeiner Teil*), 1932; v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, tomo I, 1925; tomo II, 1930; *Lehrbuch*, 1932; GERLAND, *Deutsches Reichsstrafrecht*, 2ª ed., 1932; ALLFELD, *Lehrbuch*, 9ª ed., 1934; MEZGER, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 2ª ed., 1933; HELLMUTH MAYER, *Das Deutsche Strafrecht*, 1936; GRAF ZU DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 2ª ed., 1941; v. WEBER, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 1946; ENGELHARD, *Einführung in das Strafrecht* (ed. por RADBRUCH), 1946; MAURACH, *Grundriss*, 1948.

Comentarios: OLSHAUSEN, 11ª ed., 1927; 12ª ed., 1942 (incompleto); EBERMAYER, LOBE, ROSENBERG, 4ª ed., 1929; 5ª ed. (solamente *Allgemeiner Teil*), 1933, continuado por NAGLER; 6ª ed., 1944 (incompleto); FRANK, 18ª ed., 1931; SCHÖNKE, 3ª ed., 1948; KOHLRAUSCH-LANGE, 38ª ed., 1944; SCHWARZ, 12ª ed., 1948.

Revistas del derecho penal: "Der Gerichtssaal" (desde 1849); "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" (fundada por v. LISZT), "Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsform". Monografías, en particular disertaciones importantes, compiladas y editadas por SCHOETENSACK, bajo el título: *Strafrechtliche Abhandlungen*.

§ 4. CONCEPTO DEL DERECHO PENAL

I. ÁMBITO DEL DERECHO PENAL.

La denominación "derecho penal" ha resultado demasiado reducida para la materia tratada en el C. P., ante todo desde las disposiciones legales complementarias

del 24 de noviembre de 1933; pues, al lado de las penas, el C. P. comprende también las medidas de seguridad y de mejoramiento.

Fundamento jurídico de la pena es el delito, es decir, la acción intolerable para el grupo sometido a un orden jurídico, particularmente reprobable desde el punto de vista ético-social, y fundamento jurídico de las medidas de seguridad y mejoramiento es la peligrosidad del autor para la sociedad, revelada por la repetición de los delitos.

Del derecho penal se elimina el *derecho de las llamadas penas no criminales*, porque su fundamento jurídico no es el delito en el sentido anteriormente indicado:

1. *Las infracciones al orden administrativo o policial (Ordnungswidrigkeiten)* (lo llamado injusto policial o administrativo)

Sus tipos tienden a la obtención de un estado (objetivo) deseado desde el punto de vista de la política administrativa, particularmente económica, y lo aseguran a través de una amenaza de pena.

El disvalor del hecho se agota en la simple infracción. El empleo de la pena se realiza, menos por esta infracción insignificante, que para asegurar el objetivo de política económica. La pena es aquí primeramente medida finalista, que es dictada por regla general como "pena de orden", por una autoridad administrativa.

Sin embargo, muchas veces se amenaza también con una pena a ser dictada por el juez penal, en lugar de la pena de orden; con ello, el juez penal es recargado con una tarea de política administrativa, ajena a él en su esencia.

Los límites entre contrariedad al orden e injusto criminal, se muestran borrosos en la medida en que la importancia inmediata del objetivo aspirado para el bien común y, simultáneamente, la reprobabilidad ético-social del hecho, sobrepasan la mera infracción.

Así, especialmente, en el derecho de emergencia económica, donde muchas veces, por los mismos tipos, es

posible aplicar, tanto una pena de orden, como una pena criminal (compárese la ordenanza de derecho penal, sobre precios, del 26 de octubre de 1944, y la ordenanza penal sobre la reglamentación del consumo del 26 de noviembre de 1941). En todos estos casos, la pena tiene que cumplir, ante todo, una función objetiva determinada (seguridad en el mantenimiento de los precios y en la alimentación).

2. *Las faltas administrativas y faltas contra la ética profesional*

En las primeras se trata de lesiones a los deberes del servicio, relativos a las funciones del autor. La medida disciplinaria la dicta el Estado, dentro de sus facultades; por eso es la medida más grave la pérdida del empleo o cargo. El objetivo perseguido es el mantenimiento de la pureza en la profesión. Algo análogo rige para los tribunales de honor de las clases profesionales, p. ej., de los abogados y médicos, los que sancionan faltas contra la ética profesional; la pena persigue también aquí mantener la pureza de la clase profesional.

3. *Las penas disciplinarias procesales (Zwangsstrafen)*

Ellas persiguen obtener por la fuerza un determinado comportamiento; así las penas procesales de orden, por inconducta ante una asamblea o tribunal; por no comparecer el testigo, y otras semejantes.

II. LA FORMAL DIVISIÓN TRIPARTITA DEL DELITO, DEL § 1 DEL C. P.

Adhiriéndose al “Code Pénal”, el § 1 del C. P. distingue, de acuerdo con la gravedad de la pena *amenazada*, no dictada: crímenes, delitos y contravenciones. Hoy la división tripartita tiene tan sólo una importancia técnica, p. ej.: para el caso de la tentativa (§ 43, inc. 2), la participación (§ 49), la tentativa de participación (§ 49 a), la prescripción y algunos otros más.

1. *“Una acción amenazada con muerte, reclusión o arresto en fortaleza por más de 5 años, es un crimen.*

”Una acción amenazada con arresto en fortaleza hasta 5 años, con prisión o multa de más de 150 marcos, o con multa únicamente, es un delito.

”Una acción amenazada con arresto o con multa hasta 150 marcos es una contravención.”

1. La división del § 1 se fundamenta en una clasificación general (“abstracta”): no es la pena máxima *dictada* en el caso individual, sino la *amenazada* en general por la ley penal, para el delito, la que determina su naturaleza. De ello resulta:

a) Si partiendo de un tipo básico se crea un nuevo tipo (delito especial), agregando a aquél características especiales de éste, entonces se determina la naturaleza del delito de acuerdo con la pena del nuevo tipo, siendo éste una figura cualificada cuando la pena es más grave y una figura privilegiada cuando es más benigna.

b) Si se han previsto “circunstancias atenuantes” solamente dentro del mismo tipo, no se modifica la naturaleza del delito; se trata de fundamentos de graduación de la pena dentro del mismo tipo.

Por lo tanto, el hurto grave es un crimen, aun reconociendo circunstancias atenuantes (§ 243, inc. 2). El mismo principio rige también para el § 213; como asimismo para la atenuación de pena por tentativa, § 44, y complicidad, § 49, inc. 2, o capacidad de imputación disminuída, § 51, inc. 2.

c) A pesar de que para los menores no rigen los límites penales del derecho penal común, éstos tienen validez, sin embargo, para determinar la naturaleza del delito. Si, p. ej., el menor puede ser perseguido por la tentativa de un hecho punible, se decide si la tentativa es punible de acuerdo con el derecho penal común.

2. Una cuestión de duda se plantea respecto al modo de situar los “casos especialmente graves”. Mientras que el Tribunal Supremo los declara, generalmente, como me-

ras reglas de graduación de pena, la literatura trata de atribuirles una significación que modifica la naturaleza del delito, desde el punto de vista de una contemplación “más concreta” o totalmente “concreta”. Ciertamente, en los casos de concurrencia de fundamentos de agravación de pena, contenidos unos y no contenidos otros en el tipo, habrá que aceptar un tipo nuevo; en cambio, cuando en los fundamentos de modificación de pena no está ninguno de ellos contenido, pueden ser declarados solamente como reglas de graduación de pena. La opinión opuesta (ENGISCH, *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1946, 231), conduce al resultado imposible de que, por ejemplo, una tentativa de robo, sería impune en circunstancias atenuantes. Aún más insostenibles son los resultados de la opinión completamente concreta de SCHÖNKE (*Kommentar*, § 1, II, 1), que se ajusta a la pena pronunciada: una tentativa de estafa, a penar con cien marcos, debiera ser impune, porque sería una contravención. Solamente en la ordenanza sobre el reglamento del consumo, en virtud de una excepción jurídico-positiva (§ 21), la pena *dictada* es decisiva para la determinación de la naturaleza del delito.

§ 5. DERECHO PENAL Y LEY PENAL

I. EL PRINCIPIO “NULLA PENA SINE LEGE” Y SU HISTORIA.

1. La versión originaria del § 2 decía: a una acción sólo puede imponérsele pena, cuando esa pena está legalmente determinada, antes de haber sido ejecutada la acción.

Esta disposición decía tres cosas: sólo una ley puede declarar una acción como delito (*nullum crimen sine lege*), y solamente una ley puede determinar para ella una pena (*nulla pœna sine lege*), y ambas cosas, solamente antes de que haya sido ejecutada la acción (exclusión de la fuerza retroactiva de leyes penales que fundamentan o agravan

la pena). Con ello se prohíbe la creación de tipos y determinación de penas *extralegales*, sea por analogía o por el derecho consuetudinario. De ambas fuentes jurídicas, la ley y el derecho consuetudinario, la ley tiene, en derecho penal, la primacía absoluta.

Mientras el principio *nullum crimen sine lege* exige la existencia previa del tipo de delito —admitiendo, no obstante, amenaza de penas absolutamente indeterminadas—, el precepto *nulla pœna sine lege* va todavía más lejos, y exige, además, una determinación legal de las consecuencias del delito, vale decir, amenaza de pena, al menos *relativamente* determinada en su naturaleza y límites. El art. 103 de la Carta fundamental de Bonn, contiene el primer principio (no el segundo), con las garantías aumentadas del derecho constitucional: “A una acción sólo puede imponérsele una pena, cuando la punibilidad está legalmente determinada, antes de haber sido ejecutada la acción”. Una pena ni siquiera relativamente determinada legalmente —según la clase y límites de la pena— como prevé el §27, 1, en la versión del 6 de febrero de 1924, en forma de multa de un monto ilimitado, es por lo tanto, admisible, según el derecho constitucional.

2. El principio *nulla pœna (nullum crimen) sine lege* no es un principio del derecho romano. Ante todo fue ajeno a la época del imperio romano y al derecho de JUSTINIANO con sus *Crimina extraordinaria* y sus conceptos delictuales amplios, casi ilimitados. Tampoco corresponde al extremo derecho penal de voluntad romano, que regía para los *delicta publica* y no conocía distinción alguna entre preparación, tentativa y consumación, es decir, ninguna clase de tipicidad.

Fue desconocido también por el derecho germano-alemán antiguo. Ciertamente se puede decir que se acerca más al derecho penal germano (como derecho penal de hecho), que al derecho penal romano de voluntad. Aquél aspiró siempre a tipos de delito firmes y claros. Sin embargo, siempre se pudo penar de acuerdo con el derecho

consuetudinario, ya que faltó el presupuesto del principio *nulla pœna sine lege*: es decir, la legalidad estatal. Esto vale también para la Carta Magna de 1215.

El ordenamiento penal de CARLOS V supeditó el juez a la ley, por principio; sin embargo, admitió con cierta cautela también una punición extralegal (ver p. 13). Sólo en la época de *las luces*, se impuso el principio *nulla pœna sine lege*, en la lucha contra la arbitrariedad de los jueces y de la autoridad. Invocando la *Magna Carta libertatum*, fue proclamado en la Constitución norteamericana de 1774 y en la Declaración de los Derechos del Hombre, de 1789. Encontró su expresión en el Código Penal de JOSÉ II de 1787 y en el *Allgemeines Landrecht* de 1794. La fórmula latina proviene de FEUERBACH (en su *Lehrbuch* de 1801). En el siglo XIX fue incluida en el derecho penal de casi todos los Estados civilizados. Cierta excepción hace el derecho penal dinamarqués (también el nuevo C. P. dinamarqués, de 1930) en el sentido de que —como lo sostuvo también BINDING, *Handbuch*, ps. 17 y ss.— admite una punición análoga. Una posición especial la ocupa el derecho penal inglés, porque se basa solamente en parte en el derecho escrito —el *statute law*— y, en otra parte, sobre la tradición jurídica del juez —el *common law*—, que sin embargo, supedita fuertemente al juez al precedente de juicios anteriores.

El primer paso hacia una ruptura con la tradición del continente europeo —después de que Rusia había abolido ya en 1917 el principio *nulla pœna*— lo dio la ley complementaria del 26 de junio de 1935. Ella posibilitó, al lado de la punición legal, también una pena extralegal, basada sobre el “sano sentimiento del pueblo”, supeditada, sin embargo, a la idea básica de una ley penal. De esta restricción importante se valió una parte considerable de la ciencia y de la práctica, para limitar en lo posible la aplicación del nuevo § 2. Contra esos esfuerzos actuó una corriente política, cada vez más intensa, que declaró el nuevo § 2, con su control a través de la idea básica legal, como una mera “etapa” en el camino hacia una “nueva

creación del derecho, orientada por el nacional-socialismo, que surge inmediatamente del sano sentimiento del pueblo". Correspondiendo a ello, las leyes nacional-socialistas posteriores, en particular las de la época de la guerra (ordenanza contra enemigos del pueblo, contra crímenes cometidos con el empleo de violencia y otros), fueron redactadas en forma tan amplia e indeterminada, que dieron lugar a una total "dirección" política de la jurisprudencia, especialmente después de 1942, a través de "cartas de jueces" e instrucciones individuales.

II. LA CONSTRUCCIÓN PARTICULAR.

Solamente lo que está previsto en un tipo de la ley penal, puede ser sancionado con una pena. Con ello no solamente se prohíbe toda creación de tipos del derecho consuetudinario, sino que se dispone, también, que toda interpretación de la ley está comprendida dentro de los límites del tipo legal. Es prohibida la ampliación del tipo, a través de la analogía o del derecho consuetudinario.

1. Prescindiendo de esta restricción, rigen las reglas jurídicas comunes de interpretación; resumiendo (ver RG., 62-373): el juez "debe tomar en cuenta, al lado del significado de las palabras de la ley, también su objetivo y sentido, para cuyo conocimiento son de importancia los antecedentes históricos y la relación de las disposiciones entre sí, y con otras ya existentes".

Es menos decisiva la voluntad subjetiva del legislador histórico, que el sentido objetivo de la ley en los límites de su redacción (teoría objetiva de interpretación). También es admitida una interpretación extensiva, en cuanto hace valer, por encima de una interpretación demasiado estrecha de las palabras, el sentido razonable del tipo; es inadmisibles cuando con ella se llega a abarcar casos no comprendidos por el sentido declarado del tipo (véase SCHÖNKE, § 2, v, 3).

Cuando no está en cuestión una *ampliación* de la figura, sino solamente una *interpretación* del tipo, es admisible también la comparación con otros tipos; en este sentido, por lo tanto, también “analogía” (p. ej.: una comparación del concepto de la publicidad en los distintos tipos. RG., 73-90; véase, también, HIPPEL, II, 39). También puede ser de importancia mediata, para la *interpretación* del tipo, el derecho consuetudinario (derecho consuetudinario complementario): así, ante todo, para los conceptos de la parte general, como dolo, negligencia, culpa, etc.; precisamente, los conceptos fundamentales de la parte general son por su naturaleza del derecho consuetudinario.

2. La analogía que tiene por efecto limitar la pena, y el derecho consuetudinario que conduce a suprimir la pena, son admisibles sin restricciones.

3. El § 2, sin embargo, no solamente excluye una formación extralegal de tipos, sino que formula también exigencias para la ley misma. Una “ley penal” que declarara: “será penado quien se comporta de modo groseramente contrario a la sociedad”, sería incompatible con la idea del § 2, pues dejaría toda la determinación material de la punibilidad al derecho no escrito. La idea del § 2 presupone la adecuación al tipo del derecho escrito (ver *infra*, § 10), es decir, exige que el comportamiento declarado punible esté descrito plásticamente en la ley misma. Ley penal en el sentido del § 2, no es cada ley que amenaza con una pena, sino solamente una ley penal “sustancial” estructurada sobre la idea de la tipicidad (véase WELZEL, *Probleme*, ps. 101 y ss.). La ley puede remitir en determinados conceptos del tipo a nociones extralegales, como costumbres sociales y valoraciones (p. ej.: en el concepto de la “acción lasciva”), pero la delimitación esencial del tipo debe realizarla ella misma. Una declaración de punibilidad apoyada sobre la base de cláusulas generales, es incompatible con la idea del § 2.

§ 6. EL ÁMBITO DE VALIDEZ DEL DERECHO PENAL ALEMÁN

I. LA VALIDEZ EN EL TIEMPO (§ 2, incs. 2 y 3).

1. *El principio: no retroactividad de las leyes penales*

Punibilidad y pena se determinan de acuerdo con la ley penal vigente al tiempo del hecho.

En general, para la cuestión de la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, es decisiva la situación en el momento de realizarse el hecho: es indiferente la situación al tiempo de producirse el resultado. Por eso no son de aplicación en derecho penal las retroactividades del derecho civil.

2. *Retroactividad de la ley más benigna*

La ley más benigna vigente al tiempo de la decisión, puede ser aplicada en lugar de la ley más severa vigente al tiempo del hecho (§ 2, inc. 2); lo mismo que puede el juez prescindir totalmente de la pena, cuando la ley penal ha desaparecido al tiempo de la decisión, excepto en el caso de las llamadas leyes temporarias, que desde un principio han sido promulgadas solamente para una situación de emergencia transitoria (p. ej., prescripciones policiales con motivo de epidemias durante una peste de animales) (§ 2, inc. 3).

Fundamento: como una atenuación o desaparición de la punibilidad se basan, por regla general, en una atenuación de la valoración ético-social del hecho, se debe dar al juez la posibilidad de tomar en cuenta esta atenuación, también en un hecho anteriormente cometido, pero todavía no juzgado. Completamente distinto es en las leyes temporarias: su supresión se basa en la desaparición de la situación de necesidad (p. ej.: el cese de la peste); la valoración ético-social del hecho (p. ej.: la desaprobación de la importación o exportación durante una peste) permanece intacta y fundamenta la punibilidad del hecho anteriormente cometido.

La retroactividad de la ley más severa es, por cierto, compatible con el principio nullum crimen, pero no con el nulla pœna sine lege.

3. *En las medidas de seguridad*

En las medidas de seguridad es aplicable el derecho vigente al tiempo de la decisión (§ 2, inc. 4), pues ellas no constituyen la sanción por el hecho cometido, sino una seguridad para el futuro.

II. ÁMBITO DE VALIDEZ DEL DERECHO PENAL ALEMÁN (§§ 3 a 9).

¿Dónde y por quién debe ser cometido un hecho, para que pueda ser aplicable el derecho alemán? A pesar del nombre "derecho penal internacional", que induce a errores, las reglas al respecto no son de derecho internacional, sino de derecho nacional (y por cierto, derecho de aplicación de pena). La nueva reglamentación determinada por la ordenanza del 6 de mayo de 1940, eliminó la posición central que ocupaba el principio de la territorialidad y hace un distingo, según quienes sean los autores: para alemanes rige el principio de la personalidad, vale decir, el principio de la aplicación especialmente ilimitada del derecho alemán. Para extranjeros rigen, ante todo, el principio de territorialidad y el de defensa (protección de los intereses alemanes).

1. *Hechos punibles de alemanes*

1. *Principios: principio de la personalidad:* el derecho penal alemán rige para hechos de ciudadanos alemanes, cualquiera sea el lugar en que hayan sido cometidos (§ 3, inc. 1).

Hechos realmente previstos por el derecho alemán pueden a veces prestarse a dudas; así los hechos que se dirigen contra un Estado extranjero o su desenvolvimiento administrativo. El derecho alemán no protege la constitución extranjera, tampoco pena hechos punibles contra funcionarios extranjeros, como podrían ser el soborno o

resistencia contra la autoridad. Sin embargo, caen bajo el derecho alemán el perjurio y la falsa denuncia ante una autoridad extranjera.

2. Exceptúanse aquellos hechos que siendo punibles en Alemania, han sido cometidos por alemanes en el extranjero, cuando, de acuerdo con el derecho del lugar del hecho, no son punibles (§ 3, inc. 2).

La restricción de que los hechos no pueden “ser dignos de pena, de acuerdo con el sano sentimiento del pueblo, a causa de condiciones especiales en el lugar del hecho”, debe desaparecer, ya que la hace depender del “sano sentimiento del pueblo”. En cambio, tachar el inc. 2 completamente (así SJZ., 1946, 121), significaría hasta una agravación de pena, frente a la versión anterior. Prácticamente rige hoy el § 4, n^o 3, a, F.

2. Hechos punibles de extranjeros

1. Los hechos cometidos *en el país* están sujetos al *principio de territorialidad*: el derecho penal alemán rige para todos los hechos cometidos en el territorio del Reich por extranjeros, de acuerdo con el § 4, inc. 1.

2. Hechos cometidos *en el extranjero* (§ 4, incs. 2 y 3). Para hechos de extranjeros en el extranjero rige el derecho penal alemán sólo en forma excepcional:

a) para la protección de intereses alemanes (*principio de protección o de defensa*): revelación de secretos comerciales e industriales; perjurio en el procedimiento ante autoridades alemanas; hechos contra funcionarios alemanes en ejercicio de sus funciones. Además, para hechos punibles de un extranjero como funcionario alemán (aquí, sin embargo, no se trata del principio de defensa, sino de la lesión de un deber especial);

b) de acuerdo con el *principio del derecho mundial*, para el amparo de intereses culturales de todos los Estados: delitos de moneda; delitos de explosivos; comercio de mujeres y de niños; tráfico de estupefacientes; comercio con

publicaciones obscenas; para estos hechos rige el derecho alemán, indiferentemente de dónde hayan sido cometidos y contra qué Estado o ciudadano hayan sido dirigidos;

c) de acuerdo con el principio de aplicación supletoria del derecho penal, contenido en el § 4, inc. 2:

el derecho penal alemán se aplica en lugar de una punición extranjera, primariamente esperada, o en la ausencia de la autoridad facultada para aplicar la ley penal:

aa) cuando el autor ha adquirido la ciudadanía alemana después del hecho, o

bb) cuando el hecho se dirigió contra el pueblo alemán, o contra un ciudadano alemán, o

cc) cuando el autor no es extraditado por razones de hecho o jurídicas, a pesar de que de acuerdo con la naturaleza del hecho, la extradición hubiera sido posible.

Son presupuestos: que el hecho sea punible, según la ley del lugar del hecho, o que el lugar del hecho no esté sujeto a ninguna autoridad facultada para aplicar la ley penal.

3. *El concepto del lugar de comisión*

1. *Lugar de comisión* es tanto el lugar de la acción (en los delitos de omisión: de la actividad ordenada) cuanto aquel donde el resultado se produce (en la omisión y en la tentativa: el lugar del resultado esperado). Para la participación, el lugar de comisión es, *también*, el lugar del hecho principal (RG., 74-60).

2. El concepto del país se determina de acuerdo con el derecho internacional. Comprende el territorio del Reich, el espacio aéreo por encima de él, y el mar territorial, que se extiende en la zona de tres millas.

Comprende también los edificios de las legaciones extranjeras, sin perjuicio de la no punibilidad personal y de la no perseguibilidad de los llamados extraterritoriales (§§ 18 a 20, GVG.).

3. Se consideran, también, como cometidos en el país, según el § 5, los hechos cometidos en un barco o nave aérea alemana, sea de guerra o mercante, e indiferentemente de donde se encuentre.

LIBRO PRIMERO

LA ACCIÓN PUNIBLE Y SU AUTOR

§ 7. MISIÓN Y FUNDAMENTO DE LAS TEORÍAS GENERALES DEL DERECHO PENAL

N. HARTMANN, *Ethik*, 1926; *Problem des geistigen Seins*, 1933; A. GEHLEN, *Der Mensch*, 1940; WELZEL, *Persönlichkeit und Schuld*, Z. 60, ps. 428 y ss.

I. MISIÓN DE LA PARTE GENERAL.

Las características esenciales generales del delito y de su autor son el objeto de las teorías generales del derecho penal. Toda acción con significación penal es una unidad formada por elementos objetivos y subjetivos (de hecho y voluntad); su concreción se realiza en forma distinta: como comisión o como omisión, y en distinto grado: como preparación, tentativa o consumación; su valoración en la comunidad puede ser de distinta naturaleza: como adecuada o contraria al derecho, como inculpable o culpable; ella está en relación inseparable con su autor, cuya personalidad, voluntad y sentir particular acuña. El análisis de esos elementos constituye la tarea de la parte general.

Tarea de la parte especial es delimitar entre sí las distintas clases de delito: asesinato y homicidio, hurto y robo, etc.

II. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LA ACCIÓN Y DEL AUTOR, Y SU VALORACIÓN EN DERECHO PENAL.

Toda vida social se estructura sobre la actividad finalista de los miembros de la comunidad. Presupone que

el hombre puede proponerse fines, vale decir, objetivos futuros, elegir los medios necesarios para su obtención, y ponerlos en actividad. Este primer presupuesto de la vida social es, también, el primer criterio del actuar humano en general. El acontecer puro de la naturaleza es ciego en su causalidad, o, en la naturaleza viva, ante todo en el reino animal, en el mejor de los casos, inconcientemente *adecuado* al fin (instintivo). El hombre puede prever el futuro *conciente* del objetivo; concretar, sobre la base de experiencias causales, las más diversas clases de propósitos, según la forma planeada.

También el derecho penal se ocupa de acciones únicamente en el sentido de esta actividad finalista. Donde el hombre interviene de modo puramente causal, sea que actúe como mera masa mecánica (en un desmayo repentino), o que ejecute movimientos reflejos adecuados o contrarios al objetivo (en ataques de calambre o en reacciones indominales de susto), ahí puede, bajo ciertas circunstancias, entrar en consideración como *objeto* de un intervenir jurídico (p. ej.: como motivo de una intervención policial); pero su comportamiento queda excluído del derecho penal.

Como son acciones finalistas las que estructuran la vida de la comunidad, así también lo son las que la lesionan. Acciones que se mueven dentro del orden de la vida social, son valoradas positivamente por el orden de la comunidad, como "adecuadas al derecho". En cambio, acciones que lo lesionan son valoradas como "contrarias al derecho".

Sin embargo, el hombre no es únicamente un sér que actúa finalmente, sino también un sér moralmente responsable de sus acciones. Él no puede, simplemente, proponerse fines arbitrarios y concretarlos en la forma planeada, sino que también debe elegir antes estos fines, de acuerdo con su sentido y valor social. Si el hombre se guía por las exigencias del deber que surge de los valores de la comunidad (p. ej.: el deber de prestación de ayuda contenido en el § 330, c), entonces actúa meritoriamente.

Si los lesiona, actúa culpablemente. *El hombre es "persona" en el doble sentido de que es un ser que actúa finalistamente y que es moralmente responsable de sus acciones.* Con estas dos etapas, que se estructuran la una encima de la otra —la actividad finalista y la responsabilidad moral—, se cumple la autoría personal humana.

Las dos valoraciones del derecho penal —contrariedad al derecho y culpa— corresponden a estas dos características esenciales de acción y autoría. A la actividad finalista corresponde la contrariedad al derecho; a la responsabilidad, la culpa. Sin embargo, los dos elementos se deben distinguir objetivamente —aunque preponderantemente unidos—, pues ciertas personas no son capaces de una responsabilidad moral frente a la sociedad, a pesar de que pueden realizar acciones finalistas: así el niño y el enfermo mental.

Un niño de doce años, que hurta manzanas en el jardín del vecino, no actúa culpablemente, porque su personalidad moral no está aún totalmente desarrollada como para poder realmente comprender la significación social de su acción y guiarse por ella. Pero su acción es una concreción del objetivo, que cae fuera del orden social (del ordenamiento de la propiedad), y por ello es anti-jurídica. Precisamente por eso, el adulto que ayudó al menor a pasar el cerco, ha prestado ayuda a una acción antijurídica de hurto y es responsable por ella como cómplice.

Como el elemento "final" de la acción (la acción finalista) es independiente del elemento moral de la responsabilidad, así también la antijuricidad se sitúa en un plano de valoración independiente del de la culpa. *La antijuricidad contiene, simplemente, el juicio de valor según el cual la acción cae fuera de los ordenamientos de la vida de la comunidad. La culpa es la responsabilidad de la personalidad moral por su acción antijurídica.*

PARTE PRIMERA

LA ESTRUCTURA DEL DELITO Y LA NATURALEZA DEL AUTOR

INTRODUCCIÓN: TEORÍA DE LA ACCIÓN

§ 8. CONCEPTO DE LA ACCIÓN

I. NATURALEZA.

La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecer “finalista” y no solamente “causal”. La “finalidad” o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever, en determinada escala, las consecuencias posibles de una actividad con miras al futuro, proponerse objetivos de diversa índole, y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el acontecer causal exterior hacia el objetivo y lo sobredetermina así de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es “vidente”; la causalidad es “ciega”.

Un ejemplo facilitará la comprensión. Cuando un rayo mata a un hombre que trabaja en el campo, el suceso responde al hecho de que entre el hombre y la nube se había originado la máxima tensión eléctrica, que produjo la descarga. Esta descarga hubiera podido originarse lo

mismo entre otro objeto alto y la nube. Que fuera precisamente el hombre, estaba causalmente condicionado en la cadena infinita del acontecer; pero tal acontecer no estaba dirigido finalmente a ese objetivo. Completamente distinto es lo que ocurre con las acciones humanas: quien quiere asesinar a otro, elige conscientemente los factores causales y los dispone de modo de alcanzar el fin predeterminado. Aquí la disposición de las causas está dirigida hacia el logro del objetivo: comprar el arma, averiguar la oportunidad, ponerse al acecho, apuntar, apretar el gatillo; todos éstos son actos ordenados de acuerdo con un plan total y dirigidos hacia un objetivo.

Como la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever en determinada escala las consecuencias de la intervención causal, y con ello dirigirla según un plan hacia la obtención del objetivo, la voluntad conciente del objetivo, que dirige el acontecimiento causal, es la espina dorsal de la acción finalista. Ella es el factor de dirección, que sobredetermina el acontecimiento causal exterior, sin el cual éste, destruído en su estructura material, degeneraría en un proceso causal ciego. Por eso, pertenece también a la acción, la voluntad finalista, como factor que conforma objetivamente el acontecimiento real.

En esta dirección objetiva del acontecimiento causal, la voluntad finalista se extiende a todas las consecuencias que el autor debe realizar para la obtención del objetivo; es decir, a:

- 1 el objetivo que se propone alcanzar;
- 2 los medios que emplea para ello; y
- 3 las consecuencias secundarias, que están necesariamente vinculadas con el empleo de los medios.

La actividad finalista no sólo comprende la finalidad de la acción, sino también los medios necesarios y las consecuencias secundarias, necesariamente vinculadas. La acción finalista es una construcción comprensiva y dividida del acontecimiento, en la cual el objetivo es solamente una parte, al lado de los medios puestos en movimiento, y las consecuencias secundarias vinculadas con ellos.

Por eso, no se debe opinar, partiendo de una pura interpretación de las palabras, que la “finalidad” pueda tomar en consideración solamente el objetivo (*finis*). Esto no sería menos equivocado que querer objetar a la “causalidad”, que debería limitarse a la causa (*causa*) y no podría satisfacer el efecto.

La voluntad finalista de la acción es la voluntad de concreción, que abarca todas las consecuencias respecto de las cuales el autor conoce que están necesariamente vinculadas con la obtención del objetivo, y las quiere realizar por ello. Sólo en relación con estas consecuencias de la acción comprendidas por la voluntad de concreción, hay un nexo finalista de la acción. Una acción es finalista, solamente en lo referente a los resultados propuestos por la voluntad; en lo referente a otros resultados no propuestos por la voluntad de concreción, es sólo causal.

La enfermera que, sin pensar en nada, inyecta una dosis de morfina demasiado fuerte, de efecto letal, realiza ciertamente una inyección finalista, pero no una acción finalista de homicidio. Quien, para practicar, tira en el crepúsculo contra un objeto que toma por un tronco, pero que es, en realidad, una persona sentada, dispara ciertamente un tiro finalista de ejercicio, pero no realiza ninguna acción finalista de homicidio. En ambos casos, la consecuencia ulterior no querida (la muerte) ha sido originada de modo ciegamente causal por la acción finalista.

Conforme a ello, no hay acciones finalistas “en sí”, sino siempre en relación con las consecuencias propuestas por la voluntad de concreción. Es indiferente si estas consecuencias propuestas con voluntad representan, en la construcción total de la acción, precisamente el objetivo deseado, o sólo los medios empleados, o hasta solamente meras consecuencias secundarias tomadas de “yapa”. Una acción finalista de homicidio no existe solamente cuando la muerte fue el objetivo principal de la actividad de la voluntad, sino también cuando sólo constituyó el medio para un objetivo ulterior (p. ej., para heredar al muerto), o cuando sólo fue la consecuencia secundaria que nece-

sariamente ha tenido que tomar de "yapa" (p. ej., la muerte por quemaduras de una habitante paralítica, al incendiar una casa asegurada contra incendio con el propósito de cometer una estafa de seguro). Por eso, una acción finalista puede tener varios sentidos de acción, según cuál sea su relación con las distintas consecuencias propuestas con voluntad. Así, en la acción mencionada en el último ejemplo, una defraudación de seguro, con relación al objetivo perseguido; un incendio, con miras al medio empleado; un asesinato, con miras a la consecuencia secundaria tomada de "yapa".

Naturalmente, la dirección finalista se extiende también a la ejecución exterior de la acción misma, de modo que el "resultado" de la dirección finalista puede agotarse en la simple actividad: cabalgar, hacer gimnasia, bailar, patinar sobre hielo, etc., son también actividades dirigidas finalistamente; lo mismo que cometer actos lascivos, jurar, declarar, etc. Además, por el hecho de que muchos de los movimientos de nuestro cuerpo están automatizados, debido al ejercicio continuo, la dirección finalista de una acción no es restringida, sino, por el contrario, ayudada: el pasear es también una actividad dirigida finalistamente, a pesar de que no tenemos que dirigir cada paso en particular como en la primera infancia.

II. LA ACCIÓN DENTRO DE LOS TIPOS DEL DERECHO PENAL.

La dirección finalista del acontecer causal es una prestación por la cual el hombre estructura, conciente de su finalidad, las obras de su vida de relación civilizada. Pero, como tal, es indiferente al valor, es decir, puede ser empleada lo mismo para la concreción de objetivos socialmente positivos, como socialmente negativos. En este punto se intercala el derecho penal, prohibiendo la concreción finalista de objetivos socialmente negativos. Las acciones finalistas, cuya voluntad de concreción está dirigida hacia la realización de resultados socialmente negativos, son calificadas de antijurídicas por el derecho penal

en los tipos de los delitos *dolosos*: como asesinato, homicidio, hurto, etc. “Dolo”, como concepto jurídico, es aquella voluntad finalista de acción que está dirigida hacia la concreción de las características objetivas de un *tipo de injusto*.

Pero el derecho no se conforma con prohibir solamente acciones dolosas antijurídicas, sino que establece, también para acciones que no tienen ningún dolo antijurídico, determinadas exigencias en su dirección finalista, para tutelar los bienes jurídicos. El derecho no prohíbe solamente al hombre desplegar una actividad dolosa antijurídica, sino que espera también de él —en cuanto quiera tomar parte en la vida social sin restricciones— que observe en sus demás acciones un mínimo de dirección finalista, para evitar la lesión de bienes jurídicos. De los ordenamientos de la vida social se eliminan también aquellas acciones, que no siendo antijurídicas vistas desde el ángulo de sus consecuencias finalistas, observadas en sus consecuencias no finalistas, puramente causales, no aportan el mínimo objetivamente necesario en la actividad finalista, para evitar tales consecuencias.

Las acciones que, contempladas en sus consecuencias causales, no observan el mínimo jurídicamente indicado de dirección finalista, son comprendidas por los tipos de los delitos culposos como “lesiones imprudentes o negligentes de bienes jurídicos”. En estos tipos, las consecuencias de las acciones propuestas con finalidad, son irrelevantes para el derecho penal y no son descritas, por lo tanto, en los tipos en forma concreta. Su tipo de injusto consiste más bien en determinadas lesiones causales de bienes jurídicos, ocasionadas por aquellas acciones que no llevan consigo la cantidad de diligencia necesaria en el intercambio de dirección finalista (la diligencia indicada).

Quien limpia su fusil, que no ha descargado antes, y mata sin querer a otro, realiza una acción finalista (la limpieza del fusil), que origina causalmente la muerte del otro. Sin embargo, para el tipo, en el sentido del § 222,

no son importantes las consecuencias finalistas, sino la consecuencia causal (la muerte de otro), y ello porque el actuante, en su actividad finalista (el limpiar), no ha aportado el mínimo jurídicamente necesario de dirección finalista para evitar el resultado (el cuidado objetivamente necesario en el intercambio).

III. LA TEORÍA DIVERGENTE: EL CONCEPTO CAUSAL DE LA ACCIÓN.

Así la teoría, que llegó a dominar a fines del siglo XIX: LISZT, BELING, RADBRUCH (*Handlungsbegriff*, 1904), una reseña en MEZGER, ps. 108 y ss.; VON WEBER, *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, 1935; Gr., ps. 54 y ss.; MAURACH, *Schuld und Verantwortung*, 1948; Gr., I, ps. 45 y ss. Sobre la discusión del concepto final de la acción, véase ENGISCH, en *Probleme*, ps. 141 y ss.; además, BOKKELMANN, *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, 1949; WELZEL, *Um die finale Handlungslehre*, 1949; R. BUSCH, *Moderne Wandlungen der Verbrechenlehre*, 1949; MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950; NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951; F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano* (1950), II, ps. 299 y ss.; WELZEL, "Rivista Italiana di Diritto Penale", 1951.

1. La teoría causal de la acción

A fines del siglo pasado, bajo la influencia de las ciencias mecánicas, penetró en la ciencia del derecho penal la teoría que dividió la acción en dos partes constitutivas distintas: el proceso causal exterior, por un lado, y el contenido puramente subjetivo de voluntad, por el otro. Según esta teoría, el contenido de voluntad es solamente el reflejo subjetivo del acontecer exterior en la psiquis del autor. Según ello, la acción es un puro proceso causal, que ha originado la voluntad en el mundo exterior (efecto de la voluntad), sin considerar si lo ha querido o solamente lo ha podido prever (contenido de voluntad). El contenido subjetivo de voluntad es, para la acción, "sin significación"; el problema del contenido de la conciencia "se elimina del concepto de la acción" y "es solamente de importancia para el problema de la culpabilidad" (así MEZGER, siguiendo a BELING y RADBRUCH).

Originariamente, LISZT había considerado la acción en forma netamente naturalista, como “una alteración material del mundo exterior, aun insignificante, perceptible por los sentidos” y así conceptuaba, p. ej., que la injuria provoca vibraciones del aire e irritaciones nerviosas (*Lehrbuch*, 2ª ed., p. 107). De este naturalismo extremo se ha apartado hace ya mucho tiempo la teoría reinante, que concibe la acción como una alteración causal en la realidad *social*. Por eso es recomendable, para evitar malos entendidos, hablar más bien de un concepto “causal” de la acción, que de un concepto “naturalista”.

2. Crítica

En contra del concepto causal de la acción se oponen serias dudas:

a) No responde a la verdadera estructura de la acción porque destruye la función de la finalidad dentro de ella, y la reduce a un proceso puramente causal. Yerra al determinar la función del dolo en la acción. Esto se manifiesta claramente en la noción utilizada tan a menudo por la teoría causal de la acción, según la cual el dolo es el reflejo de la acción exterior en la *psiquis* del autor. Con ello está puesta al revés la relación entre dolo y concreción de voluntad. El “dolo” no es un reflejo secundario de la acción exterior, sino el factor que *la anticipa* mentalmente, que sobredetermina finalistamente el acontecer de la acción, y que no puede, por tanto, ser separado, porque pertenece a él como factor creador.

b) El concepto finalista de la acción —no así el causal— se basa en los tipos del derecho penal. Esto se manifiesta con especial claridad en la tentativa (§ 43). En este punto, hasta los representantes de la teoría de la acción causal reconocen que el dolo (la decisión) pertenece a la *acción* de tentativa y no es de importancia para la cuestión de la culpa. Pero, si el dolo en la etapa de la tentativa es un elemento que forma parte de la acción, no puede dejar de serlo cuando la acción pasa de la etapa de la

tentativa a la de la consumación (compárese WELZEL, *Um die finale Handlungslehre*, p. 13; NIESE, p. 21, f.; e *infra*, p. 67).

c) Tampoco para los tipos culposos satisface la teoría de la acción causal. Según ella, esos tipos deberían ser cumplidos por toda lesión de bienes jurídicos causada por un acto de voluntad. El derecho no puede prohibir lesiones de bienes jurídicos a secas. No es imaginable la vida social sin lesiones y restricciones de los bienes jurídicos, y todo acto de voluntad está vinculado en algún momento de su acontecer causal a la lesión de bienes jurídicos. No una lesión de bienes jurídicos, a secas, sino *solamente* una lesión de bienes jurídicos que parte de un acto de voluntad *de determinada índole*, cumple el tipo de los delitos culposos; es decir, un acto de voluntad, que no aporta el mínimo de dirección finalista objetivamente necesario en el intercambio, para evitar lesiones de bienes jurídicos. Sin el punto de vista del mínimo de dirección finalista esperado por el derecho, no se puede llegar al concepto objetivo de diligencia.

d) Solamente con el concepto finalista de la acción llegamos a un sistema de derecho penal objetivo y no contradictorio. Podemos incluir los elementos subjetivos del injusto, sin contradicciones, y con pleno sentido en el concepto del injusto; se posibilita una teoría exacta de la participación, porque se pone de manifiesto que la participación es solamente posible en un hecho principal doloso. Se obtiene con la remisión del dolo al capítulo de la acción (en lugar del de la culpa) un concepto unitario de la culpabilidad, y únicamente éste admite el enfoque adecuado del error de prohibición.

e) La objeción de que la teoría de la acción finalista no toma en consideración suficiente la acción culposa, trabaja con los argumentos siguientes: el nexo finalista real en los delitos culposos (p. ej., viajar en auto, limpiar ventanas, etc.), es irrelevante en derecho penal. Lo que es relevante en derecho penal (a saber, la lesión de un bien jurídico), está fuera del nexo finalista real y produ-

cido en forma meramente causal. “La parte penalmente *esencial no es*, por lo tanto, finalista en el hecho culposo” (MEZGER, I, 45). Pero si la acción finalista señala que pertenece a lo injusto de los delitos culposos, además de la lesión de un bien jurídico, también la lesión de la medida mínima impuesta en la dirección finalista, entonces abandona con ello la esfera ontológica de la acción y desplaza el problema a la esfera de la antijuricidad (MUNOZ, *La doctrina de la acción finalista*, Valencia, 1954, p. 132).

Esta argumentación desconoce el contenido decisivo de lo injusto en los delitos culposos, y confunde los conceptos “ontológico” y “real”. En lo que atañe a lo último, la contemplación ontológica sólo se ocupa de la legalidad de la estructura del ser como tal (por tanto, de la causalidad, finalidad, etc.), sin considerar si, y hasta dónde, existe realmente o no la correspondiente legalidad de estructura en un proceso *real* del ser. Por eso, la legalidad ontológica puede pertenecer al ser real, como también al no real (p. ej., al ser futuro o debido), y por ello la dirección tendiente a una meta determinada de una acción puede ser *real* o solamente *debida*. Ahora bien; la acción finalista expresa dos cosas: 1º) que toda acción humana tiene una estructura finalista, vale decir, se dirige a sí misma, de acuerdo con los medios, metas, consecuencias secundarias, mentalmente anticipadas; 2º) que las normas del derecho penal *necesariamente* se estructuran sobre esta construcción finalista de la acción, o *prohibiendo* una dirección finalista determinada (hacia un resultado no deseado), o *imponiendo* una dirección finalista determinada (la aplicación de una medida mínima de dirección finalista, para evitar resultados no deseados). Las normas, con respecto a la prohibición, se lesionan mediante acciones que *concretan* la dirección finalista *prohibida* hacia el resultado no deseado; las normas referentes a la imposición, mediante acciones que *no concretan* la medida mínima de dirección finalista, para evitar resultados dados no deseados. En los delitos dolosos,

la relación finalista, con el resultado penalmente esencial, es *no debida* (prohibida), pero *concretada*. En los delitos culposos, la relación finalista, penalmente decisiva para evitar el resultado no deseado, es *debida* pero no *concretada*. Lo injusto de los delitos culposos consiste en que *falta* a la acción finalista *real*, la medida mínima *impuesta* de dirección finalista, que hubiera impedido la lesión de los bienes jurídicos. La falta de respeto a la finalidad impuesta en la acción finalista real, y no la mera lesión causal de bienes jurídicos, es “la parte penalmente esencial en el hecho culposo”. Es decir que también el hecho culposo estructura la “parte penalmente esencial” —vale decir, la lesión de la medida mínima impuesta en dirección finalista— sobre la peculiaridad ontológica de la acción humana, como proceso finalista de dirección. Sin esta legalidad ontológica específica de la estructura de la acción no se puede comprender en absoluto el delito culposo.

§ 9. EL PROBLEMA CAUSAL EN EL DERECHO PENAL

M. L. MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Strafrecht und Schadensersatzrecht*, 1912; TARNOWSKI, *Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs*, 1927; SENDE, *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte*, 1948.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1. Toda acción es un poner en movimiento la causalidad; por eso, la causalidad es sólo un elemento de toda acción y no plantea problemas en la mayoría de los tipos penales; p. ej., en el “apoderarse”, “jurar”, etc. Solamente en pocos delitos, ante todo en delitos contra la vida, de lesión corporal e incendio, se dan casos dudosos, que pueden llegar a crear problemas.

2. El concepto causal no es un concepto jurídico, pero tampoco una categoría meramente lógica, sino una cate-

goría del “ser”. Por eso, el nexo causal no es una vinculación meramente lógica y menos aún una relación mental de varios acontecimientos, sino el nexo legal, por cierto no perceptible, pero susceptible de ser captado mentalmente a través de la sucesión del acontecer real y, por tanto, es como tal, tan real como el acontecer mismo. También el derecho debe partir de este concepto causal “ontológico”; no hay una causalidad jurídica especial, si bien no todos los acontecimientos causales son también jurídicamente relevantes.

II. LAS TEORÍAS.

1. *Teoría de las condiciones (teoría de la equivalencia)*

La teoría de las condiciones parte acertadamente del concepto causal ontológico, y establece una fórmula “heurística” sobre la base de preguntas, para determinar nexos causales y eliminar la causalidad ausente. Ella aplica la idea de que todo efecto tiene una pluralidad de condiciones causales, y que, en el nexo causal, cada una de estas condiciones es igualmente necesaria para el resultado, y, en este sentido, todas las condiciones son causalmente “equivalentes” (por eso “teoría de la equivalencia”). La fórmula heurística dice:

Causa es toda condición que, suprimida mentalmente, tiene por efecto que el resultado (en forma concreta) no se produzca. RG., 44-244; conditio sine qua non.

Para la omisión se formula la teoría de la manera siguiente: *Una omisión es causal, si agregada mentalmente la acción omitida, el resultado se suprime. RG., 75-50.*

Es siempre decisivo el resultado *concreto*, es decir, el resultado en su forma individual, en su magnitud y tiempo de producción. Así mata, quien mata al que está desahuciado (véase RG., 22-325). Además, basta que la acción sea solamente *una* condición del resultado, aun cuando conduzca al resultado, solamente con la cooperación de otros factores. Por eso una acción es causal, tam-

bién cuando el resultado se produce a consecuencia de una especial constitución física o psíquica del lesionado (p. ej., de un hemofílico), o a consecuencia de su propio descuido (descuido de la herida), o por efectos de la intervención de terceros (negligencia del médico).

Si alguien utiliza dolosa o culposamente la situación creada por la acción de otro, para acarrear un resultado penal, la acción del primero es concausal para el resultado acarreado por el segundo; mediante la intervención del segundo, el nexo causal entre la acción del primero y el resultado posterior, no solamente no es "interrumpido", como supuso la teoría anterior, sino precisamente intermediado. R.G., 61-319; 64-318 y 370.

Ejemplo: un cazador cuelga su escopeta cargada en el salón de una hostería. Se produce una gresca. En ella un parroquiano mata a tiros a otro con la escopeta del cazador. También el colgar la escopeta, por parte del cazador, es una causa para la muerte del tercero. No es aquí problemática la cuestión causal, sino la cuestión de la autoría. El cazador es autor culposo, según el § 222. El matador, autor doloso, según los §§ 211 y 212.

Se debe distinguir bien la *interrupción* de una serie causal: A da a B un veneno mortal; antes que el veneno produzca sus efectos, B es matado a tiros por C. Aquí el veneno no ha sido causal, en absoluto, para la muerte. Por eso A ha cometido solamente una *tentativa* de homicidio; B, el homicidio consumado. Véase OLG., Braunschweig, SJZ., 49-131.

En la aplicación de la fórmula de las condiciones, para establecer un nexo causal *real*, se debe partir siempre de las circunstancias concretas; las circunstancias solamente posibles o verosímiles, que no se han producido, no se deben *agregar* mentalmente.

Ejemplo: A y B dan cada uno a C un bastón para que pueda apalea a X; C ejecuta el hecho con el bastón entregado por A. El hecho de que C hubiera tomado el bastón de B, si A no le hubiera alcanzado al mismo tiempo también su bastón, no es una circunstancia real, sino

solamente verosímil, que debe quedar sin consideración al establecerse el nexo causal *real* existente.

SPENDEL propone por eso la versión siguiente de la fórmula de las condiciones: una acción es causal, si, sin ella, el resultado concreto no se hubiera producido, considerando únicamente las circunstancias que después quedaron y fueron también efectivamente concretadas.

Sin embargo, hay casos en los cuales el nexo causal realmente existente, no se puede averiguar con esta fórmula mejorada de las condiciones; así ocurre cuando concurren varias condiciones, de las cuales cada una, por sí sola, hubiera sido suficiente para la causación del resultado: A y B ponen, cada uno independientemente, una cantidad mortal de veneno en la comida de C. Aquí se podría eliminar mentalmente cada uno de los dos factores, por sí solo (alternativamente), pero no los dos juntos (acumulativamente), sin que se eliminase el resultado. En estos casos, la fórmula de las condiciones debe ser redactada en la forma siguiente: de varias condiciones que pueden ser eliminadas mentalmente en forma alternativa, pero no en la acumulativa, sin que se elimine el resultado, cada una de ellas es causal del resultado. Véase, sobre ello, M. L. MÜLLER, p. 17; TARNOWSKI, p. 47.

Las dudas de MÜLLER sobre esta versión de la fórmula, se refieren al caso, que aquí no corresponde, de la "interrupción" de una serie causal (véase arriba, punto b); las dudas de SPENDEL (p. 81), en cambio, se refieren a la cuestión, que tampoco corresponde aquí, de la extensión de la autoría colateral.

Con el establecimiento de la causalidad está averiguado, sin embargo, solamente el presupuesto más elemental, y el límite más extremo de la responsabilidad penal por un resultado. Por él puede hacerse responsable solamente al que lo ha causado. Pero si se lo hace responsable, realmente, depende de los *demás* presupuestos del concepto del delito, más allá de la cuestión causal; ante todo de la adecuación al tipo, del nexo de la acción, de la antijuri-

cidad y de la culpabilidad. Ya para la adecuación al tipo no alcanza *nunca* el mero nexo de condición.

Este conocimiento es, entre otras cosas, importante para la solución correcta de un problema especial de los tipos culposos, que ha sido erróneamente tratado, al igual en la jurisprudencia y en parte de la literatura, con el problema de la causación. El tipo de injusto de los delitos culposos no es cumplido por el mero nexo de condición, sino solamente por aquella causación del resultado, que fue *evitable* en la aplicación de la diligencia objetivamente impuesta. Si, por lo tanto, resulta posteriormente que el resultado no hubiera sido evitado, aun observando la diligencia objetiva (con una verosimilitud lindante con la certeza), entonces el *tipo de injusto* del delito culposo no está cumplido, ya que la observancia de la diligencia impuesta por el derecho tampoco hubiera modificado el resultado.

Ejemplos (según las decisiones del RG., expuestas por EXNER; FRANK, *Festgabe*, I, ps. 583, 587 y ss.): un chico cruza repentinamente la calle por la cual viene un chofer descuidado, de tal manera que lo hubiera forzosamente lesionado, aun andando con cuidado. En una operación, un médico emplea para la anestesia, en lugar de la novocaína, la cocaína inadecuada, de la cual el paciente muere; de la autopsia resulta que el paciente hubiera fallecido lo mismo, a consecuencia de un estado físico objetivamente no reconocible para el médico, aun aplicándole la novocaína adecuada.

En estos casos no falta el nexo causal (inacertado el RG., y NAGLER, LK., p. 55), sino el cumplimiento de la característica necesaria para el *tipo de injusto* de los delitos que exigen la evitabilidad objetiva del resultado, poniendo la diligencia impuesta.

En forma semejante, aunque puede dar lugar a malos entendidos, piensa EXNER (I, 584); para el segundo caso se manifiestan en forma divergente EBERHARD SCHMIDT (*Arzt im Strafrecht*, ps. 201 y ss.) y SPENDEL (p. 73), los que quieren penar por negligencia, imputando al médico

la no observancia de la diligencia necesaria, a pesar de que su observancia hubiera llevado lo mismo a la muerte.

También en las decisiones del RG. (15-151 y 63-211) existió en forma clara el nexo de condición, en contra de las exposiciones del Tribunal Supremo, en las que abundan contradicciones. *Más allá* del problema causal, es de considerar primero si el *tipo de injusto* del homicidio culposo del § 222 no quedó *sin cumplir*, porque la muerte se hubiera producido también observando la diligencia impuesta; y segundo, si la no observancia de la diligencia necesaria se puede reprochar en el caso negativo (véase sobre ello, SPENDEL, p. 73).

En derecho penal nunca es relevante, por sí solo, el nexo de condición.

El hecho de que en derecho penal nunca es relevante solamente el conjunto de las condiciones, rige también en los llamados delitos calificados por el resultado. En ellos es utilizada, para agravar la pena, una consecuencia grave, que se produce al margen de la acción integralmente considerada. Así, en el § 226, una lesión corporal dolosa es penada más gravemente, si tiene como consecuencia la muerte (así también, los §§ 178, 221, 224 y otros). Si se considerara relevante aquí el mero conjunto de las condiciones, como lo hace por principio el Supremo Tribunal, entonces se llegaría a resultados injustos: si B, a quien A lesionó levemente en forma dolosa, muere en el camino al médico en un accidente de automóvil, entonces A, según el § 226, debería ser penado con reclusión o prisión no menor de 3 años. De la jurisprudencia: RG., 5-29, 27-93; restringiendo: RG., 64-143.

La restricción de estos casos sobre el acontecimiento causal relevante, se debe realizar aquí en base a la adecuación típica; el principio para ello lo ha desenvuelto la teoría de la adecuación.

Las Salas Civiles del Supremo Tribunal, en oposición a las Salas de lo Penal, han defendido la teoría de la adecuación, y la razón está en que, en el derecho delictual civil, el autor responde también por daños ulteriores, *no*

previsibles, que resulten de su acción lesiva dolosa o culpable. Los presupuestos civiles del deber de indemnización están contruidos, por consiguiente, análogamente a los tipos calificados por el resultado; por eso requieren una limitación del acontecer causal.

2. *La teoría de la adecuación*

El filósofo VON KRIES observó que, para la agravación de pena en previsiones como las de los §§ 224 a 226, debe haber sido decisiva la peligrosidad típica de la lesión corporal, pues pueden presentarse consecuencias graves también en otros delitos (hurtos, etc.). P. ej., en el hurto: el hurtado muere en un accidente de automóvil cuando va hacia la fiscalía. Aquí la ley no prevé una calificación por el resultado. Solamente consecuencias típicas, más o menos vinculadas con la peligrosidad específica de las lesiones, son las que determinan expresamente los §§ 224 a 226. Lo mismo rige para todos los demás delitos calificados por el resultado: en ellos se trata siempre de acciones que fácilmente pueden tener graves consecuencias (violación, exposición de infante, privación de libertad, incendio). Por eso, no toda consecuencia grave es relevante para los delitos calificados por el resultado, sino sólo aquella "adecuada" a la acción lesiva respectiva.

Adecuada es aquella condición que generalmente es apropiada para producir un determinado resultado.

Por lo tanto, quedan excluidos todos los acontecimientos causales completamente extraordinarios. Extraordinarios son aquellos acontecimientos causales con los cuales no podía contar un observador razonable en el momento de la acción (pronóstico posterior objetivo). Ejemplo: si A lesiona a B dolosamente, y éste muere luego en el hospital, a causa de que por un tratamiento inadecuado adquiere una septicemia, A no responde por una lesión corporal seguida de muerte (§ 226), porque el acontecimiento causal fue completamente extraordinario.

Por tanto, la restricción decisiva para las causaciones de resultados jurídicamente relevantes resulta, en los de-

litos calificados por el resultado, de la adecuación típica: sólo la causación adecuada al resultado grave, es típicamente relevante.

Más allá de esto, cree, sin embargo, la teoría de adecuación que, para la totalidad del derecho penal, son jurídicamente relevantes solamente los acontecimientos causales adecuados (representantes: TRAGER, HIPPEL, MEZGER).

La teoría cae en dificultades cuando el autor, en virtud de su conocimiento causal especial, puede prever acontecimientos causales extraordinarios. Debe declarar entonces adecuados también aquellos acontecimientos causales, y cae, con ello, en una contradicción inconciliable con su punto de partida. La teoría de la adecuación es irrealizable como teoría causal jurídica general. La selección de las condiciones penalmente relevantes de entre las del complejo causal, averiguado por la teoría de las condiciones, se realiza a través de la apreciación típica; y solamente en el marco de esta última, la adecuación es relevante en los casos de los delitos calificados por el resultado, mientras que en los demás, todo acarreo de resultado, que está dentro de la apreciación integral de la acción, y solamente ése, es típicamente relevante.

3. *Las teorías de la individualización*

Las teorías de la individualización tratan de establecer, dentro del nexo causal determinado por la teoría de la equivalencia, la “condición decisiva” para el caso particular. Como la magnitud causal de los componentes determinantes de un efecto es medible sólo raras veces, aunque jurídicamente sea siempre indiferente —pues también el empleo causal mínimo de fuerza, puede ser penalmente decisivo—, las teorías de la individualización son irrealizables como teorías causales, y tienen que tomar cuestiones que pertenecen a otros ámbitos (uso idiomático de la vida, adecuación típica, antijuricidad, culpabilidad). Después de que parecieron abandonadas las teorías

anteriores (BINDING, BIRKMEYER, KOHLER y otros; sobre ello TRAGER, ps. 80 y s.), NAGLER ha formulado últimamente una teoría individualizadora (*Kommentar*, ps. 53 y s.), que recurre a la valoración social como principio de selección para la condición decisiva: "Causal es la acción, que en un momento de la vida del grupo debe ser considerada como decisiva para el resultado, según la valoración social".

También esta teoría padece, como sus precursoras, de falta de precisión y "como ellas, con el enfoque de la valoración social, no sobrepasa una invocación al sentido común" (M. E. MAYER). Al juzgar los casos particulares emplea, además, consideraciones de antijuricidad y culpabilidad. Así enseña NAGLER (p. 55) que un accidente de tránsito lo causa solamente aquel conductor que conduce en contra de las ordenanzas de tránsito. Por consiguiente, el juicio causal depende del examen de la antijuricidad. O, si un chofer conduce imprudentemente, y un niño salta de repente delante de su coche, de modo que hubiera debido ser arrollado aun conduciendo prudentemente, entonces únicamente es causal el niño. Pero toda valoración causal conducirá a la conclusión de que el conductor ha matado al niño en ese accidente (que fue, por lo tanto, causal); solamente podrá decirse que él no fue culpable en este caso. Las teorías de la individualización mezclan el problema causal con puntos de vista que sólo pueden ser empleados al margen del problema causal.

III. EL CONCEPTO DE PELIGRO.

En el derecho penal entran en consideración, no solamente acontecimientos reales, sino también *posibles*. Ya la creación de un *peligro*, es decir, de un estado extraordinario, en el que se puede esperar con probabilidad la producción de consecuencias dañinas, está puesto a veces bajo amenaza penal. Son los llamados delitos de peligro, p. ej., §§ 170 c, 312 y ss.

CAPÍTULO I

LO INJUSTO Y SU AUTOR

§ 10. ANTIJURICIDAD Y ADECUACIÓN TÍPICA DE LO INJUSTO PENAL

Todo hecho penal es una acción contraria a la sociedad, por la que el autor, como personalidad, es responsable. Responsabilidad personal (culpabilidad) por un hecho contrario a la sociedad (lo injusto), son los dos componentes fundamentales del delito.

I. LA ANTIJURICIDAD Y SU RELACIÓN CON LO INJUSTO.

1. *La antijuricidad*

Antijuricidad es el desacuerdo de la acción con las exigencias que impone el derecho para las acciones que se realizan en la vida social. Es el disvalor jurídico, que corresponde a la acción a consecuencia de esa divergencia. Imaginándose personificado el orden jurídico, frecuentemente se denomina la antijuricidad como un “juicio de valor” negativo o “juicio de disvalor” del derecho sobre la acción, en lo que se debe tener siempre presente lo gráfico del término, ya que la antijuricidad no es, naturalmente, un mero *juicio* de disvalor, sino una *característica* de disvalor de la acción.

Por ello, la antijuricidad es un “*juicio*” de valor “*objetivo*”, en cuanto se realiza sobre la acción, en base a una escala general, precisamente del orden social jurídico. El *objeto* que se valora, a saber, la acción, es, en cambio, una unidad de elementos objetivos (del mundo exterior) y subjetivos (psíquicos).

De la confusión de valoración y objeto valorado resultaron muchos malos entendidos acerca del significado de la "naturaleza objetiva" de la antijuricidad. La antijuricidad es, como vimos, un predicado *objetivo* de valor, porque expresa el desequilibrio objetivo entre acción y orden jurídico. En cambio, la acción que constituye el objeto de la valoración de la antijuricidad, contiene elementos tanto "objetivos" (del mundo exterior) como "subjetivos" (psíquicos). Por eso, la afirmación de que la antijuricidad es un juicio de valor objetivo (generalmente válida), no contiene la afirmación de que el objeto de la antijuricidad debe ser un substrato "objetivo" (del mundo exterior), a pesar de que ambas afirmaciones son mezcladas frecuentemente.

2. Antijuricidad e injusto

Los conceptos "antijuricidad" e "injusto" son utilizados por lo común indiferentemente. Esto es en muchos casos inocuo; sin embargo, puede conducir a malos entendidos en cuestiones importantes. Antijuricidad es una característica de la acción y, por cierto, la relación que expresa un desacuerdo entre acción y orden jurídico. En cambio, lo injusto es la acción antijurídica como totalidad; por tanto, el objeto *junto* con su predicado de valor, es decir, la acción misma valorada y declarada antijurídica. Lo injusto es un sustantivo: la acción antijurídica, la antijuricidad, en cambio, solamente una relación, la característica axiológica de referencia en la acción.

Esta diferencia puede llegar a ser dogmáticamente de gran significación. La *antijuricidad*, como pura relación entre un objeto (acción) y el derecho, es una sola en la totalidad del orden jurídico. Lo *injusto*, como *objeto* valorado antijurídico, es, en cambio, múltiple, tanto como acciones antijurídicas hay en el derecho. Por esa razón, hay ciertamente *injusto* específicamente penal (distinto de lo injusto del derecho civil, p. ej.); pero ninguna *antijuricidad* específicamente penal. Lo injusto penal está

especialmente diferenciado por la característica de la “adecuación típica”. Así, p. ej., en el derecho penal, solamente el delito doloso de daño es injusto típicamente adecuado, mientras que el daño no doloso (culposo) no llena ningún *tipo* de injusto, sino que constituye solamente injusto del derecho *civil* (§ 823, C. C.). Lo mismo, la turbación arbitraria de la posesión es injusto del derecho civil (§ 858, C. C.); en cambio, sólo en raros casos injusto penal. Sin embargo, los daños culposos y la turbación arbitraria, son “antijurídicos”, no solamente en el derecho civil, sino en la totalidad del orden jurídico, ya que la antijuricidad expresa el puro desacuerdo entre orden jurídico y acción. Ello explica, por una parte, que la defensa es admisible también en el derecho penal contra el uso prohibido de la fuerza o el daño culposo; y, por otra, que los fundamentos de justificación, indistintamente de donde sean reglamentados por el derecho, rigen para la totalidad del orden jurídico. Así es comprensible que haya injusto específicamente penal, pero no antijuricidad específicamente penal.

II. LA ADECUACIÓN TÍPICA DE LO INJUSTO.

BELING, *Lehre vom Verbrechen*, 1906; BRUNS, *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, 1932; CLASS, *Grenzen des Tatbestands*, 1933.

1. *La naturaleza del tipo penal*

Todo delito es un acontecimiento individual-temporal. Pero el tipo legal abarca todos los delitos individuales de la misma clase. Por tanto, debe prescindir conceptualmente de las características puramente individuales de los delitos reales; debe ser “abstracto”. Todo tipo jurídico es una generalización de casos individuales posibles. Estas generalizaciones pueden tener distintos grados. Así, se podría resumir todo el derecho penal en el más amplio tipo: quien se comporta de modo groseramente contrario a la sociedad, será penado (en este sentido, más o menos, está orientado el § 6 del C. P. soviético de 1926).

Para la generalización hay dos reglas de lógica: cuanto mayor es la generalización, tanto más comprensivo y sin lagunas es el tipo, pero también tanto más difuso y falto de contenido, y, sobre todo, tanto menos apropiado para una aplicación homogénea del derecho. Inversamente: cuanto menor es la generalización, tanto más real y plástico es el tipo, pero también tanto más limitado y con lagunas.

En la relación del derecho con estas reglas lógicas, se abre una profunda diferencia entre el derecho penal por un lado y las demás ramas del derecho por el otro. Mientras que en las demás ramas del derecho, la generalización de los preceptos jurídicos puede ser aplicada en forma relativamente amplia, el derecho penal debe conformarse con una generalización relativamente limitada. Debe describir lo injusto decisivo del hecho a través de acciones típicas, vale decir, generales, pero, sin embargo, reales-plásticas; lo injusto del derecho penal debe ser "típico", en el sentido destacado. *El análisis de la estructura de valor* de lo injusto penal, ha demostrado que el disvalor primario y general de todos los hechos punibles, es disvalor de acción; éste no es solamente origen, sino también fundamento esencial de la medida de la pena. En cambio, en el derecho civil, la acción delictuosa es solamente presupuesto del derecho de indemnización del daño, no su fundamento de medición; éste se mide a menudo, solamente según la extensión del daño causado. Por eso, en el derecho civil, la clase específica de lo injusto de acción es relativamente indiferente, y no precisa ser descrita en forma concreta-típica; de modo que una norma general como la del § 826, C. C., puede ser presupuesto de un derecho de indemnización de daños (comp. *Probleme*, ps. 101 y ss., 114). Además, la eficaz estructuración del derecho penal, requiere la adecuación típica de lo injusto. El veredicto ético-social del fallo del juez penal, y su intervención profunda en la vida, libertad y honor de los hombres, exigen garantías jurídicas, fundamentalmente más firmes que otras ramas del derecho

(inversamente, aquellas intervenciones deben quedar reservadas sólo al derecho penal). Si el principio *nulla poena sine lege* no ha de quedar en una mera fórmula, sino que debe dársele un sentido práctico, entonces el derecho penal no debe dejar el núcleo de lo injusto del hecho a instancias extralegales —sea al sano sentimiento del pueblo, a las buenas costumbres o al bien moral—, sino que él mismo debe describirlo concretamente, vale decir, debe ser derecho penal “sustancial”. El derecho civil puede vincular el derecho de indemnización de daño al mero daño “contrario a las costumbres” (§ 826, C. C.), pero una prescripción análoga de carácter penal general sería incompatible con el principio de la determinación de la punibilidad. El derecho tutelar puede restringir el poder de los padres en el caso de peligro del bienestar “espiritual y moral” de los hijos menores (§ 1666, C. C.), prever vigilancia protectora y educación previsoras (§§ 56 y 62, JWG.), pero una prescripción penal contra el peligro del bien moral, carece de la precisión legal necesaria para determinar las conductas punibles (véase *infra*, § 53, III).

La estructura particular de los tipos, es tarea del legislador. Él no precisa dar siempre descripciones detalladas, y puede valerse de conceptos plásticos de la conciencia popular, en caso de que describan claramente lo injusto decisivo del hecho; así, p. ej., el “adulterio”, en el § 172, que es, según la conciencia popular, solamente el coito extramarital de uno de los cónyuges (RG., 70-173).

La idea de la tipicidad rige en el sentido destacado, naturalmente, sólo para la fundamentación de la pena, y no para la exclusión de pena.

2. *Tipicidad en sentido dogmático: el núcleo de lo injusto.*

Las condiciones objetivas de punibilidad

El concepto del tipo es múltiple. En su sentido más amplio significa el tipo total, es decir, la totalidad de los presupuestos de la punibilidad.

Con ello se elimina de él, desde un principio, todos los presupuestos de persecución —como acusación: §§ 61 y ss.; existencia de un divorcio: § 172, y otros— que reglamentan solamente la perseguibilidad procesal de la acción punible; si faltan, tiene lugar la finalización del procedimiento (§ 260, StPO.), no absolucón, como cuando falta una característica de la punibilidad.

Las características de punibilidad del tipo total pueden separarse en grupos, a saber:

a) *el núcleo de lo injusto* de todo delito, o el tipo, en el sentido más estricto, es decir, la totalidad de las características conceptuales de lo injusto que caracteriza determinado delito, y que diferencia, por tanto, ese delito (el hurto, p. ej.), de todos los demás.

Contiene el tipo un aspecto objetivo y otro subjetivo. Tipo objetivo de injusto es la acción de hecho con el resultado eventual y las eventuales condiciones y características objetivas de autor; tipo subjetivo de injusto es el dolo con elementos subjetivos particulares de autoría. Abarca la mayor parte del tipo total.

b) *La culpabilidad* (capacidad de imputación y conciencia de lo injusto) es una característica general de todos los delitos, y por eso no aparece mencionada expresamente en los tipos particulares.

c) *Las condiciones de punibilidad* (únicamente en pocos delitos). Las más de las veces ya el tipo de lo injusto y la culpabilidad fundamentan la punibilidad del delito. Sin embargo, en algunos casos, depende la punibilidad de otras condiciones exteriores a la acción culpable-antijurídica.

En el § 102, actualmente derogado, acciones de traición contra Estados extranjeros, son penados, solamente cuando en aquellos Estados está garantizada la reciprocidad. La garantía de la reciprocidad no es un elemento del hecho culpable antijurídico, sino una condición exterior para su punibilidad. Lo mismo rige, p. ej., para la apertura de quiebra y suspensión de pagos en los §§ 239 y ss. (RG., 45-88). La punibilidad de acciones de quie-

bra, *antes* de la apertura de la quiebra o suspensión de pagos, está subordinada a esa condición, que produce el efecto de detener la acción; por eso, no es posible tampoco ninguna punición por tentativa antes de cumplirse la condición de punibilidad.

Como la condición objetiva de punibilidad no es ningún elemento del tipo de injusto, no precisa ser abarcada por el dolo, § 59 (compárese *infra*, p. 77). Los fundamentos personales de exclusión de pena, son condiciones objetivas, redactadas en forma negativa. Excluyen la punibilidad generalmente fijada para el delito, para determinadas personas; así, p. ej., antes para el monarca, hoy para las extraterritoriales (véase *supra*, p. 32); según la teoría actual también para cónyuges o parientes, § 247, inc. 2; § 257, inc. 2.

III. TIPO Y ADECUACIÓN SOCIAL.

1. *La interpretación del sentido de los tipos; la adecuación social*

Tipo es lo injusto penal descrito de acuerdo con características típicas. Lo injusto abarca las acciones que están al margen de los órdenes morales de la vida social activa (p. ej., el engaño en los órdenes del intercambio comercial leal). Por eso, se debe comprender también el carácter de lo injusto, siempre y solamente a través de una referencia a los órdenes morales de la vida social activa. Acciones que se mueven dentro del marco de los órdenes sociales, nunca están comprendidas dentro de los tipos de delito, ni aun cuando se las pudiera subsumir en un tipo interpretado a la letra; son las llamadas acciones socialmente adecuadas. *Socialmente adecuadas son todas las actividades que se mueven dentro del marco de los órdenes ético-sociales de la vida social, establecidos a través de la historia.*

Así, la explotación de un ferrocarril es, eventualmente, una actividad socialmente adecuada, a pesar de tener

que contar necesariamente con lesiones, no obstante la observación de todas las medidas de seguridad. Todavía en 1861, el Tribunal Superior de Apelación de Munich ("Seuff. Arch.", t. 14, p. 354) declaró la explotación de un ferrocarril como una actividad en sí antijurídica!! Una acción socialmente adecuada es también el consejo de hacer un viaje en ferrocarril. Por eso, el sobrino que persuade al tío, del cual espera heredar, de que haga viajes en tren, a fin de que alguna vez pierda la vida en un accidente ferroviario, no comete ya objetivamente ninguna acción antijurídica de adecuación típica, si el tío sufre, efectivamente, un accidente.

Ese ejemplo ha sido tantas veces tratado, sin que fuera reconocido el punto de vista decisivo de la falta completa de tipo de la acción, por su adecuación social. Así, p. ej., FRANK, § 59, IX, 2, quiere negar solamente el dolo. Naturalmente, el aprovechamiento de un atentado ferroviario planeado, sería socialmente inadecuado. Dentro del juicio de adecuación caen también las circunstancias conocidas por el autor que aumentan los peligros normales.

En todos estos casos, el error está en atribuir la problemática a la causalidad adecuada. Ejemplo: una mujer induce a su marido, del cual quiere deshacerse, a que acepte un trabajo en una empresa peligrosa (cantera, etc.), con la intención de que su marido pueda perder la vida con el aumento del peligro. Si el hombre es realmente matado por una piedra, no existe, sin embargo, delito de homicidio, porque la explotación reglamentaria de una cantera es socialmente adecuada. En cambio, la causalidad adecuada no se podría discutir.

2. *Casos de adecuación social*

Son socialmente adecuadas:

Las restricciones a la libertad y otras, como consecuencias normales del tránsito moderno (tránsito de ferrocarril, auto, avión).

Ejemplo: el caso del tío del cual se espera una herencia, citado más arriba: ninguna privación típicamente adecuada está dada por el hecho de que el tren pare solamente en determinadas estaciones.

Las lesiones y homicidios por consecuencia de la explotación reglamentaria de empresas de las llamadas riesgosas, como ferrocarriles, minas, canteras, fábricas y semejantes.

Quien hace trabajar en una mina a alguien que luego pierde la vida a consecuencia de un desprendimiento, no ha cometido ninguna acción típicamente adecuada de homicidio.

Las lesiones en la práctica de los deportes, las que, a pesar de ser observadas las reglas del juego y tomadas las medidas de precaución, son gajes normales del deporte.

Quien decide a un alpinista a un ascenso, no mata, si el alpinista sufre un accidente por la concreción del peligro normal de ese deporte.

Las intervenciones quirúrgicas y la producción de la muerte a consecuencia de medidas curativas realizadas de acuerdo con las reglas del arte.

Esas lesiones corporales no son tampoco típicamente adecuadas u homicidios, cuando son realizadas contra la voluntad del afectado, sino solamente delitos contra la libertad; p. ej., coacción, del § 240, pues quedan socialmente adecuadas desde el punto de vista de la medida curativa, pero no desde el de la coacción (Compárese, también, EBERH. SCHMIDT, *Der Arzt im Strafrecht*, ps. 72 y ss.; ENGISCH, "Mon Krim Bi", 30 (1939), ps. 417 y ss.).

Particularmente importante es la adecuación social para el establecimiento de la adecuación típica de los delitos culposos. Sobre ello volveremos más adelante (ps. 141 y s.).

3. Conclusiones

De ello resulta, en general, que todos los tipos y los conceptos en ellos empleados, como matar, lesionar, da-

ñar, etc., no deben ser entendidos en un sentido causal-exterior. Su contenido de sentido resulta mucho más de su función en la totalidad social, a cuyos órdenes se refieren y cuya lesión prevén.

Solamente las acciones que sobrepasan la adecuación social son acciones típicamente adecuadas de homicidio, lesiones, daño, perjuicio, coacción, etc. La función metódica de la adecuación social estriba en recortar de las palabras formales de los tipos, aquellos sucesos de la vida que materialmente no pertenecen a ellos, y en que con ello se logra que el tipo sea realmente una tipificación de lo injusto penal.

SECCIÓN PRIMERA

EL TIPO DE INJUSTO DE LOS DELITOS DOLOSOS

§ 11. EL CONCEPTO DE LO INJUSTO EN LOS DELITOS DOLOSOS

Como lo injusto específico es un injusto típicamente adecuado, correspondiendo a la diferencia entre ambos grupos de tipos (concreción finalista de lo injusto en los delitos dolosos, y lesión imprudente o negligente de bienes jurídicos en los culposos [véase p. 42]), también los presupuestos para lo injusto de los tipos dolosos deben ser otros que para los tipos culposos.

I. EL DESARROLLO DOGMÁTICO DEL CONCEPTO DE INJUSTO DE LOS TIPOS DOLOSOS.

1. La dogmática penal trató de comprender primeramente el concepto de injusto a través de la biparticipación: "objetivo" - "subjetivo". A lo injusto habían de pertenecer exclusivamente las características objetivas del mundo exterior, mientras que los elementos psíquicos subjetivos debían de constituir la "culpa". El fundamento mental para ello lo ofreció, por una parte, la teoría causal de la acción, que separó nítidamente la acción, como un suceso causal puramente exterior, del contenido subjetivo de voluntad; así fue atribuido todo lo "exterior" a la antijuricidad, todo lo "interior" a la culpa. En segundo término, esta separación fue dogmáticamente ayudada por la falta de claridad sobre el sentido de la "objetividad" de la antijuricidad. Como la antijuricidad es reconocidamente un juicio "objetivo" (general) de disvalor,

ese concepto condujo fácilmente al malentendido, de que lo injusto (la acción antijurídica) se debía considerar con criterio puramente "objetivo", pero en el sentido completamente distinto de un objeto *del mundo exterior*.

Pero, si la antijuricidad afecta al acontecer causal exterior, la teoría reinante tenía que considerar lo injusto materialmente, como lesión o peligro de un bien jurídico; la culpa apareció frente a ello como la relación psíquica subjetiva del autor con el resultado.

2. En esta separación aparentemente tan clara de externo e interno, objetivo y subjetivo, y en la atribución de lo "exterior" a lo injusto y de lo "interior" a la culpa, se produjo un profundo resquebrajamiento al ser descubiertos los elementos subjetivos de lo injusto. Se reconoció que en muchos tipos es imposible comprender lo injusto en forma puramente objetiva y que debe ser completada su apreciación por determinados elementos psíquicos-subjetivos. La simple sustracción de una cosa ajena no agota lo injusto específico del hurto (§ 242), en oposición a la propia iniciativa, prohibida en el derecho civil, sino que es la sustracción que se realiza con voluntad de apropiación la que convierte a aquélla en acción de hurto. Con más claridad aún, la "apropiación" como acción de hecho en la apropiación indebida (§ 246), demuestra que la acción típicamente adecuada no puede ser comprendida de ninguna manera sin la tendencia subjetiva de voluntad que determina el acontecer exterior.

Con este descubrimiento se había producido una profunda grieta en el sistema anterior puramente "objetivo" de lo injusto. Pero la teoría reinante no aprovechó la ocasión para revisar fundamentalmente la teoría tradicional de la acción y de lo injusto, sino que siguió partiendo de la base de que lo injusto se refería, "por regla general, a un comportamiento exterior (objetivo, corporal)" (MEZGER, I, p. 77), y que los elementos subjetivos de lo injusto eran, por tanto, meras "excepciones a la regla".

3. En el examen de los tipos penales con elementos subjetivos de lo injusto, se reconoció, además, que en la tentativa (§ 43) el dolo es un elemento subjetivo de lo injusto. Efectivamente, en la tentativa no se puede comprobar en absoluto, en forma puramente "objetiva", es decir, sin considerar la decisión subjetiva del autor, qué tipo ha de concretarse. Si alguien apunta a otro y marra el disparo, este suceso causal exterior puede ser una tentativa de lesión corporal, o un tirar en lugares no permitidos (§ 368, cifra 7), según el dolo que tenía el autor. El dolo es aquí una característica del tipo de injusto, sin el cual la adecuación típica del acontecer exterior no puede ser averiguada. Así, ya de acuerdo con la teoría reinante, el dolo es en la tentativa un elemento subjetivo de lo injusto. La lógica consecuencia de esta comprensión debe, por encima de la teoría reinante, conducir al reconocimiento de que, si el dolo en el delito *tentado* pertenece al tipo de lo injusto y no a la culpa, él debe conservar la misma función también cuando el delito tentado pasa a la etapa de la consumación. ¿Cómo se podría discriminar, según si el sujeto marra el disparo o da en el blanco, si el dolo es un elemento de lo injusto o solamente un elemento de la culpa? Únicamente reconociendo el dolo como elemento de lo injusto se pueden también incluir lógicamente, y sin esfuerzo, los elementos subjetivos de lo injusto en el tipo. No se puede tener una voluntad de apoderamiento en una lesión de posesión ciegamente causal, sino solamente en una acción finalista de sustracción. Una voluntad de apoderamiento sería netamente incompatible con una lesión de bienes jurídicos puramente causal. Así, la teoría reinante está también obligada, por una necesidad lógica, a reconocer el dolo como elemento subjetivo de todos los tipos dolosos de injusto.

Pero con ello está abandonado el sistema de la determinación puramente "objetiva" de lo injusto: en todos los delitos dolosos, el dolo es un elemento esencial de lo injusto. De ello resulta que no el concepto causal de la

acción, sino solamente el concepto finalista, puede indicar el fundamento adecuado al ser de la teoría de lo injusto. El dolo, que la teoría de la acción finalista ha señalado como el factor que crea lo objetivo de la acción, es un elemento esencial del concepto de lo injusto.

II. EL CONCEPTO PERSONAL DE LO INJUSTO; DISVALOR DEL RESULTADO Y DISVALOR DE LA ACCIÓN.

1. La causación del resultado, separada en su contenido de la persona del autor (la lesión de bienes jurídicos), no agota lo injusto; la acción es antijurídica solamente como obra de un determinado autor, que, por su contenido de voluntad, imprime su sello al hecho. Qué meta ha fijado finalistamente el autor al hecho objetivo; desde qué punto de vista ha obrado; qué deberes le incumbieron; todo ello determina decisivamente lo injusto del hecho, juntamente con la eventual lesión de bienes jurídicos. *Antijuricidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un determinado autor; injusto es la acción injusta "personal", referida a su autor.*

2. La teoría rechazada de la antijuricidad como lesión causal de un bien jurídico, tiene, de todos modos, el mérito de haber destacado la significación del aspecto del resultado (bien jurídico). Para la mayoría de los delitos, ciertamente, es esencial la lesión o amenaza de un bien jurídico, pero solamente como elemento que forma parte de la acción antijurídica personal, nunca en el sentido de que la lesión de un bien jurídico, por sí sola, caracteriza suficientemente lo injusto del hecho. La lesión del bien jurídico (el disvalor del resultado) tiene en el derecho penal importancia solamente dentro de una acción antijurídica-personal (dentro del disvalor de acción). El disvalor personal de acción es el disvalor genérico de todos los delitos penales. El disvalor del resultado (el bien jurí-

dico lesionado o amenazado) es un elemento constitutivo de numerosos delitos (delitos de resultado o de peligro). El disvalor del resultado puede faltar en el caso concreto, sin que se elimine el disvalor de la acción; p. ej., en la tentativa inidónea.

§ 12. EL TIPO OBJETIVO

I. EL SENTIDO DE LA "OBJETIVIDAD" EN EL DENOMINADO TIPO DE INJUSTO OBJETIVO.

El tipo objetivo es el núcleo real-objetivo de todo delito. Delito no es solamente mala voluntad, sino la mala voluntad que se concreta en un hecho (más detallado en § 23). Fundamento real de todo delito es la objetivación de la voluntad en un hecho externo. El hecho externo es, por lo tanto, la base de la construcción dogmática del delito (como, además, el punto de partida de la investigación criminal del delito). La objetivación de voluntad encuentra típicamente su expresión en las "circunstancias de hecho" objetivas (términos de acuerdo con el § 59), cuya totalidad constituye el tipo objetivo. Ahora bien: ese tipo, así llamado objetivo, no es de ninguna manera nada "exterior" puramente objetivo, que aparezca completamente libre de elementos psíquico-subjetivos. Ya las acciones de hecho "objetivas" de "apoderarse" (§ 246), de "engañar" (§ 263), como también de "coaccionar" (§ 253), de "sustraer" (§ 242), y, en general, todas las acciones de hecho de los tipos delictuosos dolosos, no se dejan comprender sin la tendencia de voluntad que las impulsa y las anima. En la "acción lasciva" aparece especialmente claro (RG., 67-112). El tipo objetivo no es objetivo en el sentido de ajeno a lo subjetivo, sino en el sentido de lo objetivado. Abarca lo que debe existir en forma objetiva del tipo en el mundo exterior.

II. LAS CARACTERÍSTICAS DEL TIPO OBJETIVO.

1. *La acción de hecho*

El núcleo objetivo de todos los delitos es la acción de hecho, ligada, por regla general, con una lesión de amenaza jurídica como resultado de esa acción. Según ello se distinguen los delitos de lesión (p. ej., § 211), de los delitos de peligro; y en estos últimos, a su vez, los delitos de peligro concreto (p. ej., §§ 221 y 313) de los de peligro abstracto (p. ej., § 366, cifra 2, o § 306), según que el hecho deba haber creado realmente un peligro, o que sea suficiente que la acción lleve consigo peligro. A la acción de hecho se agregan, en ciertos casos, los medios especiales del hecho (p. ej., "llave falsa", en § 243, cifra 3) y las modalidades especiales de la acción (tiempo y lugar del hecho, p. ej., en § 243, cifra 7), como otras circunstancias objetivas del hecho pertenecientes al tipo particular. La caracterización en particular pertenece a la parte especial del derecho penal. En algunos casos, la mera acción de hecho, como tal, es punible, cuando el acto en sí mismo es ético-socialmente impuro o reprobable; p. ej., el incesto (§ 173), los actos sexuales *contra naturam* (§ 175), es decir, los delitos de pura actividad.

2. *El autor*

En la mayoría de los tipos, el autor no es objetivamente caracterizado. Autor es todo aquel que ejecuta la acción, el "quien", sin nombre, usado por la ley en la mayoría de los tipos.

Sin embargo, en muchos delitos, lo injusto específico del hecho está ligado a un autor más concretamente caracterizado. Los delitos administrativos (*Amtsverbrechen*) sólo pueden ser cometidos por funcionarios y empleados públicos. No sólo la acción, sino también la posición, que impone al autor especiales deberes, determina aquí lo injusto; así la posición como funcionario en los

delitos administrativos (§§ 331 y ss.), como soldado, en los delitos militares, etc. (Elementos objetivos de autoría del tipo de injusto). Se habla aquí de delitos especiales y se distingue en ellos los auténticos de los no auténticos, según que la posición que impone especiales deberes al autor, sólo aumente la punibilidad generalmente fijada, p. ej., en el peculado del § 350, frente a la defraudación común del § 246, o sea su fundamento, como ocurre en el prevaricato del § 336.

Sobre estas diferencias objetivas de autoría, se basa también la punición más severa del ascendiente frente al descendiente en el incesto, § 173, o la diferencia del “co-delincuente” y el adúltero, en el § 172.

§ 13. EL TIPO SUBJETIVO

I. EL DOLO COMO ELEMENTO DE LA ACCIÓN FINALISTA.

1. *La esencia del dolo*

Toda acción conciente es llevada por la decisión de acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere —el elemento intelectual—, y la decisión de querer realizarlo —el elemento volitivo—. Ambos elementos juntos, como factores creadores de una acción real, constituyen el dolo. La acción objetiva es la ejecución finalista del dolo. Esta ejecución puede quedar detenida en su estadio inicial: en la tentativa; aquí el dolo va más allá de lo alcanzado. Cuando la decisión del hecho es ejecutada finalistamente hasta su terminación, estamos ante el hecho consumado. Aquí, todo el hecho, no es sólo dolosamente querido, sino también dolosamente realizado. El dolo es en toda su extensión, un elemento finalista de la acción.

El dolo, como mera decisión de un hecho, es penalmente irrelevante, ya que el derecho penal no puede afectar el mero ánimo de obrar. Solamente cuando con-

duce al hecho real y lo domina, es penalmente relevante. El dolo penal tiene siempre dos dimensiones: no es solamente la voluntad *tendiente* a la concreción del hecho, sino también la voluntad *apta* para la concreción del hecho (ver p. 190). Esta función finalista-objetiva del todo para el hecho, es siempre presumida en el derecho penal, cuando se define el dolo como conciencia del hecho y decisión del hecho. Con esta función, el dolo pertenece a la acción, porque distingue la estructura finalista de las acciones típicas dolosas, de la estructura solamente causal de producción de las acciones típicas culposas.

✓ Dolo es conocimiento y querer de la concreción del tipo.

2. Clases de dolo

El dolo como voluntad de hecho significa, por tanto, voluntad de concreción. “Querer” no quiere decir, en derecho penal, querer “tener” o “alcanzar” (en el sentido de lo aspirado), sino *querer* “concretar”.

Quien incendia su casa para obtener la suma del seguro, solamente quiere “tener” el dinero. La destrucción de la casa, como medio necesario, quizá la lamenta mucho; lo mismo que la destrucción del mobiliario o, eventualmente, la muerte de una habitante paralítica, de la cual sabe que ha de perder la vida en el incendio. Y, sin embargo, ha querido concretar la destrucción de la casa, la destrucción del mobiliario y la muerte de la mujer.

En el complejo total que debe realizar el autor para alcanzar su meta, las más de las veces es aspirada solamente una parte, precisamente la meta. Lo demás debe realizarlo como circunstancia acompañante necesaria: también esto está sujeto a la voluntad de concreción. Por ello el dolo del hecho comprende a todo lo que se extiende de la voluntad de concreción, es decir, no solamente la meta aspirada, sino también los medios necesarios y las consecuencias secundarias.

Tradicionalmente se distingue:

a) El *dolo directo* (*dolus directus*). Comprende todo lo que, el autor previó como consecuencia *necesaria* de su hacer, indiferentemente de si fue deseado o no deseado por él.

b) El llamado *dolo condicionado* (*dolus eventualis*). El nombre conduce a errores: no se trata de una voluntad de hecho eventual (condicionada) sino de una voluntad no condicionada para el hecho, que se extiende a cosas que posiblemente (eventualmente) se producirán. El querer condicionado, es decir, indeciso en absoluto, no es todavía ningún dolo. RG., 63-341; 71-53.

Si el autor sabe, en el ejemplo antes mencionado del incendio, que la mujer perderá la vida con seguridad, entonces actúa con dolo directo (con voluntad de concreción de consecuencias secundarias que se producen con seguridad). Si sólo lo cree posible, pero quiere realizar el incendio también en ese caso, obra con *dolus eventualis* (la voluntad de concreción de consecuencias posibles), es decir, quiere el hecho incondicionalmente, aun cuando tengan que presentarse ciertas consecuencias secundarias punibles.

Con ello se distingue el *dolus eventualis* de la culpa conciente. En el *dolus eventualis*, el autor quiere el hecho *incondicionalmente*, también para el caso de que se presenten como posibles consecuencias penales secundarias. En la culpa conciente actúa en la esperanza de que evitará la consecuencia criminal representada como posible, o sea, como si la circunstancia representada como posible no existiera. RG., 21-420. Aquí falta la voluntad incondicional de concreción del hecho, que abarca también las posibles consecuencias típicas secundarias. RG., 73-168.

Para la cuestión de la prueba, extraordinariamente difícil en estos casos, presta buenos servicios la llamada segunda fórmula de FRANK: se debe suponer la voluntad incondicional del hecho, si para la formación de voluntad del autor fue *indiferente* que se representara la consecuencia antijurídica como segura o solamente como posible; con otras palabras, el autor se dijo: "sea

así o de otro modo, llegue a ser así o de otro modo, lo mismo actuó" (FRANK, § 59, v). Ejemplo: un peón ha causado un incendio, porque entró en un galpón de heno con un cigarro encendido, por lo que fue conciente de lo peligroso de su acción. Si él había confiado en que no se originara ningún incendio, entonces actuó (concientemente) culposamente. En cambio, si estaba conforme con la consecuencia posible (p. ej., porque se había peleado con el patrón), entonces habría acarreado el incendio con *dolus eventualis*. Hay que tener presente siempre, que puede existir *dolus eventualis* solamente cuando el autor fue realmente conciente de las consecuencias posibles. Si no ha pensado en absoluto en ellas, habiéndolas podido conocer, actúa solamente (inconcientemente) culposamente, pero nunca con *dolus eventualis* (véase RG., 73-168; BGH., NJW., 53-153).

La opinión aquí defendida —*teoría del asentimiento*— es la seguida por la jurisprudencia (RG., 33-6; 59-3) y la literatura, sobre la base de la voluntad de concreción. En oposición a ella, la llamada *teoría de las probabilidades* distingue el *dolus eventualis* de la culpa conciente a través del mayor número de probabilidades de producción del resultado, representado por el autor. Por eso debe suponer, en el ejemplo anterior, en todos los casos, dolo, a consecuencia del alto grado de probabilidad conciente del autor. En contra de esa opinión debe señalarse que descuida el elemento volitivo del dolo, en favor del intelectual. Ciertamente, la magnitud de la probabilidad de la producción del resultado, que el autor calculó, *puede* ser uno de los indicios de que había tomado de "yapa" el resultado posible.

Según ello se resuelve el caso de LACMANN, de la señorita del puesto de tiro al blanco: por una apuesta, A quiere sacar de un tiro una esfera de vidrio de la mano de la señorita y pega en la mano. Si el autor creía evitar el resultado por su puntería, entonces actuó culposamente; en cambio, si lo dejó librado a su suerte, es decir, a la casualidad, actuó dolosamente, pues él quiso el hecho (el tiro)

incondicionalmente, también si el resultado había de llegar a ser otro que el deseado por él.

Donde la ley pena un actuar “doloso”, a secas, el dolo comprende también el *dolus eventualis*. A diferencia de ello, la exigencia de un actuar “contra su mejor saber” (*wider besseres Wissen*), exige un conocimiento positivo del autor; por tanto, dolo, con exclusión del *dolus eventualis* (así, §§ 145 d, 164, 187, 278). En cambio, la ley emplea el término “a sabiendas” en diversos sentidos. En leyes más antiguas (más o menos hasta 1925) significa, las más de las veces, “doloso”, con inclusión del *dolus eventualis*; p. ej., en los §§ 48, 49, 156, 257, 354, 357; pero distinto es en los §§ 352 y 353; en las leyes recientes, en cambio, significa solamente el dolo directo; p. ej., en los §§ 330 B, y 346. RG., 66-302.

c) *Ningún dolus subsequens*. Como el dolo es el elemento final de la acción, debe existir en el momento de la comisión del hecho; no existe un dolo posterior (*dolus subsequens*).

3. El ámbito del dolo (§ 59)

a) *El principio*. La acción es una creación conciente de la realidad. El dolo de un delito exige, por eso, el conocimiento de todas aquellas características que pertenecen al tipo objetivo de injusto (§ 59).

No es necesario el conocimiento de las condiciones objetivas de punibilidad, ya que no pertenecen al tipo de injusto (véase *supra*, p. 63).

b) *Excepciones*. En raros casos de excepción, no obstante lo dispuesto en el § 59, no es necesario que el dolo abarque determinadas características del tipo de injusto; tales son, p. ej.: el resultado más grave en los delitos calificados por el resultado; la no verdad del hecho injurioso en el § 186; la comisión del hecho en estado de embriaguez en el § 330, a; y otros. Según el RG. (55-161), también la legalidad en el desempeño de una función en el § 113.

Solamente existe injuria si el autor afirma un hecho no verdadero. Una comunicación de hechos verdaderos no es ningún injusto. Por eso, la no verdad es una característica del tipo de injusto de los §§ 185 y 186 y no una condición de punibilidad ajena al injusto, como lo sostienen la doctrina actual y el RG. Como aquí, FRANK, § 186, III. El autor no es beneficiado por la creencia equivocada de la verdad del hecho, en divergencia con el § 59, por la razón de una protección más fuerte del honor.

c) *El análisis particular.* El dolo exige, por lo tanto:

- a) el conocimiento de las circunstancias de hecho ya existentes;
- β) la previsión del resultado;
- y) la previsión del curso de la acción (el nexo causal).

d) *La previsión del curso de la acción en particular.* El acontecer exterior es solamente el hecho de una voluntad finalista, cuando es ideado por la voluntad conciente del fin, tal como transcurre; es decir, cuando el hecho está sometido al dominio de la voluntad. Por ello, el resultado típico ya no es acarreado dolosamente, cuando es consecuencia causal de la concurrencia de circunstancias imprevistas, sino, solamente, cuando el resultado estaba propuesto finalistamente por la voluntad, en su producción concreta.

Ejemplo: A tira con dolo de homicidio contra B y sólo lo hiere. B pierde luego la vida a consecuencia de un incendio del hospital. El resultado está, por cierto, causalmente relacionado con la acción de homicidio de A, pero en su acarreo concreto no está finalistamente propuesto por él; por eso es solamente tentativa de homicidio (véase RG., 70-258).

Ciertamente, una dirección del curso causal, que va hasta los detalles, no es nunca posible para el hombre. Es decisivo que el curso del acontecer haya sido previsto y querido, por lo menos en sus rasgos esenciales, por el autor, y haya estado con ello sometido a su dirección,

“Esencial” significa que la diferencia no es excepcional, que no está fuera de la experiencia diaria (véase RG., 70-258; DR., 1943, 576).

Así, existe, p. ej., homicidio doloso consumado cuando los golpes de hacha no fueron mortales, pero la muerte se produce por infección de las heridas causadas; esta desviación del curso del acontecer causal está dentro del marco de la experiencia diaria (RG., 70-258); distinto es el caso en que la infección resulta de un tratamiento inadecuado seguido en el hospital. Tampoco existe una desviación esencial, cuando A arroja a B del puente, para ahogarlo, pero B muere por fractura de la base del cráneo, a consecuencia de haberse golpeado al caer en un pilar del puente (véase, también, RG., DR., 1943, 576).

Según estos principios se deben decidir los llamados casos de error no esencial:

α) *Fallar en la agresión (aberratio ictus)*. El hecho dirigido contra un determinado objeto de acción no afecta a éste, sino a otro equivalente.

A quiere matar de un tiro a B, pero el disparo va a dar a C, que está a su lado.

Si existió la posibilidad de una desviación del curso del acontecer dentro del marco de la experiencia diaria (causalidad adecuada), y si el resultado acarreado es típicamente equivalente al querido, entonces existe un delito doloso consumado.

Por lo tanto, asesinato consumado de C. Así FRANK, § 59, III, 2 c; LISZT-SCHMIDT, p. 268. El RG. (58-27) y la doctrina preponderante (MEZGER, *Lb.*, p. 314) aceptan, en cambio, solamente tentativa de un delito doloso en unidad de hecho con un delito culposo consumado.

Si el resultado acarreado no es típicamente equivalente al querido, entonces existe, por cierto, solamente una tentativa de delito doloso y delito culposo en unidad de hecho.

A quiere matar de un tiro a un gato ajeno y pega a B: tentativa de daño de cosas en unidad de hecho con lesión corporal culposa.

β) *La confusión en el objeto (error in persona vel*

objecto). No es un caso de error no esencial, sino un caso de confusión. El autor dirige su hecho contra un objeto de agresión, que también acierta, pero que había confundido con otro.

Ejemplo: A quiere matar de un tiro a X. Confunde en el crepúsculo a X con Y, que en este momento viene con él, y lo mata.

Si los objetos son típicamente iguales, entonces el error es irrelevante. El derecho prohíbe genéricamente la muerte de un hombre, y A ha cometido ésta dolosamente también con el homicidio de Y.

El error de autor es también irrelevante para el instigador, ya que el autor cometió el hecho de acuerdo con el dolo que el instigador le había inspirado: caso Rose-Rosahl (Preuss. Obertribunal, "GA.", 7, p. 332; RG., 70-295, doctrina actual).

Si los objetos no son típicamente equivalentes, entonces el error es relevante.

Un habitante de aldea desconoce en la tienda un maniquí, y cree que un señor desconocido le mira fijamente; abofetea al muñeco, éste se rompe (caso de DOHNA): tentativa de lesión corporal (impune) y eventualmente daño de cosas culposo (también impune).

y) *El llamado dolus generalis*. El autor cree haber consumado el hecho, mientras que el resultado sólo se produce a través de otra acción, con la cual trata de ocultar el hecho. Ejemplo: la víctima creída muerta, es arrojada al agua, para ocultar el hecho, y muere por inmersión.

El problema consiste en saber si existen dos distintas acciones con dos distintos dolos; es decir, un homicidio doloso, que llega solamente hasta la tentativa, y a continuación el ocultamiento de la víctima creída muerta, en lo cual puede verse, a lo sumo, un homicidio culposo. O si existe un acontecer unitario de acción (muerte que se quiere ocultar), que es abarcado también en la segunda parte todavía por el dolo de homicidio. Esto último es más probable: el ocultar la víctima es solamente un acto parcial, no independiente de la acción total, dirigida

a la muerte que se quiere ocultar: por eso, homicidio doloso consumado. Véase RG., 67-258; especialmente, DOHNA, *Aufbau*, p. 18; LISZT-SCHMIDT, p. 268, nota 7. Aparentemente divergente, RG., 70-258, y la doctrina actual: tentativa en concurso con un delito culposo.

El caso inverso —la víctima muere ya de los golpes, con los cuales el autor sólo quería aturdirla, para poder matarla después— es en toda regla una desviación no esencial del curso causal, porque cae dentro de los límites de la causalidad adecuada. Aquí está sujeta ya la acción previa al dolo de homicidio. RG., DStR., 1939, 177.

4. *El modo de conocimiento de las circunstancias de hecho que pertenecen al tipo*

La mayoría de las características del tipo son conceptos de la vida diaria y corriente para el autor, indiferentemente de si son realmente descripciones (“descriptivas”, como, p. ej., “hombre”), o valorativas (“normativas”, como, p. ej., “lascivo”). Sin embargo, muchos tipos emplean también conceptos de índole técnica, médica, jurídica, cuyo contenido exacto es desconocido para el lego; p. ej., “documento”, “funcionario”, cosa “ajena”, “enfermedad mental”, y similares.

No es forzoso que el autor califique esas características de hecho con exactitud jurídica. Él debe tener solamente un conocimiento de qué significación y función especial tienen en la vida social los hechos denominados con aquellos conceptos, sobre los cuales se basa también su estimación jurídica. La estimación social de las circunstancias reales de hecho por el autor, debe ir paralela a la jurídica: “*valoración paralela en la esfera del lego*” (MEZGER, *Lb.*, p. 328; BINDING, *Normen*, III, ps. 146 y ss.).

Ejemplos: sobre las situaciones del derecho de propiedad, en parte bien difíciles y discutidas, en la pieza de caza (eventualmente piezas de caza en cotos o en lazos: RG., 60-273; 29-216), ningún lego está realmente informado. Para el dolo de lo ajeno (§ 242), como para el del

derecho ajeno de caza (§ 292), basta, igualmente, la conciencia de que la pieza de caza "pertenece" a otro, sea que el jurista califique después este "pertenecer" como propiedad o como derecho de caza en la pieza; según ello existe hurto (apropiación indebida), o caza furtiva (BINDING, *Normen*, III, ps. 146 y ss., 150).

No es preciso que el autor conozca el concepto jurídico de documento, pero debe saber que los documentos determinados para el intercambio jurídico gozan de una credibilidad especial en la vida social.

5. *El error de tipo (Tatbestandsirrtum)*

La teoría del error es la teoría del dolo a la inversa. Si el autor yerra sobre una circunstancia de hecho objetiva abarcada por el dolo, que pertenece al tipo de injusto, entonces se excluye el dolo (§ 59); p. ej., alguien destruye una cosa ajena en la creencia de que es propia (error significa en este caso, tanto el conocimiento equivocado, como la ignorancia). Si se basa el error sobre la negligencia, el autor es punible por comisión culposa del hecho, *en caso de que exista el tipo culposo correspondiente* (§ 59, inc. 2; véase, también, p. 178).

Si el autor supone una circunstancia que tiene por efecto disminuir la penalidad, p. ej., la infanticida que toma su hijo legítimo por ilegítimo (§ 217), entonces existe solamente el dolo del hecho previsto en el tipo más benigno, y el autor es punible, por aplicación analógica del § 59, solamente en los límites de la disposición penal más benigna. En el caso del ejemplo, por lo tanto, solamente de acuerdo con el § 217, no de acuerdo con los §§ 211 y 212. Véase MEZGER, *Lb.*, ps. 322 y ss.

6. *La conciencia de la antijuricidad de la acción*

La conciencia de la antijuricidad de la acción no pertenece al *dolo del tipo*, sino que es elemento de la culpa, de la reprochabilidad (véase ps. 174 y ss.).

II. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA ACCIÓN QUE PERTENECEN A LA AUTORÍA (LOS LLAMADOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LO INJUSTO).

1. *La naturaleza de los elementos subjetivos de autoría*

Al lado del dolo, como elemento genérico personal-subjetivo, que lleva y forma la acción como un acontecer dirigido hacia un fin, aparecen en el tipo, frecuentemente, elementos especiales personales-subjetivos, que colorean el contenido ético-social de la acción en un sentido determinado. Según la posición y enfoque subjetivo con que el autor realiza la acción, se determina muchas veces decisivamente el sentido ético-social especial de la acción. Así, la sustracción de una cosa ajena es una actividad dirigida hacia un fin y dominada por el dolo; su sentido ético-social es, sin embargo, absolutamente distinto, si se realiza con el objeto de un uso transitorio o con el propósito de apropiación: solamente en el último caso existe el disvalor ético-social especial del hurto. Un tacto corporal puede ser una revisión médica o una acción lasciva, según la dirección de voluntad del autor. El contenido ético-social específico de disvalor de una acción se determina entonces en muchos casos de acuerdo con la posición o enfoque subjetivo del autor, partiendo del que realiza la acción. Se trata aquí de elementos subjetivos de autoría contenidos en la acción, ya que es la posición o enfoque psíquico del autor, lo que colorea y anima la acción de un modo especial.

Por otra parte, como son elementos de la acción *individual*, que animan su sentido, y no caracterizan un rasgo criminal permanente de la naturaleza del autor, no afectan al "tipismo del autor" (véase ps. 132 y ss.). "*Ánimo*" ("*Gesinnung*") significa entonces, en este conjunto, el ánimo actual y determinado del autor para un hecho concreto y no (necesariamente) una condición permanente.

Estos elementos son reconocidos ya desde hace mucho por la doctrina, como "elementos subjetivos de lo injusto".

Lo señalaron H. A. FISCHER (*Rechtswidrigkeit*, 1911), HEGLER (Z., 36, ps. 19 y ss.) y MEZGER (GS., 89-207 y ss.); véase sobre ello, MEZGER, *Lb.*, ps. 168 y ss.

2. Las especies de los elementos subjetivos de autoría

a) *La intención como tendencia hacia un fin ulterior.* En ella el propósito de concretar el tipo objetivo es solamente el medio para un fin más amplio; p. ej.: la sustracción es solamente el medio para la apropiación propuesta (§ 242); la acción de ardid o engaño, solamente el medio para obtener una ventaja patrimonial (§ 263). La relación medio-fin, entre la acción objetiva de hecho y el propósito, demuestra que aquí el propósito debe ser el motivo para la acción objetiva de hecho. Propósito, en el sentido técnico penal, es el motivo de hecho objetivo; el mismo significado tiene el término "para" en los §§ 253, 229 y otros más. Por eso, el preso que se evade no comete hurto de la vestimenta de recluso que lleva, pues no la lleva para apropiársela (RG. Rspr., 6-443).

Pero nunca ha de entenderse por propósito el último fin del hecho. P. ej.: la aspirada ventaja patrimonial en el § 263, a su vez, puede ser solamente un medio para obtener otros fines; p. ej.: el dinero obtenido mediante un delito, como medio para un viaje al norte (de placer); lo decisivo es que la obtención de la ventaja (el obtener el dinero) haya sido el motivo para la realización del tipo objetivo (para el engaño).

En algunos pocos delitos significa propósito solamente el dolo directo (con exclusión del *dolus eventualis*), ya que se refiere al tipo objetivo y no a una meta que está más allá de él; p. ej.: en los §§ 225, 239 y ss., KO. (véase RG., 66-88).

b) *La tendencia especial de la acción.* Entra en cuestión aquí, ante todo, la *tendencia voluptuosa* en los delitos de lascivia. Acción lasciva es solamente la lesión objetiva contra el sentimiento del pudor, llevada por una tendencia voluptuosa-subjetiva (RG., 67-112; 70-159).

c) *Los elementos especiales de ánimo.* A las características señaladas en *a* y *b*, se agregan, desde la elaboración de la teoría de los elementos subjetivos de lo injusto, otros elementos de ánimo, que sobrepasan el dolo, y que caracterizan el contenido particular ético-social de disvalor del hecho; p. ej.: “brutal”, “malicioso”, “egoísta”, “de mala fe”, en § 170, a hasta d; § 223, b; §§ 1 y 9 de la ley de protección de animales, del 24 de noviembre de 1933; además, finalmente, para caracterizar el homicidio como asesinato, en el § 211 se dice “por impulso de matar, para satisfacer el instinto sexual, por codicia y otros motivos bajos, alevosos, crueles...”.

Tampoco éstos son elementos de la culpa, sino elementos subjetivos de lo injusto, porque sólo fundamentan o refuerzan el juicio social de disvalor sobre el hecho. Con especial claridad se expresa esto en los §§ 1 y 9 de la ley de protección de animales: el maltrato de animales solamente es un injusto delictivo, cuando se realiza “brutalmente”.

Sin embargo, en determinados tipos, algunos de estos elementos de ánimo son, simultáneamente, elementos de culpa; es decir, pueden ser ejecutados solamente por el autor capaz de culpa; p. ej.: “de mala fe” en el § 170, c y d. Una sustracción con “intención de apoderamiento” puede realizarla también el inculpable (el enfermo mental o el niño), pero negar “de mala fe” la ayuda (§ 170, c), sólo puede hacerlo el capaz de culpa. Aquí se superponen los límites de lo injusto y la culpabilidad; en los tipos dolosos hay delitos cuyo injusto solamente puede ser concretado por un autor que actúa culpablemente.

Estos nuevos elementos de ánimo empleados por el legislador, pueden, por cierto, afinar extraordinariamente el aspecto subjetivo de la descripción típica, por encima del concepto relativamente grosero del dolo, pero pueden llevar fácilmente a no trazar el límite objetivo del delito con la misma precisión que hasta ahora, en la idea de que mediante los elementos suplementarios de ánimo se restringe ya el tipo en la medida necesaria. Ésta

es una conclusión equivocada y peligrosa. Los elementos de ánimo, como de mala fe, malicioso, y similares, son independientes de si la lesión objetiva del derecho es importante o irrelevante; estos elementos de ánimo no conducen a una restricción del tipo, sino a la punición del ánimo. A este peligro sucumbió el legislador en el § 170, a y d. *En ello radica el punto decisivo de peligro para la infiltración de un derecho penal de ánimo.*

§ 14. ANTIJURICIDAD Y JUSTIFICACIÓN

I. EL ESTABLECIMIENTO DE LA ANTIJURICIDAD.

1. *La adecuación típica como "indicio" de la antijuricidad*

Quien actúa de manera adecuada al tipo, actúa, en principio, antijurídicamente. Como el tipo capta lo injusto penal, surge del cumplimiento del tipo objetivo y subjetivo, en principio, la antijuricidad del hecho; de modo que huelga otra fundamentación positiva de la antijuricidad. Esta relación de la adecuación típica con la antijuricidad se ha caracterizado llamando a la adecuación típica el "indicio" de la antijuricidad. Cuando exista esa relación, sólo surge problema en los casos en que la antijuricidad está, una vez *por excepción*, excluída, a pesar de darse la adecuación típica; p. ej., porque el autor actuó en defensa legítima o con el consentimiento del lesionado. En tales situaciones de excepción, un actuar adecuado al tipo es adecuado al derecho. Por eso, aquí, la antijuricidad puede ser averiguada mediante un procedimiento *negativo*, a saber, estableciendo que no existen fundamentos de justificación, como defensa legítima, autoayuda, consentimiento, etc.

2. *Tipos "cerrados" y tipos "abiertos"*

Se puede llamar tipos "cerrados" a los que tienen las características señaladas, porque enumeran exhaustiva-

mente los presupuestos *materiales* de la antijuricidad. Frente a ellos hay tipos “abiertos” o “que requieren ser completados”, los que no indican de por sí la antijuricidad, y en los que debe ser fundamentada ésta a través de un juicio ulterior independiente. En ellos, para averiguar la antijuricidad, no basta el establecimiento de la circunstancia negativa de que no intervienen fundamentos de justificación. El ejemplo más importante para ello lo ofrece el § 240, versión nueva (coacción). En esta disposición no se indica de ninguna manera la antijuricidad con el cumplimiento del tipo, pues hay en la vida social un sinnúmero de coacciones, a través de amenaza de un mal sensible, que son completamente adecuadas al derecho, de modo que desde un principio no se puede decir que está indicada la antijuricidad con el cumplimiento del tipo de coacción. El legislador ha tomado en cuenta esta situación de hecho, al agregar una regla *positiva* para el establecimiento de la antijuricidad al tipo de coacción del § 240, inc. 2. Es antijuricidad la coacción, si el empleo del medio concreto de coacción (fuerza o amenaza) es socialmente reprobable para la obtención del objeto aspirado. Por lo tanto aquí la antijuricidad debe ser averiguada mediante un establecimiento positivo e independiente del disvalor jurídico. Lo mismo rige para la disposición penal estructurada en forma análoga contra el *chantage* (§ 253, versión nueva). Pero, por encima de ello, rige para todas las disposiciones penales con características “especiales” de deber jurídico, como “jurídicamente válido” (§ 110), “adecuado al derecho” (§ 113), “competente” (§§ 110, 116, 137, 153 y ss., y otros); “no facultado” (§§ 132, 168, 290, 299, 300, y otros). Estas características no designan la acción típica del autor, sino su deber jurídico, por lo tanto no son circunstancias de hecho, en el sentido del § 59, sino puras características del deber jurídico (elementos de la antijuricidad como tal).

En el § 110 actúa adecuadamente al tipo, el que exhorta a la desobediencia contra las leyes; sin embargo, esta

acción típica es antijurídica solamente si la ley respectiva es “jurídicamente válida”. La validez jurídica es un elemento del deber jurídico del autor. Igualmente actúa en forma adecuada al tipo, según el § 113, el que ofrece resistencia dolosamente a una acción administrativa; esa resistencia es antijurídica solamente si la acción administrativa es adecuada al derecho; también aquí la adecuación jurídica es un elemento del deber jurídico del autor. Igualmente, la característica “competente” designa el deber jurídico del autor de respetar solamente actos de determinadas autoridades; p. ej., indicar correctamente el nombre frente a tal autoridad (§ 360, cifra 8) o permitir sus actos de embargo (§ 137), o declarar ante ellas conforme a la verdad en la prueba de absolución de posiciones (§§ 153 y ss.).

En todos estos casos, la antijuricidad no está todavía indicada con el solo establecimiento de la adecuación típica, sino que debe ser averiguada positivamente mediante la comprobación de las características especiales del deber jurídico (validez jurídica, adecuación jurídica, competencia, etc.).

En mayor grado aún, rige para los delitos culposos y para los delitos de omisión. En estos grupos de delitos, las características materiales del tipo (como, p. ej., la existencia de lesión de un bien jurídico) no indican todavía, de ninguna manera, la antijuricidad, sino que la fundamentan solamente, en relación con el deber jurídico, materialmente no descrito, del autor. Es decir, de su deber objetivo de diligencia, de su deber de garantía, de sus demás deberes de ayuda. En ellos se puede hablar, por tanto, de tipos, solamente en un sentido figurado y no propio.

3. *Adecuación típica y adecuación social*

Pero tampoco en los tipos arriba caracterizados como “cerrados”, rige el precepto de que la adecuación típica

indique la antijuricidad en forma completamente ilimitada. Por cierto que toda privación de libertad es, en principio, antijurídica, ya que el “estado normal” presumido en nuestra Constitución política es la libertad de movimiento. Por eso la privación de libertad puede ser justificada solamente en casos de excepción (p. ej., mediante un fallo del juez). Sin embargo, hay gran cantidad de restricciones a la libertad en las que no surge siquiera la cuestión de una justificación especial, porque están vinculadas en tal forma con nuestra vida social, que resultan completamente normales, o “socialmente adecuadas”. Así, en el hecho de que los trenes, tranvías, ómnibus, etc., se detengan solamente en determinadas paradas, existe una restricción a la libertad de los pasajeros, en la que ni siquiera surge la cuestión de la justificación, ya que no entra en consideración ese problema. Tales acciones típicamente adecuadas, que se mueven completamente dentro del margen de los órdenes ético-sociales de la vida común, no constituyen delito, porque en ellas la adecuación típica no indica la antijuricidad. La adecuación social no deja surgir la antijuricidad de una conducta típicamente adecuada, porque esta conducta, socialmente normal, es, también, socialmente adecuada.

Así hay una doble excepción del precepto según el cual una conducta adecuada al tipo es en principio antijurídica: la primera la da la conducta socialmente adecuada, que impide, desde un principio, por su normalidad social, que la adecuación típica indique la antijuricidad; la segunda está fijada por los fundamentos de justificación que eliminan la antijuricidad *indicada*, en virtud de determinadas situaciones excepcionales. Aquélla comprende actividades que se mueven todavía completamente dentro del margen de los órdenes normales de la vida de la comunidad, conforme a su desenvolvimiento; ésta, “en cambio”, acciones que se efectúan ya fuera de los órdenes de la vida social en forma preponderante, pero que son justificadas a consecuencia de una situación especial de excepción.

Una significación especialmente digna de mención tiene la adecuación social en los delitos culposos: el peligro socialmente adecuado de bienes jurídicos, se elimina, desde un principio, de los tipos de injusto de los delitos culposos, aunque, en el caso concreto, tenga como consecuencia una lesión de bienes jurídicos.

4. *Los fundamentos de justificación*

Los fundamentos de justificación tienen por efecto eliminar la antijuricidad indicada por el cumplimiento del tipo. En primer plano están los siguientes grupos de situaciones de excepción:

- a) La necesidad: defensa legítima; estado de necesidad jurídico-civil; estado de necesidad supra-legal.
- b) Situaciones que exigen el empleo inmediato de fuerza: auto-ayuda; detención provisional.
- c) El consentimiento del lesionado.

Estos fundamentos de justificación están reglamentados en disposiciones especiales, fuera de los tipos legales (sobre ello, *infra*, puntos II hasta VIII). Al lado de éstos, hay fundamentos de justificación citados en los tipos mismos, sin que se conviertan por eso en tipos penales. Así en los §§ 284 y ss., “el permiso de la autoridad” es un fundamento de justificación para la organización de los juegos de azar; lo mismo que en el § 330, c, la existencia de un peligro propio considerable es un fundamento de justificación para la omisión del deber de prestación de ayuda.

Se ha considerado muchas veces —desde ADOLFO MERKEL— los fundamentos de justificación como “características negativas del tipo”: su no existencia debe ser un presupuesto para el tipo y, a la inversa, su existencia debe excluir el tipo. Esta opinión desconoce la función de la adecuación típica, que debe tipificar las acciones que se realizan fuera de los órdenes de la vida social. La defensa legítima no excluye la adecuación típica de una acción de lesión; su efecto es el de eliminar, solamente, su anta-

gonismo con el orden jurídico, es decir, la antijuricidad. Lo mismo rige, también en los casos en que el fundamento de la justificación está citado en la norma legal misma. Así, p. ej., la exigencia del “permiso de la autoridad” (§ 284) no caracteriza la acción de hecho o el objeto de la acción, sino el estar permitido, y su falta el estar prohibido, de la concreción del tipo; no es, por lo tanto, circunstancia alguna del hecho, sino una característica de la antijuricidad.

La opinión defectuosa de los fundamentos de justificación, como circunstancias negativas del hecho, tiene un efecto fatal en el ámbito de la teoría de la culpabilidad, al tratar el error de prohibición.

II. LA DEFENSA LEGÍTIMA (NOTWEHR = DEFENSA NECESARIA).

Defensa legítima es aquella defensa necesaria para contrarrestar una agresión antijurídica actual llevada contra quien se defiende o contra un tercero (§ 53). Su idea fundamental es: el derecho no precisa ceder ante lo injusto.

1. La situación de defensa legítima

Es provocada por una agresión actual antijurídica.

a) Agresión es la amenaza de lesión, mediante una acción humana, de intereses vitales jurídicamente protegidos (bienes jurídicos).

Agresión es, en principio, un comportamiento positivo, no un puro no hacer (RG., 60-298); sin embargo, agresión es también la concreción de un delito de comisión mediante omisión.

Defendible es todo bien jurídico, y no sólo los penalmente reconocidos: cuerpo, vida, libertad, honor, compromiso matrimonial (RG., 48-215), propiedad, posesión (RG., 60-278).

Frente a agresiones de animales juega el estado de necesidad (§ 228, C. C.) (sobre ello, véase OLSHAUSEN, § 53, 1).

b) El concepto de la *antijuricidad* de la agresión debe

entenderse en sentido no técnico. No ha de mirarse desde el agresor, sino desde el agredido. No atañe al disvalor *de la acción* de agresión, sino al disvalor del hecho, que el agredido no tiene por qué tolerar. Por eso, no precisa ser antijurídica aquella agresión que el agredido no está obligado a soportar. Por eso no precisa ser ni antijurídica-adecuada al tipo, ni menos culpable. Por eso, la defensa (legítima) es admisible contra una amenaza de daño de cosas no doloso y contra agresiones de incapaces de culpa (niños y enfermos mentales).

Existe un *deber de tolerancia* para el afectado (deber de soportar):

aa) frente a acciones de la autoridad, conforme al derecho;

bb) frente a los derechos de necesidad y forzosos de particulares y los derechos disciplinarios.

A los derechos de necesidad pertenecen la legítima defensa misma, por ello ninguna legítima defensa contra legítima defensa, y el estado de necesidad del derecho civil (§§ 228 y 904, C. C.); sobre derechos forzosos, véase p. 95; compárese, sobre todo el tema, BINDING, *Hdb.*, I, ps. 735 y ss.

c) *Actual* es la agresión que es inminente o aún persiste (RG. HRR., 1940, n^o 1102). No es necesario que la agresión haya llegado ya hasta una tentativa en sentido penal (RG., 53-132; legítima defensa del ingeniero forestal contra el cazador furtivo, que no depona la escopeta ante la intimación). La agresión persiste también después de la formal consumación de un delito, tanto tiempo cuanto ella intensifica aun la lesión de un bien jurídico; por eso es admisible defensa legítima contra quien huye con la presa hurtada (RG., 55-82).

2. La acción de defensa

Acción de defensa es la realizada para el fin de la defensa. Quien se defiende debe tener la voluntad de defensa (RG., 60-262).

Por eso no hay defensa legítima si el autor quiso lesionar y con ello, sin tener la idea, rechaza la agresión de otro (RG., 54-199).

La acción debe ser necesaria para la defensa. La necesidad se determina de acuerdo con la fuerza real de la agresión. La defensa puede ir tan lejos como sea necesario para la defensa real de la agresión, pero no más allá de lo que sea absolutamente necesario para ello. Por eso, el agredido debe aplicar siempre el medio mínimo, que, sin embargo, puede ir en el caso dado hasta la muerte, cuando ésta sea el último medio para la defensa (RG., 55-82). La necesidad debe juzgarse desde el punto de vista del que realiza la acción.

Si un tiro a larga distancia es la defensa necesaria, entonces está justificado, también si pega mortalmente, a pesar de que hubiera bastado lograr la incapacidad para la lucha, pues no tenemos la capacidad de medir absolutamente los efectos de las acciones. Sin embargo, si la diferencia es tan relevante, que fue evitable para el autor bajo las circunstancias dadas, entra en cuestión la culpa (RG., 66-285).

La necesidad es independiente de una proporcionalidad entre el bien agredido y la lesión necesaria para su protección. También puros bienes materiales pueden ser protegidos, en caso necesario, mediante la muerte del agresor, pues el derecho no precisa ceder tampoco aquí ante lo injusto.

Sin embargo, el derecho de defensa legítima debe tener su límite, donde la gravedad de la lesión sea socialmente intolerable, en relación con la irrelevancia de la agresión; p. ej.: en la muerte del agresor por sustracción de un pedazo de pan (MAYER, p. 256, LK., § 53, II, 3, VIII). La fuga no es exigible, en principio, al agredido, pero sí, en cuanto su honor no sufra desdoro, en eludir la agresión (especialmente frente al inculpable), lo mismo que la aceptación de ayuda ajena (RG., 71-134, 72-58). La mera defensa de desorden (eventualmente perturbación del descanso nocturno), se elimina totalmente del derecho de

defensa legítima; es necesario y admisible sólo dentro del marco de una defensa proporcional (véase ÖTKER, *Frankfestg.*, I, ps. 360 y s.).

3. Consecuencias jurídicas

La lesión del agresor y de los medios de agresión —indiferentemente de a quién pertenecen— en defensa necesaria admisible, es conforme al derecho. Por eso, contra la acción de defensa, no es posible nuevamente defensa legítima. Las lesiones a terceros, que no toman parte en el hecho, no son cubiertas a través de la legítima defensa (RG., 58-29); sin embargo, existirá, las más de las veces, estado de necesidad frente a ellas.

Ejemplo: A es agredido por B en una hostería; A se defiende contra B, arrojándole una silla, que lesiona también a C, que está al lado de B. Solamente la lesión de B es conforme al derecho desde el punto de vista de la defensa legítima; con miras a la lesión de C, existe estado de necesidad (§ 54), con la consecuencia importante de que C, a su vez, pudo ejercer legítima defensa frente a A, ya que no precisaba tolerar la lesión de A.

El derecho de legítima defensa protege también a quien ha provocado la agresión (p. ej., mediante burlas) (RG., 73-341); en cambio, se elimina el derecho de defensa legítima contra una agresión que fue provocada intencionalmente, para lesionar al agresor bajo las apariencias de la defensa necesaria, pues aquí no existe ninguna defensa del derecho contra lo injusto (RG., 69-262; HRR., 1940, n^o 1143) (compárese p. 109).

Cuando se enfrentan dos sujetos resueltos a la pelea, ninguno puede apelar frente al otro a la defensa legítima: ambos tuvieron la voluntad de agresión (RG., 72-183; 73-341). Otra cosa es que uno de ellos sobrepase la medida de la lucha presupuesta por ambos, y, eventualmente, saque un cuchillo, o el otro, reconociblemente, abandone la lucha (HRR., 1940, n^o 1143).

4. Ayuda necesaria

La legítima defensa es admisible, también en forma de ayuda necesaria, en favor de terceros agredidos.

5. Exceso en la defensa legítima

El exceso en la defensa legítima, por aturdimiento, miedo o temor, es antijurídico, pero atenúa la culpa, ya que la posibilidad de actuar de otro modo es dificultada por la excitación. Este fundamento de atenuación se ha transformado, en forma demasiado rígida, en una completa exclusión de pena en el § 53, inc. 3.

6. La defensa putativa

Si el autor supone erróneamente una situación de legítima defensa, el hecho es antijurídico, pero, a consecuencia del error sobre la antijuricidad, queda excluida la culpa. En caso de evitabilidad del error, el autor es punible más benignamente (doctrina actual; sobre ello, p. 108).

III. EL ESTADO DE NECESIDAD DEL DERECHO CIVIL.

1. La defensa de cosas (estado defensivo de necesidad)
(§ 228, C. C.)

La defensa de cosas, es admisible frente a cosas y animales amenazados de peligro, en cuanto el daño causado, frente al peligro que se amenaza, no guarde gran desproporción.

El caso más importante del estado defensivo de necesidad, la muerte con arma de fuego de perros y gatos vagabundos, está expresamente contemplado (§ 40, RJC.).

2. El estado agresivo de necesidad (§ 904, C. C.)

Las intervenciones en la propiedad ajena, para defender un peligro actual, son conforme al derecho, en

caso de que el daño que se amenaza no guarde gran desproporción.

En ambos casos la estimación de los bienes es un elemento codeterminante de la justificación. En grado reducido en la defensa de las cosas; en ella está en primer plano la idea de defensa; la estimación de bienes la corrige solamente en el sentido de que no puede ser defendido cualquier daño insignificante (que se amenaza), sin tomar en consideración la destrucción de grandes valores. Aquí, la colisión de bienes debe ser resuelta de tal modo que el bien jurídico protegido sea de mayor valor que el lesionado.

Los §§ 228 y 904 conceden derechos de necesidad, frente a los cuales existe un deber de tolerancia del afectado; por eso, es inadmisibles frente a ellos una defensa legítima; puede, sin embargo, el afectado mismo caer en un estado de necesidad.

IV. EL PRINCIPIO GENERAL DE JUSTIFICACIÓN: EL MEDIO APROPIADO PARA EL FIN APROPIADO.

Una acción típicamente adecuada no es antijurídica si el medio es adecuado (apropiado) para un fin justificado.

Este principio general de justificación está reconocido en el derecho positivo en varios lugares:

a) en el § 13, inc. 3, de la ordenanza para los médicos del Reich, a través de la justificación de la revelación del secreto profesional, si esa revelación es necesaria para cumplir un deber jurídico o moral y el bien jurídico amenazado es preponderante;

b) en el § 14, de la ley de esterilización, del 14 de julio de 1933, a través de la justificación de una interrupción médica del embarazo, para evitar un peligro serio para la vida o la salud de la mujer encinta (sobre ello: R.G., 61-242);

c) en el § 193, C. P., a través de la justificación de una lesión del honor (de buena fe), para salvaguardar intereses justificados.

Pero el principio general de justificación del medio adecuado para el fin adecuado, va en su aplicación mucho más allá; también por encima de los casos de colisión de bienes o deberes. P. ej.: para la justificación de una acción, que, por cierto, lesiona un bien jurídico, pero que se ofrece como única "chance" de evitar la segura destrucción de ese bien jurídico; precisamente, un bombero puede salvar a un niño de morir quemado, solamente arrojándolo de la casa en llamas en una lona de salvamento a pesar de que reconoce que, de ese modo, puede caer también tan infelizmente que se fracture el cráneo. Si el arrojarlo es la única "chance" para salvar al niño, la acción está justificada, aun cuando fracase. Pues la acción que ofrece la única "chance" de salvación, es el medio adecuado para el fin adecuado (para la salvación de la vida), también si fracasa.

Los casos de colisión de varios bienes jurídicos (*supra*, a, b, c) constituyen solamente un subcaso del principio general de justificación del medio adecuado para el fin adecuado. En estos casos se debe tomar en consideración la *proporción de valor* de los bienes jurídicos que están en colisión: la justificación juega solamente, si la acción salva el derecho de *mayor* valor a costa del de *menor* valor ("Principio de la estimación de bienes y deberes"; RG., 61-242). Sin embargo, tampoco aquí, sólo el mayor valor de un bien jurídico puede justificar la destrucción del de menor valor, que ha caído en colisión con él, sino únicamente cuando la acción, considerando todas las otras circunstancias (p. ej.: también la salvaguardia de la paz del derecho), aparece como el *medio adecuado para el fin adecuado justificado*.

Sobre los límites del principio general de justificación, con respecto a tales bienes jurídicos, cuya lesión nunca es el medio adecuado para un fin cualquiera, véase p. 182.

V. LOS DERECHOS EXTRAORDINARIOS EJERCIDOS DE PROPIA MANO
(POR LA FUERZA). DERECHOS FORZOSOS DE PARTICULARES.

1. *La ayuda propia*, para asegurar un derecho del derecho civil, que resulta amenazado si no se procede a la inmediata intervención (§§ 299 y 231, C. C.; así, también, el § 561, defensa y recuperación de la posesión, y §§ 859 y 865, C. C.).

La ayuda propia está justificada para la sustracción, daño o destrucción de cosas, para la detención del comprometido sospechoso de fuga (p. ej.: del huésped que quiere escapar sin pagar la consumición) y para vencer la resistencia del comprometido, contra una acción que debe tolerar. No está prevista una proporcionalidad entre intervención y daño amenazado. Sin embargo, la ayuda propia, como la legítima defensa (p. 95), debe tener su límite donde la gravedad de la intervención no esté en proporción alguna con la insignificancia del daño amenazado (RG., 69-308).

2. *La detención preventiva* de un sorprendido *in flagranti* o un perseguido, si es sospechoso de fuga o persona que no puede ser identificada en el acto (§ 127, StPO.). Según el RG. (65-394; 69-311), se justifica solamente el impedimento forzoso de la fuga, pero no la lesión del fugitivo en cuerpo o vida.

Según la idea fundamental del § 127, StPO., se admitirá la aplicación de medios mesurados contra el autor desconocido, con el fin de su individualización; p. ej.: agregar un purgante al vino, para descubrir al ladrón desconocido de vino.

VI. EL ACTUAR SOBRE LA BASE DEL CONSENTIMIENTO DEL LESIONADO.

1. El consentimiento puede tener en derecho penal distinta significación:

a) Puede excluir el tipo, y ello ocurre en todos los casos en que un actuar contra la voluntad del afectado

pertenece al tipo: p. ej., en los §§ 236 y 237; además en los §§ 123, 176, cifra 1, y 177; la *vis haud ingrata* para el coito no es ninguna violación. Lo mismo que no hay desposesión con el consentimiento del tenedor en la sustracción; no hay falsificación de documento si el declarante hace poner su nombre, por intermedio de un tercero, bajo el documento.

Las más de las veces, el hacer se vuelve con ello completamente atípico; sin embargo, puede quedar subsistente otro tipo; p. ej.: el consentimiento de un tenedor distinto del propietario, en la sustracción, excluye la agresión a la tenencia (§ 242), pero no el apoderamiento (§ 246).

El consentimiento que excluye el tipo es puramente de hecho, en oposición al consentimiento del lesionado. Por eso no rigen para él las reglas de éste; ante todo, no rige el principio de la ineficacia del consentimiento, en un hecho contrario a la moral (véase *infra*, 4, b). La *vis haud ingrata* no es ninguna violación, a pesar de su contrariedad a la moral.

b) Puede excluir la antijuricidad. A diferencia de lo dicho en *a*, lo que presupone que el tipo se da. Pero aquí se plantea la cuestión del consentimiento como problema de justificación.

2. El consentimiento es acuerdo con el hecho (no mero dejar hacer), y contiene la renuncia a la protección del derecho. Tal renuncia puede prestarla solamente quien sea único titular del interés jurídicamente protegido. Donde conjuntamente están protegidos intereses públicos, el consentimiento personal del interesado carece de efecto. El consentimiento por sí solo no puede justificar.

Ciertamente, si el derecho penal fuera solamente un derecho de protección de bienes, entonces debería eliminarse, sin más, la antijuricidad con el desprendimiento del interés protegido por parte del lesionado. Esto enseña, también, la teoría de la protección de bienes. P. ej., MEZ-

GER, p. 209 (la llamada teoría de la dirección de la voluntad). Sin embargo, como lo injusto penal no se agota en la mera lesión de bienes, sino que es una acción ético-socialmente intolerable, el consentimiento, como tal, no puede ser el tipo de justificación, sino solamente el actuar sobre la base del consentimiento dado. Por eso, el autor debe conocer el consentimiento y actuar sobre la base de él; sólo bajo este presupuesto el hecho es adecuado al derecho. El mero consentimiento elimina solamente el disvalor del resultado, pero no el disvalor de la acción. El autor es punible por tentativa en el objeto inidóneo. Tentativa de hurto, si el propietario, sin conocimiento del autor, consiente en el apoderamiento.

Es inconcebible cómo la teoría de la dirección de la voluntad quiere llegar aquí a la punición, si el consentimiento debe justificar el hecho, ya como mera conformidad interior.

3. La revocación *posterior* en derecho penal es siempre irrelevante. El consentimiento es libremente revocable hasta el momento del hecho.

No se debe confundir el consentimiento del lesionado con la concesión pactada de un derecho de intervención. El locatario no utiliza eventualmente la cosa alquilada sobre la base del consentimiento del locador "lesionado", sino sobre la base de su derecho de locación. Una revocación en cualquier momento, tal como sería posible en el puro consentimiento, no entra de ninguna manera en consideración. Existe consentimiento, solamente, cuando la conformidad —en el lenguaje del derecho civil— es la *única* "causa" de la acción. Véase HONIG, *Einwilligung des Verletzten*, p. 152.

4. El actuar sobre la base del consentimiento, dado como fundamento de justificación, sólo está expresamente reglamentado en la lesión corporal (§ 226, a). Para ella rigen los principios siguientes:

a) Quien consiente debe tener la capacidad necesaria para apreciar la significación del hecho y de su con-

sentimiento. Para ello no es decisiva la medida de la capacidad para negociar del derecho civil, sino la capacidad de comprensión del que consiente de la significación del hecho. Para el que no es lo suficientemente capaz, entra en consideración la decisión del tutor o curador, que, sin embargo, no debe extralimitarse (§ 1666, C. C.). Véase ENGISCH, Z., 58, ps. 38 y ss. Muy ampliamente: RG., 74-350; EB. SCHMIDT, "MonKrimBl.", 33. 1942, p. 85.

b) El hecho *no debe ser contrario a la moral*, a pesar del consentimiento. Si el consentimiento es ya en sí contrario a la moral, es por ello carente de eficacia. Ejemplo: una mujer que trabaja consiente en lesiones sádicas, para no perder su pan. El consentimiento puede ser aquí valorado como bueno, pero el hecho es, sin embargo, contrario a la moral y por eso no justificado.

Casos de aplicación del § 226, a, los constituyen especialmente los injertos médicos, las extracciones de sangre y las operaciones con fines científicos o estéticos. En cambio, los tratamientos de curación adecuados al arte e indicados por el médico, no son, en absoluto, lesiones corporales. Véase p. 65 (RG., 25-375; 74-92; st.Rspr.). La adecuación al derecho de la intervención curativa, resulta para el RG. del consentimiento o supuesto consentimiento, respectivamente (RG., 61-256). Si se ejecutan intervenciones curativas contra la voluntad del paciente y la de su tutor o curador, no existe tampoco lesión corporal, sino un delito contra la libertad. Véase p. 65.

5. Para otros delitos, en los cuales no están afectados inmediatamente intereses de la comunidad, rigen los principios del § 226, a; p. ej., para las injurias (RG., 60-35); no rigen, en cambio, para el adulterio, ya que en el § 172 no está en primer plano la protección del matrimonio como célula, sino el matrimonio en lo que significa como institución ético-social (RG., "Goltd. Arch.", 54-305; también FRANK, § 172, IV). Para los delitos de homicidio, surge ya del § 216 la ineficacia del consentimiento. En los delitos patrimoniales, el consentimiento es las más

de las veces eficaz, excepto en aquellos delitos en los cuales la conformidad del lesionado pertenece al tipo; p. ej., en la usura. Para el consentimiento entran prácticamente en cuestión, ante todo, el hurto, la defraudación y el daño de cosas. En ellos es necesario un consentimiento de *negocio jurídico*, ya que, según el derecho civil, sólo el plenamente capaz de negocio puede disponer de los bienes.

6. El consentimiento entra también en cuestión frente a hechos culposos; p. ej., en el tiro de Guillermo Tell de los artistas (véase p. 144).

VII. EL ACTUAR EN INTERÉS Y CON SUPUESTO CONSENTIMIENTO DEL LESIONADO.

Si el lesionado no puede consentir, entonces el hecho realizado en su interés es adecuado al derecho, si, según un juicio objetivo, hubiera sido de esperar su consentimiento. P. ej., violentar la casa vecina, para reparar la cañería de agua dañada. Matar una cierva herida de muerte, para llevarla al autorizado para la caza.

El fundamento que justifica primariamente, no es aquí el desprendimiento del interés de parte del lesionado, sino el actuar positivo en su interés. La exigencia del consentimiento supuesto debe impedir solamente una preocupación excesiva de terceros. En este sentido existe una combinación del punto de vista del consentimiento con una contemplación material del derecho: ninguna lesión jurídica formal, donde se actúa materialmente en interés del afectado. Una aplicación jurídico-positiva de la combinación de ambos puntos de vista es la gerencia sin mandato (§§ 677 y ss., C. C.). Por eso se recomienda muchas veces la aplicación inmediata de la gerencia sin mandato, también en el derecho penal (ZITELMANN, p. 116; v. HIPPEL, II, p. 249). En cambio, subraya MEZGER (*Lb.*, ps. 218 y ss.), demasiado unilateralmente, sólo el punto de vista del consentimiento, y FRANK, demasia-

do unilateralmente, también, sólo el del interés (antes del § 51, III).

A este punto pertenecen también las medidas de disciplina adecuadas, aplicadas a menores ajenos, por travesura grosera, en ausencia de los encargados de su educación (RG., 61-191). Una voluntad opuesta del encargado de la educación es irrelevante, en casos graves, desde el punto de vista del interés público superior (estado de necesidad supralegal; correspondientemente § 679, C. C.); muy decididamente como aquí, v. HIPPEL, II, p. 255; también, RG., 61-193.

VIII. APÉNDICE. SUPOSICIÓN ERRÓNEA DE FUNDAMENTOS DE JUSTIFICACIÓN.

Si el autor supone erróneamente los presupuestos reales de un fundamento reconocido de justificación —defensa, estado de necesidad o consentimiento putativo—, el hecho resta antijurídico, pero la culpabilidad queda excluida, por error sobre la antijuricidad; sin embargo, si el error fue evitable, es disminuída la penalidad del autor conforme al actuar culposo (véase p. 179).

§ 15. LA AUTORÍA

Observación previa. Injusto es injusto personal, es decir, le es esencial la relación con el autor. Como el autor coacufia lo injusto, pertenece a la teoría de lo injusto el estudio de cómo él llega a ser autor. La teoría del autor tiene que constituir el centro personal de acción de lo injusto.

Esta significación central de la teoría del autor la debía desconocer la teoría que vincula lo injusto al resultado. Como para ella lo injusto radica en la lesión exterior del bien jurídico, para la cual el autor da, por cierto, la iniciativa causal, pero no aporta nada en lo referente al contenido, desarrolló lo injusto independientemente del autor; por así decirlo, como hecho delictuoso indepen-

diente, y sólo trató la autoría más tarde en el marco de la teoría de la participación, como una de las “formas de manifestación del delito”.

La teoría de autor pertenece a la teoría de lo injusto, porque ya lo injusto es de naturaleza personal. La teoría de la culpa determina, entonces, *qué* autor es responsable de *su* injusto.

I. LAS DOS ESPECIES FUNDAMENTALES DE LA AUTORÍA: EL AUTOR DOLOSO Y EL AUTOR CULPOSO.

Hay dos conceptos completamente distintos de autor:

a) *la autoría estructurada sobre el dominio finalista del hecho, de los delitos dolosos;*

b) *la autoría estructurada sobre la causación de un resultado evitable, de los tipos culposos.*

Ambos no tienen nada que ver entre sí, y, precisamente por eso, pueden unirse en la realidad uno al otro, sin que se entorpezcan mutuamente: sólo así el autor culposo puede ser el instrumento de un autor doloso (véase p. 106).

1. *La autoría culposa es una causación del resultado evitable.* Todo aquel que ha llegado a ser causal, de un modo evitable, de la muerte de otro, es autor, en los términos del § 222. Toda forma de cocausalidad evitable es autoría culposa. Por eso no hay participación en el ámbito de los delitos culposos, pues también ella sería cocausación evitable, y por eso, autoría culposa (ej.: véase p. 56).

2. *No es autor de una acción dolosa* quien solamente causa un resultado, sino quien *tiene el dominio consciente del hecho* dirigido hacia el fin. Aquí se eleva el autor, por la característica del dominio finalista del hecho, por encima de toda otra participación. El instigador y el cómplice no tienen el dominio del hecho, sino que sólo han inducido a la decisión del hecho o ayudaron en

su ejecución. Por eso, una participación auténtica sólo es posible dentro de los tipos dolosos.

La aceptación de ayuda o aun de instigación a un hecho principal no doloso, conduce a graves interpretaciones erróneas: ¿es que ha de ser el contenido de una sentencia injusta (la estafa procesal) “una instigación” o “ayuda” para un quebrantamiento no doloso del derecho? § 336 (compárese, WELZEL, Z., 61-211 y ss.; equivocado, SCHÖNKE, § 48, v, VI, § 49, IV). Aquí se comprueba el concepto finalista de la acción (véase p. 116). En concordancia con la opinión aquí defendida: WEBER, *Gr.*, ps. 63 y ss.

A seguido trataremos solamente el concepto finalista de autor, pues la autoría culposa pertenece a la estructura de los tipos culposos y se expondrá al tratar ese punto (véase p. 138).

II. EL CONCEPTO FINALISTA DE AUTOR.

El concepto finalista de autor resulta de las determinaciones fundamentales del concepto de la acción finalista y del de lo injusto personal, ya que, como se sabe, la teoría de autor no tiene otro fin que el de destacar el centro personal de acción del hecho antijurídico. Por eso pertenece a la autoría en general el dominio finalista del hecho (como elemento general de lo injusto personal de los tipos dolosos); a él se agregan, en muchos casos, como elementos específicos de autoría, las características objetivas y subjetivas personales de lo injusto.

Pertencen al concepto de autor:

1. La característica general de autor: el dominio finalista del hecho. Dueño del hecho es quien lo ejecuta en forma finalista, sobre la base de su decisión de voluntad.

2. Las características específicas de autoría:

a) las características objetivas-personales de autor: los especiales deberes del autor, inmanentes a su posición; p. ej., como funcionario, soldado, etc.;

b) las características subjetivas-personales de autor: las intenciones especiales, tendencias y formas de ánimo o de sentimiento; p. ej., intención de apropiación, propósito deshonesto, ánimo brutal.

El dominio finalista del hecho es la característica general de la autoría. En cambio, los elementos personales de autor únicamente son necesarios donde el tipo particular los contiene como presupuestos de la autoría. P. ej., en los delitos propios de los funcionarios públicos (§§ 331 y ss.); delitos con determinada intención (§§ 242 y 263), y cosas semejantes.

III. LA AUTORÍA MEDIATA.

En principio, no es necesario que el autor ejecute el hecho en todas sus fases de propia mano; puede servirse para ello de medios mecánicos, como puede, también, *utilizar a terceros* para sus fines, en tanto conserve él mismo el pleno dominio del hecho, a diferencia del tercero. El tercero queda así como un "instrumento", mientras le falte uno de los presupuestos necesarios de la autoría (el dominio del hecho), y mientras él quede en quien le lleva a la acción. Por eso, hay las siguientes formas fundamentales de autoría mediata:

1. Autoría mediata, a consecuencia de falta de dominio finalista del hecho por el tercero, en dos casos: en la falta del actuar dirigido (con miras al resultado del delito) y en la falta de la propia decisión del hecho, cuando el sujeto es utilizado como instrumento. Autoría mediata existe, por tanto:

a) *En la utilización de un tercero que actúa no dolosamente*, siendo indiferente que el tercero actúe culposamente o completamente sin culpa.

Un médico entrega a una enfermera, con intención de homicidio, una inyección de morfina demasiado fuerte, para ser aplicada a un enfermo. La enfermera inyecta la droga y el paciente muere. El médico es autor doloso

(homicida); la enfermera, según si hubiera podido o no conocer la dosis demasiado fuerte, autora culposa o totalmente inculpable.

b) En la utilización de un tercero que actúa, por cierto finalistamente, con miras al resultado del delito, pero que actúa sin libertad:

α) en el estado de necesidad por coacción, § 52 (p. 184). A obliga a B, embarazada, bajo amenazas graves, a ingerir un abortivo. B no actúa antijurídicamente: A es autor (mediato) del aborto (R.G., 31-395). En general, en el acarreo intencional de una situación de necesidad (estado de necesidad, defensa legítima), para un tercero, al que se obliga a actuar como el autor quiere (véase p. 109);

β) en casos semejantes, en los cuales el tercero solamente ejecuta una decisión ajena de voluntad, sin libertad, entran en consideración dos grupos;

αα) al primero lo constituye el estado de necesidad por coacción a la autolesión (especialmente, suicidio). Como la autolesión no es adecuada al tipo, se elimina el § 52, pero existe la misma vinculación a la decisión ajena de voluntad, que fundamenta la autoría del tercero que obliga. El hecho es, por lo tanto, su obra, y punible en su persona, como lesión ajena adecuada al tipo.

Un patrón obliga a su aprendiz a tomar un hierro al rojo. El patrón es autor mediato de la lesión corporal (R.G., 26-242). El caso Hildegard Höfel: instigación a una chica de 16 años al suicidio, mediante perturbación psíquica y amenazas: asesinato en autoría mediata. Véase sobre esto, Z., 58-544.

Fuera de estas situaciones de coacción, la instigación y ayuda para autolesiones no es, sin embargo, punible. Así R.G., 70-315, para ayuda al suicidio (como la ayuda dolosa al suicidio, así también la culposa), como cooperación en una acción no adecuada al tipo, queda impune (Pasado por alto por NAGLER, LK., I, p. 50).

ββ) El segundo grupo comprende la utilización de niños de poca edad o de ciertos enfermos mentales caren-

tes de voluntad, que actúan, por cierto, finalistamente, pero que ejecutan sin voluntad una voluntad ajena, y a los que, de ese modo, el autor tiene completamente en su mano. Sin embargo, ésta no es una norma general: también el menor (eventualmente un joven de doce años) o el enfermo mental pueden desplegar una voluntad propia; entonces la participación de terceros en estos hechos, constituye instigación o complicidad (véase p. 116).

y) En la utilización de un subordinado, que actúa de buena fe, para la ejecución de una orden antijurídica.

2. Autoría mediata, a consecuencia de la falta de las características personales de autor en el tercero utilizado para la ejecución del delito: ausencia de:

a) Características objetivas-personales de autor:

Un funcionario se vale de un no funcionario para cometer un auténtico delito contra la administración; p. ej., la confección de un documento falso (§ 348, inc. 1); el funcionario es autor; el no funcionario, que carece de esa característica objetiva personal de autor, es solamente un ayudante; es el llamado instrumento, carente de calificación.

b) Características subjetivas-personales de autor:

Un agricultor deja, con intenciones de apropiación, arrinconar pollos ajenos en su gallinero, a un peón que conoce la situación. El agricultor comete hurto; el peón, que carece de intención, como característica subjetiva de autor del § 242, solamente ayuda. Es el llamado instrumento doloso carente de intención.

Referente a II y III

El concepto de autor aquí definido es un concepto "objetivo", en el sentido de que vincula la autoría a la posesión real del dominio final del hecho. A diferencia de él, una teoría subjetiva de autor prescinde de la posesión del dominio final del hecho y atribuye la autoría también a aquel que da lugar al hecho o al autor mediato, en cuanto tiene la "voluntad de autor", especialmente,

cuando quiere hacer cometer el hecho "para él". Así KOHLRAUSCH, *Bumke Festschrift*, ps. 45 y ss.; LANGE, *Der moderne Täterbegriff und der deutsche StGB-Entwurf* (1935). Esta doctrina traslada, de ese modo, la teoría del RG. del *animus auctoris*, desarrollada para diferenciar la coautoría de la complicidad, a la delimitación de autoría e instigación.

1. La teoría subjetiva de autor se expone a todas las objeciones que son formuladas contra la teoría subjetiva de la participación del RG., inclusive la "fórmula de intereses" (sobre ello p. 116). También los resultados a los cuales llega, satisfacen tan poco como los resultados de la teoría subjetiva de la participación del RG.

a) Si A hace dar una paliza a su enemigo F, por B, a quien paga para ello, B es autor, de acuerdo con la opinión aquí defendida, porque posee el dominio final del hecho; el interés propio tan no puede convertir al instigador en autor, como al ayudante en autor (p. 116); según KOHLRAUSCH, en cambio, "cometen A y B, los dos, lesiones corporales". Pero, ¿y si B no ejecuta el hecho? KOHLRAUSCH debe entonces penar a A por tentativa de lesión corporal (ps. 43 y 47), solución que, evidentemente, no concuerda con la situación real de la vida y sobrepasa de modo esencial la adecuación típica, porque, de ese modo, se hace de la tentativa de instigación, con razón impune, una tentativa punible de hecho. Aquí se ve que A ha quedado, sin embargo, solamente como instigador, a pesar de su interés.

b) A, que se encuentra en dificultades de dinero, instiga a B a sustraerlo de la caja ajena administrada por él, para subsanar sus dificultades de dinero (las de A). Aquí KOHLRAUSCH quiere penar a B (p. 84, 2) por apropiación indebida, pero a A por hurto; esto último, sin haber quebrado la esfera de custodia, solución que no puede conciliarse con la ley. Más bien A es instigador a la apropiación de B.

El caso de la instigación al suicidio, citado por KOHL-

RAUSCH (p. 46, 3), es punible solamente bajo los presupuestos determinados en III, b.

c) A instiga a B al hurto, haciéndole ver una oportunidad favorable, y poniéndole como condición el participar del producto del delito. B acepta, comete el hurto, pero A no vuelve a tener noticias de él. A ha querido cometer el hecho, también "para él", pero la aceptación de una autoría en el hurto, en lugar de una instigación, no satisfaría, a su vez, las condiciones de vida. Solamente apoyándose en el sostén objetivo del dominio final del hecho, el concepto de autor puede ser determinado de acuerdo con la vida real.

2. Solamente partiendo de ese concepto objetivo de autor se puede solucionar el problema *de la autoría a través de quien actúa de acuerdo con el derecho*; a saber, solamente bajo el presupuesto de que el instigador posee el dominio final del hecho sobre la concreción antijurídica del tipo, mientras que el que ejecuta la acción, en lo referente a ella, es solamente su instrumento.

a) Una autoría mediata a través de un instrumento que actúa de acuerdo con el derecho (con ausencia de tipo), es posible en los casos siguientes:

α) En el estado de necesidad por coacción.

β) En la coacción por autolesión (véase III, 1, b; y p. 184).

γ) En la creación de una situación de necesidad para un tercero, en la cual el tercero actúa de acuerdo con el derecho. A incita a B, ebrio o débil mental, a quien quiere eliminar, a agredir a X; éste mata a B en legítima defensa. A este grupo pertenece también, en el fondo, la legítima defensa contra una agresión provocada: el autor crea para sí mismo la situación de legítima defensa; lo mismo rige en la creación de un estado de necesidad (III, 1, b).

δ) En la obtención de una sentencia objetivamente injusta, mediante una denuncia conscientemente contraria al derecho, por lo tanto en la utilización de un juez,

que actúa de acuerdo con su función, para la comisión de un delito.

En estos casos se deben diferenciar, sobre la base del concepto de la acción finalista y del de lo injusto personal, dos clases de acciones. De una parte, la acción de salvación del que se encuentra en estado de necesidad (α , γ), el cual a consecuencia de la situación personal especial (necesidad), actúa de acuerdo con el derecho o con absoluta ausencia de tipo (β); de otra parte, la acción que tiene por fin el acarreo de un resultado antijurídico valiéndose de otro, la que abarca la acción anterior, como parte constitutiva, ya que su autor tiene, también, sobre ella el dominio comprensivo del hecho; pues él ha creado la situación de necesidad que obliga al instrumento a la acción de salvación. Este dominio final del hecho sobre todo el proceso, fundamenta la autoría sobre la acción total de quien creó la situación de necesidad, ya que tiene como objeto la lesión de un bien jurídico, que es antijurídica, porque no le protege la situación justificante de la necesidad.

b). En cambio, cuando el tercero no posee el dominio final del hecho, según las circunstancias antes indicadas, está excluída una autoría a través de alguien que actúa de acuerdo con el derecho; así, ante todo, cuando el tercero no ha creado la situación de necesidad. Quien aconseja al que es agredido antijurídicamente la acción de defensa o quien le ayuda, lo mismo que el que aconseja al que se encuentra en estado de necesidad, la acción de salvación o le ayuda, realiza una participación impune en el hecho principal, de acuerdo con el derecho, aun cuando tenga malas intenciones o cuando le interese menos la salvación del apremiado que la lesión del agresor, etc.; él puede querer, por lo tanto, esa lesión "para sí mismo". De otro modo, se llegaría a la punición de los malos pensamientos. También aquí se pone en evidencia que la voluntad de autor es inadecuada como criterio de la autoría y que éste sólo puede residir en el real dominio del hecho final. Véase sobre esta problemática, también,

HEGLER, *Rich.Schmidt-Festschrift*, p. 23; *Der Junge Rechtsgelehrte*, VIII, p. 273; MEZGER, p. 52-529.

Sin embargo, puede verse, también en la “voluntad de autor”, un núcleo justificado, pero éste no existe separado e independiente del dominio real del hecho, sino que es la conciencia subjetiva del autor de tener la posesión del real dominio del hecho final. Autor es solamente quien *también* sabe que tiene el dominio final del hecho. Éste se manifiesta en los raros casos de excepción en los cuales el dominio real del hecho y la conciencia de ese dominio se separan (véase p. 129).

IV. LOS DELITOS DE PROPIA MANO (sólo comisibles por determinadas personas).

Hay delitos en los cuales lo injusto decisivo no es el acarreo finalistamente dirigido de un resultado, sino la realización corporal de un acto reprochable como tal. El acto en sí mismo, es éticosocialmente impuro o reprochable. Por eso puede ser autor solamente quien realiza el acto corporalmente; una comisión mediata del hecho queda aquí excluida (RG., 74-24). Entran en consideración: el *perjurio*, indiscutiblemente, por el § 180, lo injusto decisivo es la afirmación solemne de una falsedad; los *delicta carnis*, en los cuales el acto carnal impuro, como tal, constituye el fundamento de la pena; p. ej., el adulterio (§ 172), el incesto (§ 173), los actos lascivos *contra natura* (§ 175), la violación (§ 176, n° 2), y, en general, hechos en los cuales la realización corporal del acto, de acuerdo con el tipo, es lo injusto decisivo; p. ej.: la deserción (§ 69, MilStGB.).

Si la rufiana hamburguesa se da el “placer” de juntar a un marinero con la hermana de éste, sin que se conozcan, no comete incesto (§ 173), sino acoplamiento delictuoso (§ 181, n° 1). Participación (instigación y ayuda) es posible en este delito, como en cualquier otro. Para ello, como en todos los casos (véase p. 118), se presu-

pone un hecho principal *doloso*. Por eso, en el caso arriba mencionado, el hecho acoplamiento queda para la rufiana también en una accesoriedad limitada, y no es el caso, como KOHLRAUSCH (antes del § 47, III, A. 3d., p. 180) supone, de penar por “instigación” al “incesto”; lo mismo que la motivación al juramento falso no doloso, no se ha convertido ahora en “instigación” al “perjurio”, sino que en el § 160 está bajo pena, previsto, con razón, como delito especial.

V. LA COAUTORÍA (§ 47).

La coautoría es autoría cuya particularidad consiste en que el dominio del hecho unitario es común a varias personas. Coautor es quien, estando en posesión de las condiciones personales de autor, y participando de la decisión común del hecho, sobre la base de ella, coparticipa en la ejecución del delito. La coautoría se basa sobre el principio de la división del trabajo. Toda coautor complementa con su parte del hecho las partes del hecho de los demás en un total delictuoso; por eso responde también por el total (§ 47).

La ley exige en el § 47 una ejecución común del hecho. A ella pertenecen:

1. *La decisión común del hecho*: el entendimiento recíproco, expreso o tácito, para la comisión común del hecho.

El entendimiento recíproco puede ser llevado a cabo, también durante el curso del hecho, después que el primer autor ya haya ejecutado una parte; es la llamada *coautoría sucesiva*. El que se agrega no responde por los fundamentos de agravación ya cumplidos; p. ej., no responde por la violación de la puerta ya realizada (FRANK, § 47, III).

Cada uno responde solamente hasta donde va el entendimiento; por tanto, ninguna responsabilidad por el *exceso* del otro.

2. La ejecución común del hecho.

a) De acuerdo con la *teoría objetiva*, "ejecución" ha de entenderse en el sentido técnico, vale decir, como realización de una acción típica. Quien sólo realiza una acción preparatoria o de ayuda, es únicamente cómplice.

A, B y C combinan un hurto con efracción. A hace de campana, B violenta la puerta y C hurta en el edificio. B y C cometen acciones de ejecución, en el sentido del § 243, cifra 2 (B es el violentador, C hurta); por tanto, son coautores. A es cómplice, ya que no realiza ninguna acción de ejecución.

b) Según la *teoría subjetiva* (así, RG. 2-162, jurisprudencia sobre la base de los motivos), "ejecución" no debe entenderse en el sentido técnico. Basta cualquier actividad que un partícipe realice, sobre la base del plan común del delito, para la ejecución del delito; por tanto, bastan también las acciones meramente preparatorias o de ayuda, hasta la mera reafirmación en la voluntad del hecho en el ejecutante (RG., 15-295; 58-279).

Naturalmente, el hecho ha de haber llegado, en uno de los partícipes, por lo menos, hasta la tentativa punible.

La diferencia decisiva entre coautoría y complicidad reside en el *campo subjetivo*. El coautor actúa con *animus auctoris*, es decir, quiere el hecho como propio. El cómplice actúa con *animus socii*, vale decir, que quiere el hecho como ajeno. En ambos casos es indiferente qué contribución de hecho presta objetivamente el partícipe (RG., 2-162; 3-182; etc.): "teoría del *animus*".

Muy claramente el RG., 3-182: el cómplice tiene una voluntad dependiente del autor, es decir, que sujeta su voluntad a la del autor, de suerte que deja librado a él si el hecho ha de ser o no consumado. El coautor, en cambio, no conoce ninguna voluntad ajena que lo domine.

Las decisiones posteriores emplean las palabras "querer el hecho como propio o como ajeno", las más de las veces únicamente como criterio de la autoría. Con ello se pierden muchas veces en una pura cuestión de palabras.

Esto lo observa muy severamente el RG., 15-303: la afirmación de que alguien haya querido el hecho como propio, es “una mera palabra sin sentido práctico”.

La fórmula se anquilosa en el curso del tiempo, de tal manera que su aplicación toma hasta formas grotescas, especialmente en RG., 71-364: también el coito ajeno puede ser querido como hecho propio!

El RG. ha encontrado en invariable jurisprudencia “la diferencia entre autor y cómplice en la dirección de voluntad del cooperante, y no hay razón para desviarse de esa jurisprudencia generalmente aplicada, cuando la acción punible consiste en la realización del acceso carnal”. Ciertamente, no bastaría “establecer en tal caso la autoría, solamente a través de una semejante versión formulista”. Considerándolo naturalmente, la actividad de aquel que no realiza el coito es sólo complicidad.

Con ello confiesa el RG. mismo, que la fórmula del *animus auctoris* no dice nada y es inutilizable. Es inutilizable porque es demasiado subjetiva.

¿Qué quiere decir, querer el hecho como propio o como ajeno? ¿Está acaso a disponibilidad del autor, el querer el hecho “como propio” o “como ajeno”? ¿Puede alguien convertir el hecho en “propio”, de su mera voluntad, o desviarlo “como ajeno” a través de una correspondiente voluntad de cómplice? Esto es imposible: el hecho tiene que ser realmente *la obra* del autor. La voluntad especial de autor del RG. es impracticable como criterio de la autoría, en un doble sentido: 1º) no dice cuándo el hecho es la obra propia del autor, y 2º) es completamente superfluo cuando se lo quiere tomar como conciencia especial de autor, es decir, como reflexión que el actuante se hace de este modo: “yo quiero, sin embargo, ser también autor de este hecho”.

Toda la fórmula del *animus*, del RG., es un artificio con el que se pone en el lugar de una fundamentación, una afirmación y luego se presenta esta afirmación en la forma de la fundamentación: alguien es autor, *porque* tenía la voluntad de autor; el por qué tenía la voluntad

de autor, y lo que quiere decir, queda en una pura afirmación.

El RG. volvió últimamente a la *teoría de los intereses*, abandonada ya en el siglo XIX, en lugar de la fórmula del *animus*. Si alguien quiere el hecho como propio, lo dirige de acuerdo con el grado del propio interés en el resultado (RG., 74-85). Esta argumentación falla en el derecho positivo, ya en el § 216 y en los múltiples casos en los cuales resulta suficiente la aspiración de una ventaja patrimonial para otro, para que exista autoría, p. ej., en los §§ 253 y 263; pero ante todo falla en lo siguiente: como el dolo del hecho es voluntad de concreción (véase p. 73), así basta también, en la participación de varios, para el dolo de autor, la voluntad de concreción, no siendo así necesario que el autor desee el resultado criminal para sí mismo o que esté interesado en él, sino que es suficiente que lo quiera concretar.

c) *La propia opinión*. Ni la teoría objetiva ni la subjetiva bastan, porque la separación objetivo-subjetivo es insuficiente donde están en cuestión problemas de acción, ya que la acción es una síntesis inseparable de elementos objetivos y subjetivos. Por eso no se soluciona el problema del coautor con fórmulas categóricas (voluntad de autor o acción de ejecución).

La coautoría es en sí misma una forma de la autoría, al lado de la autoría sola. *Coautoría* es *autoría*. Por eso cada coautor debe ser autor; vale decir, tener las condiciones personales —objetivas y subjetivas— de autor, y en los delitos de propia mano (véase IV), cada uno debe realizar él mismo el acto punible (con ello queda refutado el RG., 71-364).

En lo demás, para el elemento de la coautoría adecuado al hecho, es decisivo el dominio final del hecho; por eso se elimina, desde un principio, de la coautoría al que ha sido instrumento de un autor mediato. Por tanto, cada coautor debe subjetivamente ser coportador de la decisión común del hecho, vale decir, tener junto con los demás la voluntad absoluta de concreción, y objetivamente com-

pletar las contribuciones de los demás al hecho, mediante su contribución de hecho. Siempre es coautor quien —en posesión de las condiciones personales de autor— realiza una acción de ejecución, en el sentido técnico, sobre la base del plan común del hecho, pues en la realización finalista y voluntaria de la acción de ejecución, se manifiesta más claramente la propia voluntad de concreción. Pero también el que en lo objetivo sólo realiza meros actos preparatorios o de ayuda, es coautor, cuando es coportador de la decisión común del hecho. Por eso le debe ser comprobada especialmente la participación en la decisión del delito, para lo que deben tomarse en cuenta, como indicios, todas las circunstancias objetivas y subjetivas del hecho. El *minus* en la coparticipación objetiva, debe ser compensado por el *plus* en la comprobación particular de la coparticipación en la decisión del delito, si no el objetivamente menos partícipe podría ser penado solamente como cómplice. Por eso la cuestión de la coautoría puede ser resuelta solamente mediante una apreciación minuciosa de todo el complot delictuoso y del grado de la participación objetiva de todos los partícipes, pero no mediante fórmulas categóricas (véase WELZEL, SJZ., 1947, ps. 645 y ss.).

VI. LA AUTORÍA SECUNDARIA.

Es la cooperación de varios en la producción de un resultado, sin entendimiento mutuo. El hecho de cada uno es contemplado por sí mismo y de ese modo juzgado (RG., 55-79; 68-256; BGH. NJW., 53-551).

§ 16. LA PARTICIPACIÓN

I. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.

1. Participación, en sentido estricto, es solamente instigación y complicidad; en sentido más amplio, también la coautoría (p. ej., para el § 50).
2. Ha de entenderse por participación solamente los

actos de participación en la comisión del hecho principal; quien, después de la terminación material del hecho, ayuda al autor o asegura la presa, no comete participación, sino una forma de encubrimiento (§§ 257 a 259).

a) El hecho no está siempre agotado con su consumación formal. Así la privación de la libertad está consumada con el encierro, pero se agota solamente cuando el encerrado recupera la libertad; hasta entonces es posible la complicidad (RG., 38-417). Esto tiene valor para todos los delitos permanentes, como la deserción, el secuestro, la violación de domicilio, y otros.

b) Pero también, prescindiendo de los delitos permanentes, para la cuestión de la participación no interesa la consumación formal del hecho, sino la material; vale decir su agotamiento material (véase p. 191). Especialmente en los delitos de acción doble (§§ 146, 267, y otros), y en los delitos limitados en el resultado (§§ 253, 263, y otros) se separan. Sólo con la obtención de la intención delictuosa están materialmente terminados, de modo que hasta entonces existe la posibilidad de una participación en ellos.

Ejemplos: quien entrega como mensajero doloso, por encargo del autor, el documento falsificado por éste a la persona a quien quiere engañar, ayuda al autor en la consumación material del hecho (el que formalmente ya está consumado con la falsificación), y es cómplice en el § 267. El cómplice del extorsionador que busca el dinero exigido a la víctima: complicidad en el § 253 (HRR., 1940, 469).

3. Toda participación está en su esencia relacionada con un hecho principal. No existe ninguna instigación o complicidad "en sí", sino solamente una instigación o complicidad al hecho: es la llamada accesoriedad de la participación. Esta dependencia de la participación del hecho principal, se manifiesta hacia dos direcciones:

α) ¿Qué características de punibilidad (antijuricidad, culpabilidad, punibilidad) debe tener el hecho principal? (ámbito intensivo de la accesoriedad).

β) ¿Hasta qué grado debe estar concretado el hecho principal? (ámbito extensivo).

a) El ámbito *intensivo* de la accesoriedad.

Para la calidad criminal del hecho principal es necesario y suficiente, que sea doloso y antijurídico, sin que precise ser culpable (§ 50, inc. 1) (la llamada accesoriedad limitada).

Por lo tanto, la instigación o complicidad al hecho de un incapaz de culpabilidad (p. ej., de un enfermo mental o de un niño) son punibles como participación. Distinta era la interpretación anterior de los §§ 48 y 49, de la práctica y la doctrina actuales. Ella exigía un hecho principal culpablemente antijurídico. Esta llamada *accesoriedad extrema* está anulada a través de la ordenanza del 23 de mayo de 1943, con la nueva redacción de los §§ 48 y 50.

Aunque la accesoriedad limitada no exige un hecho principal *culpable*, presupone, sin embargo, un hecho principal antijurídico *doloso*. Esto se demuestra claramente en los delitos especiales; la obtención maliciosa de una sentencia que no esté de acuerdo con los hechos, no es complicidad, menos aún “instigación” al prevaricato “no doloso” (§ 336). Ésta sería una “construcción jurídica”, entendido esto último en mal sentido, completamente ajena a la realidad, que es una estafa procesal. Inducir dolosamente a la confección no dolosa de un documento falso, no es “instigación” o “complicidad” del § 348, sino que es penado, con razón, en el § 271, como delito autónomo. Quien induce al juramento falso no doloso, no comete “instigación” al “perjurio”, sino, igualmente, un delito especial de acuerdo con el § 160. Pero, independientemente de los delitos especiales, la aceptación de una “instigación” al hecho principal no doloso, conduciría a la subversión completa de la situación real y a representaciones completamente distintas de las que tiene la conciencia popular. En el ejemplo del médico, de la p. 106, el médico es el autor principal, no la enfermera; él no ha “instigado” a la enfermera al homicidio culposo (¿qué representación equivo-

cada!), ni ha instigado a la desprevénida al “asesinato”, sino que es el asesino (como autor mediato). Solamente ésta es la apreciación del hecho de acuerdo con la realidad y con la conciencia de la generalidad.

Pero también la aceptación de una *complicidad* al hecho principal no doloso subvertiría la situación real. Esto demuestran igualmente los ejemplos ya citados de los delitos especiales. Independiente de ello, quien *a sabiendas* ayuda a un actuante no doloso, es autor mediato, pues él tiene el dominio final del hecho sobre el resultado, porque él aprovecha dolosamente la no dolosidad del intermediario para lograr la producción del resultado (véase p. 106), y sería impropio penarlo solamente por complicidad. En cambio, quien cree erróneamente ayudar a un actuante *doloso*, incurre en tentativa de complicidad, en unidad de hecho con autoría culposa, si el resultado se produce; véase p. 129. Como aquí, v. WEBER, *Gr.*, ps. 66 y ss.; en lo esencial, también MAURACH, I, ps. 144 y ss.; además, KOHLRAUSCH en §§ 47 a 49 (ejemplos no acertados, p. 180, 3 y 5); SCHÖNKE, § 48, v, VI; § 49, IV.

b) El ámbito *extensivo* de la accesoriedad.

En principio, las acciones de participación solamente son punibles, si el hecho principal fue realmente cometido o por lo menos tentado puniblemente. La tentativa de participación, en la cual, por tanto, el hecho no ha sido cometido, o lo ha sido independientemente de ella, es punible como delito especial solamente cuando se trata de crímenes, de acuerdo con el § 49, a, o cuando es puesta bajo sanción por un tipo particular, como, p. ej., en los §§ 111 y 159.

La causa para la impunidad amplia de la tentativa de participación reside, en primer término, en que la peligrosidad criminal de la participación sólo se demuestra, por regla general, cuando conduce a un hecho principal materializado; en segundo término, en que —particularmente en la complicidad— la punición de la mera tentativa de participación, crea el peligro de una pura punición de los pensamientos (véase III, 6).

4. El fundamento interno para la punición del partícipe no reside en el hecho de que el partícipe ha conducido al autor a culpabilidad y pena, sino en que él ha motivado o fomentado un hecho antijurídico socialmente intolerable (véase sobre ello, LANGE, *Notwendige Teilnahme*, ps. 36 y ss.; y WELZEL, Z., 61, p. 213).

Solamente así llega a ser comprensible la accesoriedad limitada; además, el hecho de que el no funcionario o civil puede ser partícipe en un delito propio del funcionario público o del militar.

II. LA INSTIGACIÓN (§ 48)

Instigar es determinar dolosamente a un hecho doloso (mediante influenciación psíquica). Es fundamental la producción de *la decisión del hecho* en el autor; no es necesario, en cambio, haber inspirado el *plan del hecho*. Por eso, es instigador quien da el dinero pedido al asesino, que se había puesto a disposición, por sí mismo, para la comisión del delito por precio.

1. El medio empleado para la instigación es indiferente: persuasión, consejo, hasta aparente disuasión. Los medios citados en el § 48: amenaza, fuerza y error, no deben llegar a tal punto que el autor ya no actúe dolosamente, sobre la base de su propia decisión, si no existiría autoría mediata (véase p. 106). Por eso viene en cuestión, por ejemplo, solamente el error en el motivo (RG., 71-98).

2. El hecho principal debe haber sido cometido o, por lo menos, haberse ejecutado una tentativa punible.

La tentativa de instigación es punible solamente en crímenes. Por cierto que puede haberla también en delitos, en la instigación (tentada) de un autor ya decidido (*omnimodo facturus*) complicidad psíquica, a través de una refirmación de la decisión (RG., 72-375).

3. Como dolo de instigador es suficiente el *dolus eventualis*. De acuerdo con el RG., 15-172, el instigador debe haber querido también el resultado del hecho principal. Si el instigador quería solamente la tentativa del hecho principal para comprobar quién es el autor (*agent provocateur*), entonces es impune, según esta opinión.

4. El instigador debe haber querido un hecho determinado; un mero impulsar o animar a actividades delictuosas no es suficiente. Debe dirigirse a un determinado autor o al menos a un grupo de autores individualmente determinado; de otro modo, no entra en cuestión la instigación, sino el § 111 (figura especial).

5. El instigador responde solamente en cuanto el hecho coincide con su dolo. Diferencias que para el autor no son relevantes, lo son para él; p. ej., el *error in objecto* del autor (véase p. 79).

No responde por el exceso del autor, con excepción del resultado más grave en los delitos cualificados por el resultado. P. ej.: el autor es instigado al hurto, pero comete un robo; es solamente instigación al hurto.

6. El instigador es penado dentro de los límites de pena del hecho principal.

7. La tentativa de instigación, vale decir, el instar a un hecho principal (doloso), que no es cometido en absoluto o lo es independientemente de la instigación, es punible solamente en crímenes; la pena puede ser atenuada de acuerdo con el § 44, y el § 49, a, inc. 1 (lo mismo el art. 24, inc. 2, del Código Penal suizo).

Comete también tentativa de instigación quien, en la creencia errónea de que instiga al hecho a un actuante doloso, determina, en realidad, a quien actúa no dolosamente (véase p. 129).

La "proposición" (*Aufforderung*) del § 49, a, inc. 1, es instigación materialmente tentada y debe ser dirigida,

como ella (véase punto 3), seriamente a la comisión de un crimen (RG., 57-172) y, de acuerdo con el hecho y el autor, ser individualizada. Debe haber sido *trasmitida*, pero no es preciso que haya *llegado* al destinatario o que haya sido entendida por él (RG., 26-81). No es necesario que el que propone califique el hecho con exactitud jurídica como crimen; basta que según *su representación*, el hecho tenga en la persona del autor todas las características objetivas y subjetivas que emplea la ley para calificarlo como crimen, en el sentido del § 1 (RG., 20-198; 32-267).

Si el hecho es un crimen solamente para el partícipe (p. ej., por reincidencia), pero no para el autor, no es de aplicación el § 49, a. En el caso inverso, se debe tener en cuenta el § 50, II: el partícipe para el cual el fundamento de cualificación (p. ej., § 244) no concurre, es solamente punible dentro de los márgenes de pena de la figura básica (§ 242) (MAURACH, I, 142). En los casos de una participación necesaria impune, queda naturalmente impune también el partícipe necesario *sin resultado* (BINDING, II, 863; MEZGER, LK., 4 y s.). El desistimiento espontáneo y definitivo libera de pena; lo mismo que un esfuerzo espontáneo y serio para impedir el hecho o el resultado, aun cuando éstos, independientemente de ello, no se produzcan (§ 49, a, inc. 4). También la instigación mediata tentada (es decir, tentativa de instigación a la instigación) cae en el § 49, a, inc. 1; en cambio, no es abarcada por el texto del § 49, a, inc. 1, la propuesta de complicidad; ella cae en el inc. 3, pues es complicidad mediata tentada y no puede ser tratada en forma distinta de la complicidad misma sin resultado. Aunque no está expresamente indicado, el § 49, a, es subsidiario frente a los §§ 48 y 49.

III. LA COMPLICIDAD (§ 49).

Complicidad es la prestación de ayuda *dolosa* a un hecho *doloso* (se exceptúan las contravenciones) (BGH., 1-282).

1. Sobre la diferenciación entre complicidad y coautoría, véase ps. 113 y ss.

2. La complicidad puede ser prestada mediante consejo o hecho, por tanto, también psíquicamente; lo mismo que mediante omisión, en el caso de que exista un deber de intervenir.

3. La complicidad debe fomentar el hecho principal (objetivamente) y el cómplice debe quererlo (subjétivamente).

“Fomentar” quiere decir: prestar una contribución causal a la comisión del hecho principal; por tanto, en los delitos de resultado, también una contribución al resultado. Quien presta al ladrón una ganzúa, con la que éste vanamente trata de abrir la puerta, si el ladrón después entra por una ventana, comete solamente complicidad en la tentativa, en tanto no exista para todo el hecho una ayuda psíquica a través del cómplice. OLSHAUSEN, § 49,3,6. Esta opinión, discutida por el RG. (58-113), está hoy asegurada por el § 49, a, inc. 3.

Por eso no existe complicidad si el “cómplice” no quiere fomentar el hecho. El suministro conciente de un abortivo completamente inidóneo no es complicidad (RG., 60-24).

4. Por lo demás, rigen, también aquí, los principios sobre la instigación, en lo correspondiente (II, 2 a 5).

5. La complicidad *puede* ser sancionada con una pena reducida, como para la tentativa (§ 44), según el § 49, inc. 2, nueva redacción, mientras que hasta 1939 *debía* ser reducida la pena (§ 49, redacción anterior). Si el hecho principal es solamente tentado, entonces es posible una doble reducción para la complicidad en él.

6. También la tentativa de complicidad, vale decir, la acción de ayuda a un hecho principal que no ha sido co-

metido en absoluto o al que esa ayuda no prestó ninguna contribución causal, es punible solamente en crímenes. La pena puede ser atenuada y aun prescindirse de ella (§ 49, a, inc. 3). Para el desistimiento rige lo mismo que para la tentativa de instigación (II, 7).

El modo de estar concebida la disposición no está idiomáticamente en orden: si el hecho principal no fue ejecutado en absoluto o lo fue independientemente de la prestación de ayuda, el "cómplice" no puede, tampoco, haber realmente "prestado ayuda". Él puede haber realizado, solamente, acciones que tendieron a una prestación de ayuda. Pero esto conduce a lo ilimitado de la pena pura de sentir (véase p. 131), pues a tales acciones pertenecen los más lejanos actos preparatorios que debían fomentar el hecho posterior. A esto se agrega que las mismas acciones preparatorias, realizadas por el cómplice, son punibles, y realizadas por el autor, libres de pena, pues las acciones preparatorias del autor son impunes. Por eso, en la tentativa de complicidad se debe tener especialmente en cuenta la posibilidad de prescindir de pena.

IV. CONCURSO DE VARIAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN.

1. Cuando concurren distintas formas de participación en una sola persona y en la misma acción, las formas más leves son absorbidas por las más graves (subsidiariedad) (RG., 62-75; sobre excepciones, RG., 70-138, 296).

2. Instigación a la instigación es instigación mediata al hecho. Complicidad en la instigación, instigación a la complicidad y complicidad en la complicidad, son casos de complicidad mediata al hecho. Por tanto, no es admisible en el último caso una doble reducción (RG., 14-318; 23-300; 59-396).

3. Si se instiga por medio de una sola y misma acción, a varios hechos, existe, sin embargo, una sola instigación (véase p. 216 y RG., 70-31).

V. LA INFLUENCIA DE LAS CONDICIONES PERSONALES SOBRE LA PARTICIPACIÓN (§ 50, inc. 2).

La naturaleza delictiva de la participación se decide conforme a la naturaleza del hecho principal. Sin embargo, la naturaleza delictiva del hecho principal es codeterminada muchas veces por las condiciones personales del autor, es decir, por las circunstancias que tienen por efecto aumentar o disminuir la penalidad (así en los llamados no auténticos, delitos especiales; p. ej., la malversación del § 350), o aun por las que fundamentan la pena (en los auténticos delitos especiales; p. ej., el prevaricato del § 336) (véase p. 72). ¿Qué significación tiene la existencia de tales calidades solamente en el autor o solamente en los partícipes? ¿Debe la naturaleza delictiva de la participación, también en estos casos, regirse sin restricción, por el hecho principal?

1. Para las calidades o condiciones personales *que aumentan o atenúan la pena* y para las *que eximen de ella*, el § 50, inc. 2, hace una excepción: tienen significación penal solamente para aquellos autores o partícipes que las poseen.

Si un no funcionario ayuda a un funcionario en una malversación, el funcionario es penado con arreglo al § 350; el no funcionario, como cómplice, según los §§ 246 a 249.

Sobre calidades personales que *eximen de pena*, véase p. 62. Ej.: quien instiga a un cónyuge a hurtar al otro cónyuge, es penado por instigación al hurto, en tanto que la acción del cónyuge queda sin pena (§ 247, inc. 2; § 248, a, inc. 3).

Las calidades y condiciones personales, según la teoría actual, son solamente elementos permanentes del estado de la persona; es decir, que al lado de los elementos personales objetivos de autor, están la adecuación a su actividad y costumbres, la calidad de delincuente habitual peligroso y la de reincidente. Esta restricción la deduce

la teoría actual de una mera interpretación de las palabras, que tanto más da que pensar, cuanto que el texto de la ley, intencionadamente, tiene carácter general (véase, también, el art. 26 del Código Penal suizo: "calidades, condiciones y circunstancias personales"); contra ella ya con razón, en RG., 26-369. Materialmente no existe ninguna razón en contra de tomar en cuenta también los sentimientos, intenciones y motivos transitorios, entre las calidades personales del autor, con miras a la acción concreta (como aquí, LISZT, BELING, FINGER, P. MERKEL; en contra: RG., 25-266; FRANK, II).

Cabe tener presente que el § 50, en cuanto a la participación, presupone sus fundamentos, es decir, la esencia conceptual de instigación y complicidad y su dependencia de un hecho principal *doloso*. Esto significa que el § 50 se elimina para la relación de dolo y culpa, ya que la regulación de la participación de los §§ 48 y 49 tiene significación solamente dentro de los tipos dolosos. Sólo dentro de las distintas formas de participación *dolosa* admite el § 50 una influencia de aquellos elementos personales (subjetivos u objetivos), que aumentan, atenúan o excluyen la punibilidad.

2. Para las calidades personales que *fundamentan la pena* no rige el § 50, inc. 2: la naturaleza del hecho principal determina, sin restricciones, lo injusto de la participación. Es decisivo, por tanto, que el *autor* tenga las cualidades que fundamentan la pena. La participación se rige entonces por el hecho principal. Si un no funcionario instiga a un funcionario a un delito propio del funcionario público, por ejemplo al prevaricato (§ 336), entonces es penado con arreglo a los §§ 336 a 348; un estado jurídico poco satisfactorio.

3. Si, a la inversa, un funcionario induce a un no funcionario a la realización de un acto de ejecución de un delito propio del funcionario público (p. ej., § 348, inc.

1), allí no entra en cuestión el § 50, inc. 2; existe autoría mediata (véase p. 106).

VI. LA LLAMADA PARTICIPACIÓN NECESARIA (LANGE, *Notwendige Teilnahme*, 1940).

Determinados delitos requieren, por su naturaleza, la coparticipación de otras personas, además del autor; p. ej., la usura de los §§ 302 y ss., los actos de lascivia con personas bajo la dependencia, de los §§ 174 a 176; la liberación de reclusos del § 120; el lenocinio del § 180. Como la ley declara punible solamente la actividad de un copartícipe, surge de ello la impunidad del otro, siempre y cuando su hacer no sobrepase la medida mínima de coparticipación presupuesta por la ley. Pero se hace punible, si abandona la medida mínima y, eventualmente, instiga al autor. Su impunidad no puede ser deducida de consideraciones generales sobre la naturaleza de la participación y la autoría (así últimamente LANGE; además, WELZEL, Z., 61-212), sino que ha de ser deducido solamente del sentido material del tipo respectivo. Se puede distinguir tres grupos de tipos:

1º) El tipo tiene como objeto la protección del partícipe necesario, p. ej., §§ 302, a, y ss.; §§ 174 a 176; o bien lo trata como mero objeto del hecho punible (§ 237): entonces toda forma de participación de esas personas es impune.

Por eso es también impune la estudiante de 18 años que instiga a su profesor a acciones lascivas con ella (§ 174,1). RG., 18-181.

2º) El tipo crea un privilegio para una situación personal especial del partícipe necesario, especialmente una situación especial de motivación; p. ej.: el ansia de libertad, §§ 120 y 257; la situación de dependencia, § 173. Por la misma razón que se excluye su autoría, es impune también toda participación. Señalan FRANK (§ 47, v), LANGE y el RG. (61-31), que solamente la participación necesaria es impune, no la instigación.

3º) También en los demás casos queda impune la participación, aunque sobrepase la medida mínima necesaria, si es la forma de participación típica de acuerdo con la figura; así, por tanto, en las figuras en las que lo típico es que la iniciativa parta del partícipe necesario: así en el lenocinio del § 180 (RG., 25-369).

VII. CASOS DE ERROR: SEPARACIÓN DEL TIPO OBJETIVO Y SUBJETIVO EN LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN.

Según el concepto de autor antes analizado, autor es quien objetivamente posee el dominio finalista del hecho y lo conoce subjetivamente. Estos dos aspectos van, por regla general, unidos, pero hay casos en que se separan.

1. Alguien tiene el dominio finalista del hecho sin saberlo.

Ejemplos: α) Dos arrendatarios de caza, A y B, están cazando. A induce a B a matar un ciervo que está fuera de la zona arrendada, creyendo *erróneamente* que B se da cuenta, pero pasa por alto la situación del hecho. β) A presta la escopeta a B para el tiro más allá del límite, creyendo también *erróneamente* que B conoce el hecho y lo pasa por alto.

En ambos casos, A tiene el verdadero dominio del hecho, utilizando para ello a B, que, contra lo que él cree, no actúa dolosamente. Se puede pensar en tres soluciones para el caso:

a) La solución objetiva. A es autor, independientemente de su conciencia, porque tenía el dominio real del hecho. Esta solución se elimina en el caso β completamente, puesto que convierte en autor injustamente al partícipe. Pero se deja defender para el caso α , con la fundamentación siguiente: A es objetivamente autor; subjetivamente, instigador; pero como autoría e instigación son igualmente merecedoras de pena, basta para la punición por autoría el dolo de instigador, si el hecho fue realmente cometido.

b) A comete instigación y complicidad en un delito no doloso. Esta solución sería imaginable, si nosotros tuviéramos formas independientes de participación también para hechos culposos. Pero no las tenemos, con razón. Pues motivación o ayuda en hechos no dolosos, que el tercero conoce como tales, es autoría mediata; cualquier motivación o ayuda en hechos culposos, pertenece a la cocausación culposa en la autoría culposa.

En cambio, es imposible calificar la motivación o ayuda en hechos no dolosos como instigación o complicidad a un delito doloso, precisamente porque no se cometió un hecho doloso (compárese con el caso del médico, p. 106). También los juicios de valor se apoyan sobre cuestiones de hecho del ser y no pueden anular *las leyes de la lógica*. Esa infracción a la lógica, tergiversa también el juicio de valor. Si la participación, en principio, merece pena sólo cuando el hecho principal —y por cierto, no un hecho principal cualquiera, sino el hecho principal doloso comprendido por el dolo del partícipe— fue realmente cometido, entonces la tentativa de participación es trasformada y convertida en una participación consumada, a través de aquella construcción. Por eso es también imposible, en el caso arriba mencionado del cazador, penar a A por instigación o complicidad en un delito *doloso* de caza de B, ya que B, por su parte, no ha actuado dolosamente.

Por tanto, queda (aparte de la solución dada en a) solamente la solución siguiente:

c) A comete tentativa de instigación o complicidad, respectivamente, al delito doloso; y si el hecho del ejecutante es punible a título de culpa, simultáneamente cocausación culposa del respectivo tipo culposo. Esta tentativa de participación es impune en el caso del cazador arriba mencionado, ya que no está dirigida a la comisión de un crimen¹.

¹ Por el § 49, a, del C. P. alemán, la tentativa de participación sólo es punible en los *crímenes*; no lo es en los *delitos y contravenciones* (ver ps. 23 y 121).

2. Alguien cree tener el dominio finalista del hecho, sin tenerlo. Ejemplo: en el caso del cazador, A induce a B a que haga un disparo más allá del límite, creyendo, erróneamente, a la inversa del caso anterior, que B no conoce la situación.

Aquí B es autor; A es objetivamente instigador, pero se mantiene en posesión del dominio finalista del hecho. La voluntad del motivador no queda aquí, como en el ejemplo anterior, detrás de la realidad, sino que la sobrepasa; comprende, por tanto, también lo menos, que es la instigación, de modo que A puede ser penado por instigación.

VIII. APÉNDICE: ACCIONES PREPARATORIAS PUNIBLES DE AUTOR Y PARTÍCIPE.

Además de la tentativa de participación, el § 49, a, prevé otras acciones peligrosas preparatorias del delito, bajo la pena del instigador; y, por cierto, el ofrecimiento serio para la comisión de un delito, y la aceptación de tal ofrecimiento; además, el acuerdo sobre un delito (véase, RG., 58-393) y la seria negociación sobre él. § 49, a, inc. 2.

La nueva versión de noviembre de 1943, ampliando la anterior, sitúa en el campo de las acciones preparatorias punibles, casos antes impunes; así, pena el ofrecimiento verbal y su aceptación, aun cuando no estén ligadas con la concesión de ventajas; pone bajo pena también el acuerdo para el delito, y hasta la mera entrada en negociaciones serias sobre él. Conduce con ello, con criterio muy discutible, a un derecho penal del sentir, que pena, no solamente manifestaciones de voluntad, sino manifestaciones del sentir dirigidas a acciones futuras. También aquí rige la posibilidad ampliada de desistimiento del § 49, a, inc. 4.

§ 17. EL AUTOR COMO TIPO CRIMINOLÓGICO

WOLF, *Vom Wesen des Täters*, 1932; BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht*, I, II, 1939-1940; LANGE BEI KOHLRAUSCH, § 20, a; WELZEL, *Z.*, 60, ps. 428 y ss.; DAHM, *Tätertyp im Strafrecht*, 1940.

I. ACCIÓN TÍPICA Y AUTOR TÍPICO.

La teoría de la acción, de lo injusto y del autor, desarrollada hasta aquí, se constituye sobre la comprensión de que el autor es determinado por su hecho y el hecho por su autor. Esta relación de autor y hecho, de acuerdo con su naturaleza, la hemos tomado sin embargo hasta ahora, sin señalarlo expresamente, en un sentido determinado, a saber, que sólo un hacer trasforma al autor en autor. Asesino es quien ha cometido un asesinato; ladrón quien ha cometido un robo; etc. De este modo están estructurados, por principio, los tipos de nuestro C. P., es decir, como tipos de acción, en el sentido destacado de que la acción individual trasforma al autor en autor.

Pero la autoría puede ser entendida todavía en otro sentido, a saber, como centro permanente de acción, de determinadas acciones. Ladrón en ese sentido es quien comete robos por costumbre; pendenciero, quien tiende a grescas, etc. Aquí autor es un tipo "criminógeno", que comete hechos punibles permanentemente desde su ser criminal. Este tipo criminógeno de autor puede ser tomado en consideración ya dentro de los tipos típicos de acción, en la adecuación de la pena. Así el juez, en un delito de lesiones, sancionará mucho más severamente al pendenciero reincidente, que al partícipe sin antecedentes de pendenciero, que fue llevado casualmente a la riña. Pero en algunas disposiciones legales, el tipo incluye expresamente el tipo criminológico de autor y limita a él la autoría. El ejemplo más importante lo brinda el § 20, a. Aquí se produce agravación de pena, si el autor ha cometido al menos tres hechos y si de la apreciación total resulta de que es un delincuente habitual peligroso. El

autor es aquí determinado no solamente por la comisión de tres hechos, pues estos tres hechos podrían ser ocasionales en una persona, por lo demás, no criminal; el autor es penado más gravemente, porque ha cometido el hecho como "criminal habitual", es decir, porque aquellos hechos son la exteriorización de una tendencia arraigada hacia el crimen.

Mientras que en los tipos típicos de acción, la comisión de un único hecho trasforma al autor en autor, en el autor típico el autor es determinado a través de una característica criminógena permanente, y valorada la acción como emanación de esta característica.

La característica criminógena puede remarcar lo injusto del hecho, como en el § 20, a. El § 20, a, agregado por ley del 24 de noviembre de 1933, prevé el caso de tercera condena por delito doloso o comisión de tres hechos dolosos. En tales casos, puede ser agravada la pena —si la apreciación de los hechos en conjunto, demuestra que se está ante un delincuente habitual peligroso— y aun ser, precisamente, su fundamento. Así, el § 361, cifra 3, pena a quien vaga como "linyera". El vagar en sí mismo no es todavía ningún injusto, sino que se convierte en tal solamente cuando es la exteriorización de una persona antisocial, precisamente la del linyera, vale decir, una persona con tendencia arraigada a vagar sin objeto y finalidad, que constituye una carga para la comunidad (RG-DR.. 1939, p. 365).

II. CLASES DE TIPO CRIMINOLÓGICO DE AUTOR.

Se pueden distinguir tres clases de tipos criminológicos de autor, cuyas características, sin embargo, pueden superponerse.

1. *El tipo disposicional.* Este autor se caracteriza por sus predisposiciones naturales, que lo llevan hacia el crimen; es el capaz, con imputación disminuída, del § 51, inc. 2, en cuanto no sea una personalidad degenerada (psicópata).

2. *El tipo caracterológico de autor.* Este autor se caracteriza por rasgos de su carácter adquirido, que lo determinan a la actividad criminal: malas costumbres, tendencia adquirida. A este grupo pertenecen el criminal habitual peligroso del § 20, a, el cazador furtivo habitual, el encubridor, el usurero, etc., previstos en los §§ 292, inc. 3, 260, 302, d, 150, 180 y otros.

Si la tendencia o la costumbre arraigan preponderantemente en cargas de la personalidad, entonces existe el tipo disposicional de autor.

3. *El tipo sociológico de autor.* Se trata de una forma social criminal de vida: la existencia parásita, sin que ésta arraigue en una tara natural o haya llevado a una degeneración caracterológica duradera. La forma principal es la del jugador profesional, prevista en el § 285; en general, el delincuente profesional, previsto en los §§ 260, 302, d, 292, inc. 3, 175, a, cifra 4; ante todo el rufián del § 181, a.

En sentido más amplio, este tipo sociológico de autor comprende también al criminal habitual, en cuanto, en la valoración de su hecho, no está tanto en primer plano la tendencia, cuanto la conducción criminal de su vida. La delimitación de los tipos típicos de autor, y los tipos puros de acción, con factores de sentir de autor, no siempre es sencilla. *Un autor típico existe solamente cuando el tipo presupone una característica criminógena permanente en el autor, sea predisposición, rasgo de carácter o modo de vivir.* En los factores de sentir de autor, en cambio, basta únicamente la dirección de voluntad en el hecho.

Se debe distinguir del tipo criminológico de autor, el tipo de autor "relativo al hecho" o normativo, que fue desarrollado por DAHM, MEZGER y otros. Según ellos, pertenece por principio a toda acción típica un tipo de autor ("asesino", "incendiario", "rufián"), que lo concreta y limita. La teoría estaría hoy, en general, abandonada. No sería ya compatible con el principio de la determinación legal de la punibilidad.

SECCIÓN SEGUNDA

§ 18. EL TIPO DE INJUSTO DE LOS DELITOS CULPOSOS

NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951; MAYER, p. 140; WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 2 Aufl., ps. 23 y ss.

I. VALOR DEL RESULTADO Y DE LA ACCIÓN EN LOS DELITOS CULPOSOS.

1. Mientras el tipo de lo injusto de los delitos dolosos se refiere a aquellas acciones cuyas consecuencias, logradas finalistamente, lesionan el orden jurídico, el tipo de lo injusto de los delitos culposos comprende, precisamente, las lesiones de bienes jurídicos producidas no finalistamente, ocasionadas de modo puramente causal; de acciones cuya meta final propuesta, como tal, no lesiona el orden jurídico.

Para ilustrarlo, recordemos el ejemplo citado en la p. 43, de quien limpia descuidadamente un fusil y lesiona mortalmente a un tercero. El tipo de injusto de los delitos culposos exige siempre una lesión de bienes jurídicos o, cuando menos, la puesta en peligro de bienes jurídicos; pero ésta no debe estar propuesta finalmente, sino sólo causalmente ocasionada. Sin embargo, es imposible que sea un injusto adecuado al tipo toda lesión de bienes jurídicos, ligada causalmente con una actividad final jurídicamente irrelevante. Pues como el hombre puede predeterminar y estructurar finalmente sólo una pequeña parte del futuro, y debe dejar la prosecución causal de su intervención siempre en parte a la incertidumbre, solamente a través de una omisión de toda actividad, podría estar absolutamente seguro de que no lesio-

nará bienes jurídicos. La prohibición estricta de lesión de bienes jurídicos llevaría en el acto al estado de paralización total de la vida social, y trasformaría los bienes jurídicos en un mundo de museo, en el que, ciertamente, permanecerían sin lesión por obra de manos humanas, pero estérilmente anquilosados, sin función viva (véase H. MAYER, *Lb.*, p. 205; WELZEL, *ZstW.*, 58, p. 558). Por tanto, no puede ser antijurídica la lesión de bienes jurídicos tan sólo por ser provocada por una manifestación de voluntad humana, sino únicamente aquella que se corresponde causalmente con una manifestación de voluntad de determinada clase.

El tipo de injusto de los delitos culposos, como el de los delitos dolosos, tampoco se agota en una lesión de bienes jurídicos, sino que presupone un determinado *disvalor de acción* y contiene, asimismo, un injusto "personal".

2. Sin embargo, el disvalor de acción de los delitos culposos está estructurado en forma distinta del de los delitos dolosos. Si éste se fundamenta en la sobredeterminación finalista *real* del acontecer externo, en lo injusto de los delitos culposos, falta precisamente, dicha superdeterminación finalista *real* con miras al resultado adecuado al tipo. Es distinto con miras al resultado jurídicamente irrelevante, como sería el limpiar la escopeta en el ejemplo dado. El *disvalor* específico *de acción* de los delitos culposos, no radica, por tanto, en la dirección finalista que ha desplegado *realmente* el autor (limpiar la escopeta), sino en la dirección *finalista impuesta*, que va más allá, y que el autor *no* ha impuesto a su actividad; por lo tanto, en la *falta* de una acción finalista *real*, de acuerdo con la dirección finalista *impuesta*. Como ya se ha dicho muchas veces, el tipo de lo injusto de los delitos culposos contiene, en este sentido, un elemento de omisión, que pone los tipos culposos, en varios aspectos, en una línea paralela a la de los delitos impropios de omisión. *El disvalor de acción de los tipos culposos consiste en la omisión*

de una dirección finalista mejor, impuesta por el derecho con miras a evitar lesiones de bienes jurídicos.

El derecho exige de todo el que quiera tomar parte sin restricciones en la vida social, que aporte en su actividad un mínimo de dirección finalista adaptado a la situación respectiva, con miras a la integridad de los bienes jurídicos. El derecho impone, por tanto, a quien actúa, un deber objetivo para un determinado aporte finalista: el deber de observancia de la diligencia necesaria en el intercambio. Solamente acciones que, a consecuencia de la no observancia de este deber objetivo de diligencia, conducen a la lesión de bienes jurídicos, son típicamente antijurídicas, en el sentido de los tipos culposos de delitos.

Del establecimiento de la antijuricidad se debe distinguir la cuestión de la culpabilidad, que se basa en la posibilidad de *reprochar personalmente* al autor la lesión del deber objetivo de diligencia, porque con *atención* hubiera podido conocerlo y con *prudencia* evitarlo. Como en los delitos dolosos, la cuestión de la culpabilidad presupone también aquí el establecimiento previo de la antijuricidad objetiva. Como ésta no se agota en la mera lesión de bienes jurídicos, sino que comprende también un determinado disvalor de acción —precisamente la lesión de la diligencia impuesta—, se debe examinar la lesión de la diligencia objetiva, ya dentro del marco del tipo de injusto y separarlo de la culpabilidad, de la reprochabilidad personal del actuar objetivamente no diligente.

Que la lesión del deber objetivo de diligencia es un problema de tipo y pertenece al tipo de injusto, pero no a la culpabilidad, se reconoce ahora cada vez más (Con especial claridad en ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1930, ps. 344 y ss.; véase también, p. 278; H. MAYER, *Lb.*, p. 246; FRANK, § 59, VIII, 4; HIPPEL, II, 362; RG., 57-113). Pero, desgraciadamente, este conocimiento no ha conducido aún a una distinción claramente marcada entre el tipo de lo injusto de los delitos culposos y el aspecto de la culpabilidad (Se en-

cuentran intentos en ENGISCH, p. 358, y ahora, ante todo, en MAURACH, *Schuld und Verantwortung*, ps. 78 y ss. (adhiriéndose a BINDING); v. WEBER, *Grdr.*, ps. 83 y ss.; NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951).

II. EL TIPO DE LO INJUSTO DE LOS DELITOS CULPOSOS EN PARTICULAR.

1. El disvalor del resultado lo constituye, en la mayoría de los casos, una *lesión* de bienes jurídicos; en casos de excepción, también un mero *peligro* de bienes jurídicos, como p. ej., en los §§ 316, 318 y, también, en el § 163, en cuanto se considere en el falso juramento una agresión a la administración de justicia.

2. El disvalor de acción consiste en la realización de una acción que causa una lesión de bienes jurídicos, a consecuencia de la no observancia de la diligencia jurídicamente impuesta.

El contenido *finalista* de la acción no se describe generalmente en los tipos culposos. Por eso basta, en principio, toda actividad finalista, que acarrea causalmente una lesión de bienes jurídicos; así el homicidio culposo, las lesiones corporales, el incendio (§§ 222, 230 y 209) y otras (tipos puros de causación).

Solamente en pocos tipos se limita la comisión del hecho a la realización de un acto finalista determinado expresamente. P. ej., “declarar y jurar”, en el § 163; “inculpar ante una autoridad” en el § 164, inc. 5; “ejecutar una pena” en el § 345, inc. 2¹ (tipos de causación con un núcleo finalista de acción).

La diferencia entre ambos grupos tiene significación solamente para el problema de la autoría. En los tipos puros de causación es autor todo aquel que ha aportado algo, a través de una acción imprudente cualquiera, a la

¹ Se refiere al funcionario que por imprudencia o negligencia procede a ejecutar una pena que no debía ser ejecutada.

causación del resultado. En cambio, en los tipos de causación con un núcleo finalista de acción, la autoría se limita a la realización de la acción finalista adecuada al tipo: autor del falso juramento culposo es sólo quien declara y jura, pero no el que por imprudencia, solamente es causa de que alguien declare en falso.

El núcleo decisivo del disvalor de acción radica en la no observancia de la diligencia jurídicamente impuesta en la realización de acciones que ponen en peligro un bien jurídico. La característica de la diligencia impuesta es una cualidad objetiva de valor de la dirección finalista de la acción, que el actuante ha aportado o no; según esto, su acción es objetivamente diligente o no diligente. Objetivamente requiere del actuante el cumplimiento de un mínimo objetivamente general de dirección finalista. Si éste se observa, entonces la acción es también adecuada al derecho, aun cuando cause una lesión de bienes jurídicos.

Objetivamente el derecho espera de toda acción en el campo social, que su dirección finalista sea enfocada con comprensión y prudencia hacia los peligros que lleva consigo. "Cada cual está obligado a enfocar su actuar en tal forma que éste no llegue a ser causa de acontecimientos dañinos, de la especie de los que están previstos por la ley, y cuya producción está dentro de la facultad humana de representación" (RG., 19-53).

Por lo tanto, el derecho somete, a través de la exigencia de la diligencia objetiva, la *dirección finalista aportada* por el autor, a un juicio objetivo tendiente a comprobar si el mismo *ha observado el grado de dirección finalista* que puede aportar una persona comprensiva y prudente colocada en la misma situación del autor. En cambio, no se somete a ninguna contemplación "objetiva", ni la situación concreta, ni los medios de acción del autor a los cuales pertenecen también sus habilidades. La diligencia objetiva solamente impone el *empleo* de los medios de acción de que el autor dispone en la situación concreta en que se encuentra, pero no puede cambiar

nada en la situación concreta misma, ni en los medios de acción que el autor tiene a su disposición. Si a menudo se determina la medida objetiva de diligencia “sin considerar la persona del autor”, no debe significar esto que se coloque en lugar del autor, con sus habilidades individuales, sus órganos de sentidos y cosas semejantes, un “hombre medio” con habilidades “medias”. La diligencia objetiva requiere solamente una determinada medida objetiva de *aporte* finalista, sobre la base de las reales condiciones *dadas*; no se generalizan las condiciones reales de acción (situación, medios de acción, habilidades, agudez sensorial), sino *el aporte* finalista, comprensivo y prudente, esperado sobre la base de estas condiciones reales. Únicamente al llegar al problema de la culpabilidad, se debe examinar si el autor pudo también personalmente conocer y observar la medida objetiva de diligencia esperada por el orden jurídico.

Diligencia objetiva es la observancia de la medida de dirección finalista impuesta en la vida social para evitar lesiones de bienes jurídicos.

a) La medida objetivamente impuesta de dirección finalista presupone, primeramente, que un hombre comprensivo pudo prever el peligro de bienes jurídicos a través de la acción planeada. Una acción que tiene por consecuencia la lesión de un bien jurídico, que aun un hombre comprensivo no hubiera podido prever, no es antijurídica-adecuada al tipo, en el sentido de una lesión objetiva de diligencia.

A semejanza de lo que ocurre en los delitos dolosos, también aquí debe haber sido previsible en lo esencial el curso causal *concreto*, y no solamente el resultado, ya que solamente entonces pudo ser dominado por un autor comprensivo (RG., 29-219; 34-91; 56-343; 73-372). El curso causal previsible debe ser idéntico siempre con el producido realmente. Si este último —el producido realmente— no es previsible, no existe ninguna lesión de diligencia, aun cuando el curso causal realmente producido, hubiera podido producirse exactamente lo mismo en lu-

gar del previsible (R.G., 29-219; no acertado, R.G., 35-131). Si es previsible solamente una parte del resultado (p. ej., una lesión corporal en lugar de la muerte), existe lesión de diligencia solamente con miras a la lesión corporal, no con miras a la muerte (R.G., 28-272).

b) Si fue conocible comprensivamente el peligro de un bien jurídico a través de la acción planeada, entonces la diligencia objetiva exige una dirección finalista del comportamiento que evite un peligro socialmente inadecuado del bien jurídico.

aa) De ninguna manera exige la diligencia objetiva la omisión de toda acción con la que está unida un peligro de bienes jurídicos, de acuerdo con un juicio comprensivo. “Un deber ilimitado de omitir toda acción de la que resulten consecuencias conocidas como posibles, condenaría al hombre a una inactividad absoluta (HALSCHNER, *Gemeines deutscher Strafrecht*, I, p. 317). Quizá no solamente en los casos tantas veces tratados del riesgo permitido de empresas peligrosas, sino en la mayoría de las acciones de la vida diaria, no se pueden evitar lesiones de bienes jurídicos comprensivamente conocibles. Quien manda a sus hijos a la escuela, los expone, necesariamente, a los peligros, por regla general considerables, del tránsito en la calle. Quien encera las escaleras de la casa, a pesar de todos los letreros de advertencia, pone en peligro la salud de sus visitantes, etc. Nos hemos familiarizado con la mayoría de los peligros de las acciones diarias, que ya no llegan como tales a nuestra conciencia. El deber objetivo de diligencia no espera que evitemos en absoluto estos peligros “socialmente adecuados”, sino solamente que no los aumentemos por encima de la medida socialmente adecuada.

Diligencia objetiva significa la observancia de la medida socialmente adecuada del peligro de bienes jurídicos. Determinar esta medida es una de las tareas más difíciles del juez. Además de la extensión y de la distancia del peligro, es de importancia, ante todo, la adecuación al intercambio social de la acción respectiva, en cuanto esta

adecuación no es una mera descripción de la práctica *real*, que puede ser también abusiva, sino, simultáneamente, una selección *valoradora*, en el sentido de lo "adecuado a la norma". Cuanto más socialmente "normal" es en este sentido la actividad respectiva, junto con el peligro que parte de ella, tanto más se debe esperar, también, de parte de quien se expone, una consideración de estos peligros normales (los escolares deben prestar atención en el tránsito callejero; los visitantes deben tomar en consideración lo resbaladizo de las escaleras, etc.). Rige el principio de la "distribución adecuada de los peligros del intercambio": todo exceso que cargara la exigencia de evitar los peligros adecuados al intercambio unilateralmente a quien crea el peligro, paralizaría seriamente la iniciativa social. De ello resulta que la diligencia "adecuada al intercambio" exige, por regla general, solamente una medida "media", conforme al "término medio" (§ 276, C. Civil).

bb) Un subcaso del peligro socialmente adecuado es el *riesgo permitido* de empresas peligrosas, como las de industrias vitales: minas, caleras, fábricas, construcciones de casas, etc., o del tránsito moderno (ferrocarriles, automotores, aviones), o ejercicios deportivos, o actividad curativa médica, etc. Cuanto más valor social tenga el fin perseguido, tanto más ampliamente permite el derecho un peligro de bienes jurídicos a través de acciones que son *necesarias* para la obtención de aquellos fines. También aquí comienza la lesión de la diligencia objetiva con acciones que traen aparejado un aumento innecesario del peligro para el ejercicio de la actividad. P. ej., a través de la lesión de las reglas del arte o profesión, o de la omisión de dispositivos de seguridad, para lo que ofrecen cierto *sostén* las ordenanzas policiales decretadas al respecto (RG., 56-349; 73-370). También aquí rige el principio de la "distribución adecuada de los peligros sociales", especialmente en el tránsito de los automotores. La opinión del Tribunal Supremo, originariamente estrecha (RG., 65-140), que sostenía que el conductor de automó-

vil debía contar, en todo momento, con la posibilidad de una conducta irreflexiva y contraria a las ordenanzas, por parte de los otros conductores, ha sido abandonado por el mismo tribunal, el que ha limitado el deber objetivo de diligencia del conductor a la observancia de aquellas "faltas de atención", con las cuales tiene justos motivos para contar, considerando razonablemente todas las circunstancias del caso" (R.G., 70-74). El mismo tribunal ha establecido "el principio de confianza en la consideración mutua en el tránsito": "el conductor puede confiar en que los otros conductores se comporten de acuerdo con las reglas del tránsito, hasta que le sea conocible lo contrario, aplicando la diligencia necesaria" (R.G., IW., 1941, p. 2056; compárese, también, R.G., 71-80; 72-55; 73-206).

cc) Si la diligencia impuesta exige la realización "*adecuada a los hechos*" de la acción respectiva, no debe ser puesta, entonces, al juzgar la adecuación de los hechos, en el lugar de la situación concreta, una "situación media". Un médico de campo que debe operar a un lesionado grave en el mismo lugar, debe trabajar con un instrumental, cuyo empleo sería en una clínica una grave infracción a las reglas del arte, y debe arriesgar la intervención con las habilidades limitadas de un médico de campo. Si, de acuerdo con un juicio prudente, existe cierta perspectiva de salvar al paciente mediante la intervención, el médico no actúa antijurídicamente, aunque la intervención fracase.

Sin embargo, la apreciación de la diligencia impuesta cambia en seguida, si, de acuerdo con un juicio prudente, no es necesaria una intervención inmediata, y es posible el traslado del enfermo a una clínica próxima. La operación por el médico de campo, insuficientemente equipado, sería entonces una acción inadecuada a los hechos y antijurídica como lesión de la diligencia impuesta. Sólo puede ser excluida su culpabilidad por falta no reprochable de prudencia (véase p. 82).

Fuera de los casos considerados, el peligro ocasionado por medios insuficientes o falta de habilidad, es inadecu-

cuado a los hechos y, por tanto, la omisión completa de tales acciones es el comportamiento impuesto por el deber objetivo de diligencia. Ya en la iniciación o continuación de una actividad para la que el autor no es apto, de acuerdo con un juicio objetivo, radica la lesión de la diligencia impuesta: así, si un médico o un práctico autorizado para curar, toma a su cargo un tratamiento curativo que sobrepasa sus capacidades (R.G., 67-12); si se sienta al volante una persona que no sabe manejar o que adolece de deficiencias auditivas o que es corta de vista; si juega un ciego con un arma de fuego, etc.

De ello resulta que, en actividades especialmente difíciles (que suponen peligro para la vida), que puede realizar solamente un especialista particularmente capacitado, este mismo debe aportar, no solamente una medida media, sino un máximo en la diligencia objetiva.

III. FUNDAMENTOS DE JUSTIFICACIÓN.

Si el autor acarrea una lesión causal de bienes jurídicos a consecuencia de la no observancia de la diligencia impuesta, actúa, en principio, en forma antijurídica adecuada al tipo, en el sentido de un tipo culposo. Sin embargo, la acción perjudicante puede ser excepcionalmente adecuada al derecho, a pesar de la lesión de la diligencia impuesta, ante todo a consecuencia de un consentimiento del lesionado; p. ej., en la suerte de Guillermo Tell de parte del artista que acarrea una lesión corporal leve (compárese MEZGER, GS., 89, p. 278). Pero también otros fundamentos de justificación pueden excluir el tipo de injusto en hechos culposos; p. ej.: el derecho de usar armas. Si un agente de policía hace fuego en ejercicio admitido del derecho de portación de armas sobre un delincuente en fuga, entonces todos sus actos que radican dentro del ámbito del derecho de portación de armas, son adecuados al derecho, también cuando el agente no haya querido acarrear la lesión que él causa por disparos efectuados precipitadamente. En cuanto el agente, dentro del mar-

gen del derecho de portación de armas, podía, no solamente tirar, sino también lesionar, con todas sus acciones de defensa jurídicamente equivalentes, a saber, adecuadas al derecho (esto pasa por alto OLG. Frankfurt, NJW., 1950, p. 119). Los mismos principios rigen en la defensa legítima: quien contra el agresor, para amedrentarlo, aprieta la cola del disparador de un arma que cree descargada y lo lesiona con ello, sin querer, actúa conforme al derecho, si la lesión estaba dentro de la defensa necesaria (compárese NAGLER, LK., § 53, III; NIESE, *op. cit.*, p. 45; véase, también, RG., 56-285).

IV. LA LESIÓN DE DILIGENCIA DE INCAPACES DE CULPA.

Por la cristalización del tipo específico de lo injusto de los delitos culposos, en particular de su disvalor de acción, se llega a la solución de un problema que había causado hasta ahora grandes dificultades dogmáticas en los §§ 42, b, y 330, a¹. En ambas disposiciones se vincula una consecuencia de lo injusto con una acción “amenazada con pena”, ejecutada en estado de incapacidad de imputación. En ambos casos, el concepto de la acción “amenazada con pena”, no se cumple todavía mediante la causación del disvalor típico del resultado, sino con el agregado del disvalor adecuado al tipo de acción. Con

¹ § 42, b: Si alguien ha cometido una acción amenazada con pena, en estado de incapacidad de imputación (§ 51, párr. 1; § 58, párr. 1), o de imputación disminuída (§ 51, párr. 2; § 58, párr. 2), el tribunal ordenará su colocación en una casa de salud o asistencia, si la seguridad pública lo requiere. Ello no rige para las contravenciones.

En el caso de personas con imputabilidad disminuída, la colocación se aplicará conjuntamente con la pena.

§ 330, a: Quien se coloca dolosa o culposamente en un estado que excluye la capacidad de imputación, mediante la ingestión de bebidas alcohólicas o el uso de estupefacientes (§ 51, párr. 1), es penado con prisión o multa, si en ese estado comete una acción amenazada con pena.

Sin embargo, la pena no puede ser más grave en especie y medida que la pena amenazada para la comisión dolosa de la acción.

La persecución es posible solamente por querrela, si la acción cometida sólo es perseguible por querrela.

respecto a los tipos dolosos, este disvalor de acción no ofrece dificultades, siempre que sea cumplido en total, objetiva y subjetivamente, el tipo del delito doloso, vale decir también el dolo y, eventualmente, los elementos subjetivos de lo injusto. Aquí se comprueba la afirmación de la teoría de la acción finalista, según la cual el dolo no es un elemento de la culpa, sino un elemento de la acción y de lo injusto, de modo que también los incapaces de imputación pueden obrar dolosamente. Tampoco la teoría reinante se ha podido sustraer a esta comprensión (RG., IW., 1935, p. 2368; RG., 71-218; 73-14) y habla aquí —por cierto contrariamente al sistema— de un “dolo natural” (o hasta de “culpa natural” o de “culpa de seguro”).

En cambio, el disvalor de acción en los tipos culposos ha quedado hasta ahora como un problema abierto, pues la culpa contiene, en caso de que se la tome como concepto unitario, necesariamente, un elemento de culpabilidad: culpa no culpable es un hierro de madera, como la culpa “natural”. El conocimiento de que también en los delitos culposos se debe diferenciar el disvalor de acción y la culpa, ofrece, también aquí, la solución buscada. La culpa no es un concepto simple, sino complejo, compuesto de la lesión objetiva de diligencia, como elemento de injusto, y la reprochabilidad, como elemento de culpabilidad. *Culpa es la lesión reprochable de la diligencia objetivamente necesaria en el intercambio.* También el incapaz de culpa puede obrar lesionando la diligencia, objetivamente necesaria en el intercambio, y cumple con ello el disvalor de acción de los tipos culposos. Junto a ello, ocupa un lugar —indiferentemente de si el autor ha actuado con dolo o sin él, al lesionar la diligencia objetiva— el problema de si y hasta qué grado, a través de su acción antijurídica, se revela su peligrosidad. En los §§ 42, b, y 330, a, debería decir, por lo tanto, con más exactitud, en lugar de “acción amenazada con pena”: quien dolosamente o lesionando la diligencia objetivamente impuesta, en estado de incapacidad de imputación, cumple un tipo penal...

CAPÍTULO II

LA CULPABILIDAD

§ 19. LA ESENCIA DE LA CULPABILIDAD: LA REPROCHABILIDAD

I. ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD.

La culpabilidad agrega a la acción antijurídica —sea la concreción dolosa de un tipo, sea la lesión no dolosa de diligencia— un nuevo elemento, a través del cual se convierte recién en delito. La antijuricidad es, como ya hemos visto, una relación entre acción y orden jurídico, que expresa la divergencia entre la primera y la última: la concreción de voluntad no es como el derecho lo espera objetivamente de acciones cumplidas en el campo social. La culpabilidad no se conforma con esa relación de divergencia objetiva entre acción y orden jurídico, sino que hace al autor el reproche personal por no haber omitido la acción antijurídica, a pesar de haberla podido omitir. La culpabilidad contiene en este sentido una doble relación: la acción de voluntad del autor no es como lo requiere el derecho, a pesar de que el autor la hubiera podido realizar conforme a la norma. En esta doble relación del no *deber* ser antijurídico, frente al *poder* ser adecuado al derecho, radica el carácter específico de la culpabilidad. Si la antijuricidad es el juicio simple de disvalor, en el sentido de que la acción no es como hubiera debido ser, de acuerdo con el derecho, sin con-

siderar si el autor *hubiera podido* cumplir en general la exigencia del derecho, entonces el juicio de disvalor de la culpabilidad va todavía más allá, y hace al autor el reproche personal de que no ha actuado correctamente, a pesar de haber *podido* actuar conforme al derecho. Y como es primaria la *voluntad* de acción, a través de la cual el autor hubiera podido dirigir su comportamiento conforme a la norma, así es objeto primario de la reprochabilidad la voluntad de acción y solamente a través de ella, también la acción toda. Por eso se puede denominar, con la misma razón como “culpable”, tanto la voluntad de acción como la acción total.

II. CULPABILIDAD Y REPROCHABILIDAD.

1. La naturaleza de la culpabilidad se deja caracterizar lo más acertadamente posible por la palabra, idiomáticamente no muy elegante, “reprochabilidad”. Es aquella cualidad de la acción antijurídica que posibilita hacer un reproche personal al autor, porque no la ha omitido. Representándose también aquí —como en la antijuricidad (véase *supra*, p. 57)— el orden jurídico personificado por el legislador o el juez, se denomina muchas veces la reprochabilidad también como *reproche* de culpabilidad, y la culpabilidad como *juicio* de culpabilidad. Esto es inocuo si se tiene presente el modo figurativo de la expresión y no se llega a la idea abstrusa de que la culpabilidad no es una *propiedad* de valor en la acción del autor mismo, sino que está también en las cabezas de otros que juzgan sobre la acción.

2. También en el campo de la culpabilidad se debe distinguir entre *valoración* y *objeto* de la valoración, o entre reprochabilidad y acción reprochable —correspondientemente a la distinción entre antijuricidad e injusto (véase p. 58)—. Culpabilidad, en su más propio sentido, es solamente la reprochabilidad como *valoración* de la voluntad de acción; *objeto* de esa valoración es la volun-

tad antijurídica de acción (y por ella, toda la acción antijurídica). Esta voluntad de acción valorada como culpable, es denominada ahora también como “culpabilidad”. Con ello se da paso a una ambigüedad equívoca en el concepto de la culpabilidad. Culpabilidad, en sentido estricto, es solamente la *reprochabilidad*, o sea la calidad específica de disvalor en la voluntad de acción. En el sentido más amplio, “culpabilidad” significa también la voluntad de acción misma, junto con su calidad de disvalor, como totalidad: la voluntad culpable (o sea la acción culpable). En el primero de los significados, culpabilidad es la característica específica que convierte el acto de voluntad en un acto culpable, y por tanto, el elemento constitutivo de la culpabilidad, en el acto de voluntad que expresa en forma especialmente marcada el término “reprochabilidad”; en el segundo de los significados, “culpabilidad” es el acto de voluntad mismo, junto con su condición de disvalor: la voluntad reprochable de acción.

Debido a esa variedad de significados de la palabra “culpabilidad”, se han originado numerosos malentendidos. Toda la discusión, sobre si el dolo pertenece a la “culpabilidad” tiene su origen en este doble sentido. Si se entiende por “culpabilidad” la voluntad culpable de acción, por lo tanto el objeto de la valoración de la culpabilidad, más su condición de disvalor, entonces el dolo pertenece también a la “culpabilidad”, pero no solamente el dolo, sino toda la acción dolosa, ya que no solamente el dolo, sino la totalidad de la acción dolosa antijurídica es culpable. En ese sentido, “culpabilidad” es un concepto complejo, compuesto de acción, antijuricidad y reprochabilidad, del que se ha separado (en el derecho penal material) la voluntad de acción (dolo) y la reprochabilidad, y se ha denominado “culpabilidad”. Exactamente lo mismo, metódicamente, se ha denominado “injusto” la acción típica, junto con su propiedad de disvalor de la antijuricidad. Solamente hay que tener en cuenta bien claramente que no se trata, entonces, del

elemento constitutivo de la culpabilidad en la voluntad de acción (la *reprochabilidad*), sino *la voluntad de acción misma, valorada* a través de la reprochabilidad; pero ésta, como tal, es una parte constitutiva de la acción típica y, por tanto, ya determinada anteriormente en la teoría de la acción y de lo injusto. El elemento constitutivo de la culpabilidad, que convierte una acción y una voluntad de acción en culpable, es solamente la reprochabilidad. Es el elemento nuevo decisivo que se agrega a la acción y le da la calidad de culpable. En la teoría de la culpabilidad sólo se trata de su contenido, mientras que su *objeto*, que es valorado como culpable —la acción y la voluntad de acción— ha sido ya averiguado en la teoría de la acción y de lo injusto. Esta discriminación de valoración y objeto de la valoración, no es solamente un problema de fuerza conceptual o de técnica en la exposición, sino que produce también importantes efectos en las consecuencias prácticas. Así, la falta de esta distinción ha conducido en el problema del error de prohibición a una solución impropia de la teoría del dolo (véase p. 173).

III. EL DESARROLLO DEL CONCEPTO NORMATIVO DE CULPABILIDAD EN LA DOGMÁTICA MODERNA.

La comprensión de que el elemento específico de la culpabilidad radica en la “reprochabilidad”, es el resultado de un largo proceso de evolución. Al comienzo de la moderna dogmática se muestra la separación en “externo” e “interno”, “objetivo” y “subjetivo” (véase p. 67). Mientras que todo lo objetivo-externo fue asignado a la antijuricidad, debía pertenecer todo lo subjetivo-interno a la culpabilidad; culpabilidad debía ser “la relación psíquica del autor con el resultado”. Ya antes que en la antijuricidad, se manifestó aquí la irrealizabilidad de la separación en externo e interno. ¿En qué, pues, debía consistir la relación psíquica del autor con el resultado en la culpa inconciente? La culpa inconciente fue el pri-

mer escollo con el que chocó el concepto psicológico de la culpabilidad. La tentativa de RADBRUCH (ZStW., 24, p. 344) de desarrollar una culpa puramente psicológica, fracasó. KOHLRAUSCH, en cambio (*Reform*, 1, p. 194), creía tener que sacar de ello la conclusión de que la culpa no es en absoluto ninguna forma de culpabilidad, ya que falta en ella la relación psíquica del autor con el resultado. Con ambas conclusiones erróneas, se manifestó la insostenibilidad de un concepto psicológico de la culpabilidad. FRANK (*Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907) dio el primer paso para la comprensión del carácter normativo de la culpabilidad; le siguieron pronto GOLDSCHMIDT (*Der Notsstand, ein Schuldproblem*, 1913) y FREUDENTHAL (*Schuld und Vorwurf*, 1922), y la teoría reinante. Pero todavía faltaba la aclaración de la relación de la reprochabilidad con la "relación psíquica del autor con el resultado", todavía se arrastró, al menos en el dolo, "la relación psíquica" como elemento esencial en el concepto de la culpabilidad. Fue DOHNA (*Aufbau*, p. 32) quien dio el paso decisivo "para el conocimiento de que en el juicio de culpabilidad, exactamente igual que en el establecimiento de la antijuricidad, tenemos que ver con el resultado de una *valoración*", y separó nítidamente entre *valoración* (reprochabilidad) y *objeto* de la valoración (dolo), y limitó el concepto de la culpabilidad a la *valoración* del objeto. Siguiendo la sugerencia de DOHNA, la teoría de la acción finalista asigna al dolo, que se ha hecho apátrida en DOHNA, su lugar adecuado en la acción típica. La teoría de lo injusto se llena así cada vez más, de elementos psíquicos, que en su origen fueron asignados erróneamente a la teoría de la culpabilidad: primero con los elementos subjetivos de lo injusto, luego con la voluntad de acción. En cambio, la teoría de la culpabilidad elimina los elementos subjetivos-psíquicos y retiene solamente el elemento normativo de la reprochabilidad. En este proceso, ninguno de los elementos anteriores se ha perdido, pero cada uno pasa a ocupar su lugar más adecuado, sobre la base de la comprensión de la estructura finalista de

la acción, con lo cual nos capacitamos para las soluciones más correctas, en los problemas de la participación, de la culpabilidad, de lo injusto, de la lesión de diligencia, del error de prohibición, etc. Por lo tanto, las objeciones repetidas contra la teoría de la acción finalista de la “subjetivación de lo injusto” o del “vaciamiento del concepto de culpabilidad”, son completamente infundadas. Con el traslado del dolo a lo injusto, no se sustrae del tipo de lo injusto ni la menor característica objetiva, y el objeto de la valoración de la culpabilidad no se reduce ni en el menor de los problemas, pero el contenido completo de la acción típica y el carácter verdadero de la culpabilidad, sólo ahora son destacados claramente. Por eso, la teoría de la acción finalista no tiene nada que ver con una determinación puramente subjetiva de lo injusto, como últimamente lo ha sostenido GERMANN, sino que conduce, al destacar la función objetiva de la voluntad en numerosos lugares, a una mayor objetivación del derecho penal (véase p. 108).

§ 20. LOS PRESUPUESTOS EXISTENCIALES DEL REPROCHE DE CULPABILIDAD: LIBERTAD DE VOLUNTAD Y CAPACIDAD DE IMPUTACIÓN

Culpabilidad es la reprochabilidad de la formación de voluntad. El autor hubiera podido formar una voluntad de acción *adecuada a la norma* en lugar de la voluntad *antijurídica* de acción, sea que ésta tienda dolosamente a la concreción de un tipo, sea que no aporte la medida mínima de dirección finalista impuesta. Por consiguiente, toda culpabilidad es culpabilidad de voluntad. Solamente lo que el hombre hace con voluntad, puede serle reprochado como culpabilidad. Sus dones y predisposiciones —todo lo que el hombre “es” en sí mismo— pueden ser más o menos valiosos (por tanto, pueden ser también valorados), pero solamente lo que de ellos hizo o cómo los empleó, en comparación con lo que hubiera podido hacer

de ellos o como los hubiera podido o debido emplear, solamente esto puede serle computado como “mérito” o serle *reprochado* como “culpabilidad”.

El reproche de culpabilidad presupone, por lo tanto, que el autor hubiera podido formar su decisión antijurídica de acción en forma más correcta, adecuada a la norma, y esto no en el sentido abstracto de lo que hubiera podido hacer un *hombre cualquiera*, en lugar del autor, sino, y muy concretamente, de que *ese hombre*, en *esa situación*, hubiera podido formar su decisión de voluntad en forma adecuada a la norma.

Este problema se divide tradicionalmente en dos subproblemas:

1) ¿Es teóricamente imaginable la posibilidad de la correcta formación de voluntad, en lugar de la equivocada? (Problema de la libertad de voluntad).

2) Afirmada esta posibilidad, ¿ha sido capaz para ello el autor concreto? (El problema de la capacidad de imputación o —más correctamente— de la capacidad concreta de culpabilidad).

I. LOS PROBLEMAS DE LA LIBERTAD DE VOLUNTAD.

La problemática de la libertad de voluntad tiene tres distintos aspectos: el antropológico, el caracterológico y el categoremático.

1. *El aspecto antropológico*

Véase SCHELER, *Die Stellung des Menschen im Kosmos*, 1929; GEHLEN, *Der Mensch*, 5ª ed., 1950; ROTHACKER, *Die Schichten der Persönlichkeit*, 1941; LORENZ, *Zeitschrift für Tierpsychologie*, v, ps. 361 y ss.; STORCH, *Oesterr.Z.f. öff.Recht*, 3 (1951), p. 358.

La teoría de la evolución vinculada con DARWIN, que llegó a reinar en la segunda mitad del siglo XIX —correspondientemente al modo mecánico de pensar de esta época— colocó al hombre profundamente en el mundo bio-

lógico. El hombre sólo fue el último eslabón de la estirpe primitiva; su inteligencia solamente una diferenciación, aun superior, aun más fina, de los instintos animales, de modo que debía haber un camino directo de evolución del instinto animal a la inteligencia humana. Recordemos que FRANZ V. LISZT, en 1882, había fundado su programa de Marburg, de la pena finalista, totalmente sobre esta teoría, para no hablar de la relación estrecha de la Scuola Positiva italiana de LOMBROSO, GAROFALO y FERRI con estas teorías naturalistas. Estas opiniones se han comprobado como insostenibles. No solamente filósofos, sino, también, zoólogos y psicólogos de animales (STORCH y LORENZ), han llegado a la conclusión de que no es una diferenciación aún mayor de los instintos animales, sino, “precisamente a la inversa, una amplia retrogradación del comportamiento congénito, lo que forma el presupuesto para el trabajo libre de la razón” (LORENZ, p. 362). El hombre está caracterizado por una degeneración profunda de los modos congénitos de comportamiento instintivo; es decir, de aquellos reguladores biológicos que dirigen con seguridad al animal. El hombre es también un sér especialmente amenazado por su amplia “libertad de instinto”. La pérdida de “aquellos estados de equilibrio en los cuales los diversos instintos, movimientos instintivos . . . y esquemas congénitos están vinculados entre sí, prácticamente en todo otro animal”, hubiera sido mortal para la continuación de la existencia de la especie “hombre”, si “no fuera compensada por una determinada prestación, que según su naturaleza es tan constitutiva para nuestra especie como el trastorno de los modos heredados de comportamiento; a saber: el pensar ordenado categoremática y razonablemente y, en particular, su aplicación en el problema de las categorías, en el que el hombre se muestra a sí mismo como responsable de sus acciones, desligadas de las «reglas de juego» congénitas de un comportamiento instintivo” (LORENZ, p. 370).

En oposición fundamental al animal, el hombre está caracterizado *negativamente* por su amplia libertad de

los modos congénitos e instintivos de comportamiento y *positivamente* por la capacidad y misión de encontrar y realizar *él mismo* lo correcto de su actuar a través de actos comprensivos. “A la libertad existencial y desvinculación de lo orgánico” (SCHELER), pertenece como característica *positiva* diferencial del hombre, la vinculación de su mente con los criterios de lo verdadero, del sentido y del valor, según los cuales él mismo debe dirigir su actuar en actos responsables. El hombre es un *sér responsable* o, más exactamente, un *sér* con la predisposición de auto-responsabilidad: éste es el criterio decisivo que lo distingue ya existencialmente (como *homo phaenomenon*), y no solamente normativamente (como *homo noumenon*), de todo el mundo animal. El hombre no ha recibido biológicamente, como el animal, el orden de la formación de su existencia, sino que este orden es su tarea responsable como sentido que le impone la vida. Con esto la antropología filosófica (con la psicología comparativa moderna) vuelve a la antigua comprensión filosófica a la que SCHILLER en *Anmut und Würde* ha dado la fórmula clásica: “en el animal y en la planta, la naturaleza no sólo indica la determinación, sino que también la ejecuta ella misma. Al hombre, en cambio, le da solamente la determinación y deja librado a él mismo su cumplimiento”. “Sólo el hombre, como persona, entre todos los seres vivientes, tiene el privilegio de entrar en el círculo de la necesidad inaccesible para meros seres naturales por medio de su voluntad, y empezar en sí mismo toda una serie nueva de fenómenos”¹.

¹ En el lenguaje de la ciencia moderna, “pertenece al animal, en forma inmanente, el sistema de acción típico de la especie, en virtud de una transferencia hereditaria. Sin embargo, todo hombre individualmente debe elaborar su sistema de acción —en el fondo específico individual— en un período de educación, completando así sus predisposiciones antrópicas, dadas solamente en general, pero en las que faltan disposiciones detalladas de ejecución. El animal posee un sistema de acción, el hombre debe adquirirlo, cada uno individualmente para poder vivir” (STORCH, p. 366).

2. *Aspecto caracterológico*

Véase ROTHACKER, *loc. cit.*; LERSCH, *Der Aufbau der Charaktere*; WELZEL, *ZStW.*, 60, ps. 428 y s.

La degeneración de las formas congénitas de conducta y la estructura de un yo céntrico responsable, ha dado varias esferas a la estructura psíquica del hombre. Una "esfera baja" comprende los impulsos vitales, desprendidos del haz de instintos de autoconservación y de conservación de la especie, de los afectos, deseos, aspiraciones psíquicas "superiores", tendencia, intereses, etc., que afectan el yo, lo toman, lo sujetan, lo arrastran y tratan de llevarlo a una acción, de modo que aparece, por decirlo así, como una víctima pasiva de los impulsos. Por encima de estos impulsos de la esfera baja, se eleva el "yo" mismo, como centro de regulación de los impulsos, los que dirige de acuerdo con su sentido y valor: los actos del pensar, que se apoyan sobre fundamentos lógicos y los de la voluntad, que se orientan de acuerdo con el sentido y el valor. Bueno es advertir que no se trata aquí de la dirección del acontecer causal *externo* —es decir de la finalidad en el sentido tomado hasta ahora— sino de la dirección de los impulsos *psíquicos*.

Todos los impulsos poseen un doble carácter: tienen una determinada intensidad de impulso o estímulo y tienen también un determinado contenido de sentido. Ambos aspectos pueden no coincidir: la intensidad de estímulo puede ser grande, y pequeño el contenido de sentido, y viceversa. Mientras que los impulsos trascurren puramente en la esfera baja, decide en la contradicción entre ellos solamente la intensidad del estímulo, vale decir, que el más fuerte vence y oprime a los demás (es la llamada lucha de los instintos). La decisión de la acción es entonces solamente el resultado del instinto que llegó a dominar. En cambio, tan pronto como los actos de dirección adecuados al sentido del "centro del yo" (del pensar y del querer dirigidos por el sentido) intervienen, los

instintos son ya entendidos en su contenido de sentido y su significación de valor, para una correcta formación de vida y, correspondientemente a este contenido de sentido, son convertidos en motivos sobre los que la decisión de voluntad se apoya, como sobre sus fundamentos materiales (lógicos o adecuados al valor). Los actos de la función del yo trascurren en el ámbito del sentido, no en el de la fuerza causal: los motivos de pensamiento y voluntad son los fundamentos materiales, vale decir, los no causales, sobre los cuales se apoyan, según el sentido, los actos de pensamiento y voluntad. En este proceso es admitido el impulso valioso, pero es desplazado el contenido de estímulo del impulso contrario al valor. También en este proceso, los impulsos de la esfera baja son el presupuesto material para los actos de dirección adecuados al sentido. Todos los objetivos con contenido, provienen —en lo bueno como en lo malo— de la esfera baja, ellos son la meta de los instintos, aspiraciones, intereses, etc. Solamente aquello hacia lo que nos estimula y arrastra un instinto, una aspiración, un interés, puede convertirse en la meta de una decisión de acción, sea instintiva o adecuada al sentido. Pero la significación insustituible de la función de dirección de la voluntad dirigida por el sentido, consiste en que abre la puerta hacia una orientación de nueva índole de la vida humana, de acuerdo con el sentido y el valor, y posibilita de ese modo al hombre la regulación de sus impulsos, la que le es dada como tarea responsable, después de anular los instintos biológicos.

3. *El aspecto categoremático*

Véase HARTMANN, *Ethik*; WELZEL, *ZstW.*, 60, ps. 428 y s.

Después de esta delimitación existencial del problema de la libertad de voluntad, no se puede ya tratar del problema del "sí", sino solamente del "cómo". ¿Cómo es posible al hombre la sobreformación de la obligación causal por obra de una dirección guiada por el sentido, a tra-

vés de la cual únicamente puede ser hecho *responsable*, por haber adoptado la decisión incorrecta en lugar de la correcta?

La contestación no puede ser dada por vía del indeterminismo tradicional, pues éste, precisamente, destruye el sujeto responsable: si el acto de voluntad del hombre ha de ser determinado por nada, entonces el acto posterior de voluntad no puede estar relacionado en forma alguna con el anterior, ni inmediatamente, ni pasando por un sujeto idéntico, porque tendría que estar determinado por algo. El estado posterior del sujeto no debe entonces tener absolutamente nada que ver con el anterior del que surgió la primitiva decisión. Pero aceptando esto, el indeterminismo destruye, precisamente, el sujeto idéntico al que podría hacerse responsable de sus hechos, pues el autor posterior no tiene ninguna relación, según ese punto de vista, con el primitivo. El indeterminismo convierte los actos de voluntad en una sucesión absolutamente independiente de choques individuales en el tiempo.

Nos acercamos a la solución, sólo por la comprensión de la superposición de varias formas de determinación. El error del determinismo tradicional radica en aceptar que existe solamente una forma de determinación, que suele verse desde el comienzo de los tiempos modernos en la causalidad, vale decir, en el *monismo* causal. Ciertamente, en el monismo causal no se puede hacer un reproche al hombre porque ha adoptado la decisión equivocada en lugar de la correcta, ya que toda decisión —indiferentemente de que sea equivocada o correcta— ha de estar fijada forzosamente desde el principio.

Ya en el ámbito del acontecer externo de la acción, hemos conocido una sobreformación del nexo causal, a través del nexo finalista. Ahora tenemos que preguntarnos si existe la posibilidad de una dirección adecuada al sentido de los impulsos *psíquicos* del hombre. Aquí no se trata de la libertad de acción, sino de la voluntad. Como la situación resultante del problema se deja demostrar

con especial claridad en la estructura de los actos de conocimiento, se cita para el caso un ejemplo de ese ámbito.

Al escribir mucho tiempo o al hacerlo sin concentración, se presentan, como se sabe, frecuentemente, errores típicos de ortografía. La equivocación se produce siempre en la misma palabra, del mismo modo. Si se presta un poco más de atención y no se escribe entonces la palabra tan mecánicamente, se puede observar todavía con claridad la tendencia psíquica al error antiguo. La pluma empieza con el antiguo trazo erróneo. Este acontecer erróneo trascurre todavía completamente en vías causales: una determinada vinculación asociativa produce el resultado en el proceso ciego del acontecer. El resultado está establecido a través de causas anteriores. Si me doy cuenta del error, continúo escribiendo y me domino; entonces observo, por cierto, que todavía la tendencia antigua asociativa persiste, tan pronto como llego a la palabra, pero la venzo por un acto dirigido por el sentido y escribo la palabra "correctamente". Aquí interviene una nueva forma de determinación: el resultado ya no es la resultante ciega de vinculaciones asociativas anteriores, sino el contenido intencionado del sentido; por lo tanto, la meta que está ante la vista determina la ejecución del acto. Esta clase de determinación rige generalmente en actos de conocimiento: la comprensión de la relación interna de un objeto no es el resultado de vinculaciones asociativas anteriores o de otros factores causales, sino que se determina por sí misma, en forma "vidente", según el objeto que está ante la vista. Los elementos del objeto y sus relaciones materiales son los fundamentos de conocimiento sobre los que el acto de pensar apoya sus pasos individuales. No son causas ciegas, como en las vinculaciones asociativas, las que determinan los pasos del pensar, sino que se determinan por sí mismos, de acuerdo con la lógica, según el contenido material de los hechos que en el momento se tienen delante. Por eso, el modo de ejecución de los actos del pensar muestra lo más claramente posible la forma fundamental de ejecu-

ción finalista de los actos: mientras que en la causalidad, el efecto es la resultante ciega (indiferente al sentido), de los componentes causales en ese momento existentes, en la finalidad, la meta determina los pasos que conducen a ella, pero no en tal forma que atraiga a su vez ciegamente de nuevo los pasos del acto, sino de tal modo que contiene los fundamentos de conocimiento sobre los que el pensar se apoya y se abre por sí mismo el camino hacia él. Con ello no está dicho que la ejecución del pensar sea completamente independiente de causas, pues también se basa sobre fundamento causal, y ello se muestra en el hecho de que el pensar es dificultado y aún completamente eliminado en casos de cansancio. Pero estas condiciones previas causales son mero "fundamento", vale decir, son los presupuestos para la *existencia* de clases de pensar, pero no para su *manera* de ejecución: como es el mecanismo del pensar, que no se determina conforme a causas ciegas, sino como fundamento de comprensión.

Pero tanto los pasos del pensar, como los impulsos del pensar, no pueden estar causalmente determinados a través solamente de causas anteriores. Como para todo acto de voluntad, así también para el querer conocer, se presume ciertamente un impulso de la esfera baja (un interés en el conocimiento) como condición material, pero su relación con los demás impulsos eventualmente inhibidores no es determinada en el proceso del conocimiento, de acuerdo con la mera intensidad de estímulo, sino de acuerdo con su contenido de sentido como tarea material: conocimiento es solamente posible, si puede ser asumido responsablemente, como cumplimiento de una tarea dada al sujeto y comprendida de acuerdo con el sentido. Expresado en otras palabras: si ha de ser posible el conocimiento, el sujeto que conoce no debe ser solamente dominado por sus impulsos, sino que debe tener la capacidad para comprender el impulso de conocimiento, como tarea llena de sentido, que impone frente a impulsos que tienden a desviarlo, vale decir, para asumir la *responsabilidad* por el acto de conocimiento. El conocimiento

presupone que trascurren no solamente los pasos de conocimiento en forma no causal (no fijados ciegamente por condiciones anteriores previas), sino que también el sujeto puede asumir por propia responsabilidad la obtención del conocimiento como tarea llena de sentido. Pero, como la posibilidad de conocimiento no puede ser discutida *en principio* —pues el discutir mismo presumiría un conocimiento—, así no pueden ser tampoco discutidas lógicamente las condiciones bajo las cuales es posible un conocimiento para el problema de la libertad de voluntad.

Libertad de voluntad es la capacidad de poder determinarse de acuerdo con el sentido. Es la libertad de orientar la fuerza causal, ciega e indiferente al sentido, hacia una autodeterminación adecuada al sentido. No es —como opina el indeterminismo— la libertad de poder actuar en *forma distinta* (por lo tanto, también peor o contrariamente al sentido), sino la libertad de un actuar de modo *adecuado al sentido*. Por eso, la libertad no es la posibilidad de poder elegir arbitrariamente entre sentido y contrasentido, entre valor y disvalor (así, quizá, HARTMANN, *Ethik*, p. 714); la aceptación de tal libertad infundada de elección, sólo nos conduciría de nuevo al camino erróneo del indeterminismo y destruiría al sujeto de la responsabilidad. Mientras que lo contrario al valor determina al hombre, lo determina en forma del estímulo causal (ira, envidia, avaricia, necedad, avidez de posesión, instinto sexual, etc.), y mientras tanto no se ha puesto todavía en marcha el acto de libertad. Mala voluntad es una dependencia causal del impulso contrario al valor, y en este sentido una voluntad no libre. La libertad no es ningún estado, sino un acto: el acto de la liberación de la fuerza causal de los impulsos, hacia una autodeterminación adecuada al sentido. Sobre la falta de este acto se basa el fenómeno de la culpabilidad: culpabilidad es la falta de autodeterminación adecuada al sentido, en un sujeto que es capaz para esta determinación de acuerdo con el sentido. No es una decisión adecuada al sentido a favor de lo malo, sino el permanecer dependiente y

adherido, el dejarse llevar por impulsos contrarios al valor.

Con ello está alcanzado el límite extremo para el análisis del problema de la libertad. A la pregunta de *cómo* el hombre está en condiciones de liberarse del estímulo causal hacia una autodeterminación adecuada al sentido, y asumir ésta como tarea llena de sentido, no hay ninguna respuesta, como tampoco la hay a la pregunta de cómo llega la causa a producir el efecto. Aquí el preguntar mismo llega a ser sin sentido.

Desde este análisis del problema de la libertad cae una luz aclaratoria sobre la relación de la ciencia del derecho penal y la criminología. Las afirmaciones de ambas ciencias parecen estar en una tensión extraña, hasta en contradicción entre sí. Cada una de ellas trata el mismo objeto en forma distinta, no sólo metódicamente, sino según parece, también materialmente como a un objeto distinto. En el derecho penal el delito es el abuso de la libertad, que es reprochado al autor como culpabilidad y retribuído con pena; en la criminología se presenta en todo sentido como producto causal de predisposición y ambiente. Por eso ambas afirmaciones, por contradictorias, parecen excluirse.

El análisis de la libertad muestra que en verdad no existe ninguna contradicción. Culpabilidad no significa decisión "libre" a favor de lo malo, sino quedar dependiente de la fuerza causal de los impulsos, de parte de un sujeto que es capaz para la autodeterminación adecuada al sentido. El delito es por eso efectiva y completamente el producto de factores causales, y por eso la aceptación o, más aún, la indicación por cifras en porcentaje que indica hasta qué grado, además de la predisposición y el ambiente, está también participando la "voluntad libre del autor" en la producción del delito (SAUER, *Kriminologie*, p. 59), no pasa de ser un extraño juego. Tampoco el derecho penal parte de la aceptación indeterminista, de que la decisión del delito proviene total o parcialmente de la voluntad libre y no de la cooperación

de predisposición y ambiente, sino de la comprensión antropológica de que el hombre, como sér determinado a la autorresponsabilidad, está existencialmente en condiciones de sobreformar en forma finalista (adecuada al sentido) la dependencia causal de los impulsos. Culpabilidad no es un acto de la determinación libre del sentido, sino, precisamente, la falta de la determinación del sentido en un sujeto autorresponsable.

II. LA CAPACIDAD DE IMPUTACIÓN (CAPACIDAD DE CULPA).

Véase K. SCHNEIDER, *Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit*, 1953; MEZGER, *KLb.*, I, p. 128; WÜRTEMBERGER, *J. Z.*, 54, 209.

1. *Los problemas en el establecimiento de la capacidad de imputación*

Comprendiendo que el hombre, como un sér determinado para la autorresponsabilidad, es capaz de una autodeterminación adecuada al sentido, y con el conocimiento de la estructura categoremática de esta forma de determinación, está dada una determinación general de la esencia del hombre y de su libertad, pero no está establecido al mismo tiempo que ese hombre, en la situación *concreta*, es realmente capaz de una autodeterminación adecuada al sentido. Tal cosa no se establece mediante ningún juicio general, sobre su naturaleza, sino a través de un juicio existencial que pronuncia una afirmación sobre la realidad individual. Pero, si algo es real, no se deja deducir de conceptos generales, sino conocer en forma empírica, práctica. Pero, precisamente, esa experiencia empírica, causa aquí particulares dificultades, pues el "objeto" de que se trata, la capacidad concreta de culpa, no es ningún objeto de la percepción, menos aún de la percepción ajena, y hasta la *propia* conciencia de ser capaz de culpa, no es ningún criterio para la existencia de la capacidad de culpa, ya que, frecuentemente y sin duda, enfermos mentales graves defienden tenazmente su capacidad de imputación. La capacidad concreta de culpa de un hombre no es, en absoluto, nin-

gún *objeto* de un conocimiento teórico; por eso psiquiatras concientes de su responsabilidad rechazan, con razón, querer contestar "científicamente" esta pregunta. Ellos sí pueden establecer la existencia de determinados estados mentales anormales, como son las enfermedades mentales, las alteraciones de la conciencia, etc.; pero la exclusión de la capacidad de culpa en estos estados, está ya fuera de todo juicio científico, como también del de los psiquiatras. Todo conocimiento científico encuentra aquí su límite, ya que no puede convertir en objeto algo que está, en principio, sustraído a la objetivación: la subjetividad del sujeto. Aquel acto por el cual el hombre se eleva del mundo de los objetos experimentables, al sujeto autorresponsable, se sustrae a toda objetividad. Él es lo no objetivo, a secas, que nunca puede ser convertido en objeto, sin ser destruído su propio sér. El juicio de que un hombre dado es capaz de culpa, en una situación determinada, no es, por eso, un acto teórico, sino un acto puramente existencial y, a la verdad, "comunicativo": es el reconocimiento del otro como tú, como sujeto igual, accesible a una determinación llena de sentido y por lo tanto igualmente responsable como lo soy yo mismo. Por eso ese juicio se puede hacer más fácilmente desde el punto de vista negativo que desde el positivo: elimina a todos aquellos hombres que no son todavía capaces de una autodeterminación llena de sentido o que han perdido esa capacidad; son los incapaces de culpa por su juventud, por sordomudez o por una anomalía mental.

2. *La definición legal de la capacidad de imputación*

Mientras que la versión originaria del § 51 definió la capacidad de culpa en forma indeterminada, como "libre determinación de voluntad", la nueva versión (sobre la base de la ley del delincuente habitual del 24 de noviembre de 1933, siguiendo el § 3, JGG., de 1922) vincula la capacidad de culpa con las características de la autodeterminación adecuada al sentido, las que solamente ahora

llean positivamente la indeterminada “libre determinación de voluntad”. Capacidad de culpa (capacidad de imputación) es, por lo tanto, la capacidad del autor:

a) de comprender lo injusto del hecho, y

b) de determinar su voluntad, de acuerdo con esa comprensión (§ 3, JGG., y §§ 51 y 55, C. P.).

La capacidad de culpa tiene, por lo tanto, un elemento adecuado al conocimiento (intelectual) y otro adecuado a la voluntad (voluntativo): los dos juntos constituyen la capacidad de culpa (véase RG., 73-122). Para el elemento intelectual es decisiva la comprensión de lo “injusto” del hecho, como lo expresa el § 3, JGG., no de lo “no permitido”, como lo dice el § 51, con demasiada amplitud. En todos los casos se trata de la comprensión de lo injusto material. No es necesario que el autor conozca el hecho como contrario a la ley, ni basta la conciencia de cometer un hecho meramente amoral, sino que el autor debe saber que su hecho es una infracción contra aquellas normas sociales que son imprescindibles para la convivencia.

3. Grados de la capacidad de culpa

Véase: “Reichsjugendgerichtsgesetz”, del 6 de noviembre de 1943.

a) En principio, es incondicionalmente incapaz de culpa el menor hasta cumplir 14 años, a consecuencia de su falta de madurez mental y social, legalmente presumidas (§ 3, Abs. 2, JGG.).

b) Es condicionalmente capaz de culpa el *menor* después de cumplir 14 años y hasta cumplir 18 años (§ 3, JGG.). Se debe examinar en estos casos su capacidad de culpa. Si es capaz de culpa, se lo hace responsable *de acuerdo con su juventud*, es decir, penándolo con *prisión para menores* (máximo 10 años) o con *medios disciplinarios* (arresto para menores, imposición de obligaciones especiales, apercibimiento; véase § 31). Se debe prescindir de ambas, si son suficientes *medidas* educativas o la

internación en un instituto de curación o de asistencia (§ 5, JGG.).

Si el menor no es capaz de culpa, el juez puede decidir la aplicación de medidas educacionales del Tribunal de tutela.

c) Condicionalmente capaz de culpa es el sordomudo, retardado mentalmente a causa de su sordomudez. También aquí se realiza un examen en el caso individual; si la capacidad de culpa está disminuída, procede la atenuación de pena (§ 55).

d) Las personas mayores de 18 años son en principio incondicionalmente capaces de culpa. En ellos se examina la capacidad de culpa solamente en los casos dudosos.

4. *La incapacidad de culpa y la capacidad disminuída de culpa, a consecuencia de graves trastornos mentales (§ 51)*

a) *El presupuesto de la incapacidad de culpa.*

La capacidad para reconocer lo injusto y actuar correspondientemente, presupone la integridad de las fuerzas mentales superiores de la persona, que son las que posibilitan la existencia de una personalidad moral. Donde estas funciones mentales están eliminadas por influencias causales, allí está también excluída la capacidad de culpa.

Para caracterizar tales estados mentales anormales, la ley emplea un "método combinado psicológico-biológico" (MEZGER); enumera determinados estados mentales anormales e indica al juez la necesidad de averiguar si, con la presencia de alguno de ellos, queda eliminada la capacidad de culpa en el caso individual.

Entran en cuestión solamente los siguientes estados mentales anormales:

aa) Trastornos de la conciencia: trastornos transitorios de la conciencia de una duración más o menos larga, sean de naturaleza fisiológica o patológica; p. ej., el sueño mediante somníferos, desvanecimientos, hipnosis, delirios

febriles, estados afectivos de alto grado, la embriaguez (también embriaguez alcohólica) y semejantes.

bb) La perturbación patológica de la actividad mental. A ellas corresponden todas las verdaderas enfermedades mentales (las psicosis en el sentido médico); pueden corresponder también psicopatías de alto grado (RG., 73-121).

cc) La debilidad mental: la idiotez, la imbecilidad y debilidad, y en general, grados menores de trastornos mentales patológicos.

b) *Las consecuencias penales.*

aa) Los incapaces de culpa permanecen, por principio, impunes; si son peligrosos, pueden ser internados en un instituto de curación o de asistencia (§ 42, b; véase § 31).

bb) Por excepción es penado el autor, a pesar de la incapacidad de culpa, en el momento de la realización de la acción:

α) en la *actio libera in causa*: el autor se sitúa en estado de incapacidad de culpa (p. ej., en la embriaguez), para cometer en él un delito o a pesar de que pudo prever la comisión del delito.

Ejemplo: A quiere apalea a B y bebe para tomar coraje. Si comete entonces la lesión corporal en el estado de incapacidad de culpa, es responsable por lesión corporal dolosa, porque él se ha utilizado a sí mismo culpablemente como instrumento para la comisión del delito (RG., 73-183). En RG., 60-30, se muestra un caso culposo de *actio libera in causa*.

β) En la *embriaguez absoluta* (§ 330, a). La embriaguez dolosa o culposa es punible si el autor comete en ese estado de embriaguez una acción amenazada con pena.

c) *La capacidad disminuída de culpa* (§ 51, inc. 2).

Cuando los estados mentales anormales mencionados en a, no excluyen por completo la capacidad de culpa, sino que sólo la limitan marcadamente, tienen el efecto

de disminuir la capacidad de culpa y facultan al juez, con arreglo al § 51, inc. 2, a una atenuación de pena, de acuerdo con los principios de la punición de la tentativa (§ 44); además, bajo ciertas circunstancias, puede disponer el alojamiento en un instituto de curación, según el § 42, b (véase § 31). Sin embargo, el juez puede también agravar la pena, en lugar de atenuarla; p. ej., para intimidar en el futuro a un autor sin voluntad, valiéndose para ello de una pena severa (véase RG., DR., 1942, ps. 329 y 122).

En la práctica sólo tienen importancia para el caso, los trastornos mentales transitorios, las psicopatías y la idiotez. En cambio, en las verdaderas enfermedades mentales, la culpa está siempre excluida; prácticamente no puede existir una capacidad parcial de imputación.

§ 21. LA REPROCHABILIDAD Y SUS ELEMENTOS

Culpabilidad es reprochabilidad. Su *objeto*, vale decir, *lo que se reprocha*, es la formación de voluntad antijurídica, sea que la voluntad de acción se dirija *dolosamente* a la concreción de un tipo, sea que no aporte la medida mínima jurídicamente impuesta de dirección final en el producido no doloso de resultados. El objeto de la reprochabilidad es, por consiguiente, la voluntad de acción dolosa o no diligente.

El presupuesto existencial de la reprochabilidad es la "autodeterminabilidad" libre, vale decir, adecuada al sentido, del autor: su capacidad de culpa o imputación. Esta capacidad de culpa existe (o no existe), genéricamente, en la situación concreta, independientemente de si el autor actúa o no, de si se comporta en forma adecuada al derecho o antijurídicamente. La *reprochabilidad misma*, en cambio, se refiere a un *comportamiento antijurídico real*. Como vimos, es la relación específica en que está la voluntad de acción con el orden jurídico, según el cual ella no es adecuada a la norma. Caracterís-

ticas constitutivas de la reprochabilidad son, por lo tanto, todos aquellos elementos necesarios para que el autor capaz de culpa hubiera podido formar una voluntad de acción adecuada a la norma en lo referente al *hecho concreto*, en lugar de la voluntad contraria a la norma. Ahora bien; como la culpabilidad individual no es otra cosa que la concreción de la *capacidad* de culpa con miras a un hecho individual, así se determina la reprochabilidad por los mismos elementos que la *concretan*, cuya existencia *general* hace la capacidad de culpa; vale decir, el autor debe haber conocido lo injusto de su hecho o al menos debe haberlo podido conocer, y él debe haberse *podido* determinar por ese conocimiento (real o posible) de lo injusto, a un comportamiento adecuado al derecho. La culpabilidad concreta (la reprochabilidad) es constituída, por lo tanto, —paralelamente a la capacidad de culpa general— tanto por elementos intelectuales como voluntarios.

A. Los elementos intelectuales de la reprochabilidad

Un hecho solamente es reprochable si el autor lo ha conocido exactamente o podía conocerlo exactamente, tanto en su condición de típico, cuanto en su contenido jurídico de disvalor. El conocimiento del disvalor jurídico se estructura sobre el conocimiento de que el hecho es típico; la antijuricidad del hecho puede ser conocida solamente entonces exactamente si el autor ha conocido o pudo conocer el hecho, ya en su condición de típico.

I. CONOCIBILIDAD DE LA CONCRECIÓN DEL TIPO.

1. En la acción *dolosa*, el conocimiento de la concreción del tipo es tanto un elemento para la reprochabilidad de la decisión de acción, como una característica constitutiva de la voluntad finalista de acción (del dolo) y por lo tanto ya decidido de antemano con la afirmación del dolo.

Sobre esta doble función del *conocimiento* del tipo, tanto para la voluntad finalista de acción, como para la reprochabilidad de esta voluntad de acción, se basa en parte considerable el mal entendido de la doctrina reinante, según el cual el dolo pertenece a la culpa. Pero dolo no es el mero *conocimiento* del tipo, sino que es la decisión de acción, sobre la *base* del conocimiento del tipo. El conocimiento del tipo es solamente un elemento *dependiente*, tanto para la decisión de la acción, como para la reprochabilidad; mientras que la decisión de acción, como factor *independiente* de la acción, es, precisamente, el *objeto* de la reprochabilidad. En las acciones dolosas, por lo tanto, el conocimiento del tipo está ya establecido con la afirmación del dolo y por eso no es problemático como elemento de la reprochabilidad.

2. En las lesiones imprudentes de bienes jurídicos, de los tipos culposos, en cambio, la conocibilidad de la concreción del tipo constituye, por regla general, un problema especial de la culpa, menos en el ámbito de la culpa conciente.

a) En la culpa conciente el autor prevé las consecuencias posibles de su hecho. En la característica del conocimiento del tipo, no se distingue, por lo tanto, la culpa conciente del *dolus eventualis*, sino solamente en la decisión de acción (en la voluntad de concreción). Ésta comprende, en el *dolus eventualis*, también las consecuencias posibles del hecho; el autor quiere concretar el hecho de todos modos, también con inclusión de las consecuencias conocidas como posibles. En cambio, en la culpa conciente le falta esa voluntad incondicionada de concreción; actúa solamente porque cuenta con la no presentación de las consecuencias adecuadas al tipo. El conocimiento del tipo, vale decir, el conocimiento de las consecuencias posibles, es en el último caso exclusivamente un elemento de la reprochabilidad, y no ya de la voluntad de acción.

Establecida la voluntad de acción, pueden presentarse en el caso particular dificultades de deslinde, las que

ninguna *teoría* puede eludir, precisamente porque se trata de dificultades de prueba que existen en la *realidad*. Esas dificultades de *prueba*, en nada modifican el criterio por el que la delimitación entre dolo y culpa consciente no la da el *conocimiento* del tipo, como parte constitutiva de la reprochabilidad —ésta es en ambos la misma— sino que radica en el elemento de la *voluntad* (la voluntad de concreción), pero ésta es, indudablemente, *objeto*, no parte constitutiva de la reprochabilidad (véase WELZEL, *Um die finale Handlungslehre*, p. 20).

b) Un problema especial en el estudio de la culpa lo constituye la conocibilidad de la concreción del tipo en la culpa inconsciente. En ella, la lesión de la diligencia objetivamente impuesta es reprochable al autor solamente cuando y en cuanto él hubiera podido tener también la previsión del resultado, posible para una persona inteligente. La previsibilidad individual del resultado es un elemento constitutivo de la reprochabilidad de la lesión objetiva de diligencia.

Mientras que la previsibilidad *general* del resultado, a través de una persona inteligente, es un elemento del *tipo de injusto*, como parte constitutiva del disvalor objetivo de acción de la acción culposa, la previsibilidad *individual* es una característica constitutiva para la reprochabilidad de aquella lesión objetiva de diligencia. El derecho exige, generalmente, para las acciones que se realizan en el ámbito social, la observancia de la diligencia objetiva —posible para un autor inteligente— y declara anti*jurídica* la lesión de esta diligencia (especialmente importante en el derecho civil; además, p. ei., para el § 42, b, y § 330, a, y para el concepto de la agresión anti*jurídica* en el § 53); como *culpa* se puede reprochar esta lesión objetiva de diligencia, solamente cuando el autor *individual* pudo prever el resultado, según la medida de su capacidad de comprensión (RG., 67-20; 74-198). Por eso es decisivo el estado de formación intelectual que tiene individualmente el autor (RG., 67-23, referente a la “obligación de perfeccionamiento de los médicos y otros profesionales de la medicina”).

Con ello tampoco aquí se refiere la previsibilidad individual únicamente al resultado, sino que debe comprender también el curso causal en sus rasgos esenciales.

II. LA CONOCIBILIDAD DE LA ANTIJURICIDAD.

DOHNA, *Aufbau der Verbrechenlehre*, p. 44; WEIZ, *Die Arten des Irrtums, Strafr. Abhandl.*, 286; WELZEL, *SJZ.*, 1948, p. 368; MDR., 1951, p. 65.

Sin embargo, una acción no es ya reprochable, por el solo hecho de que su autor haya conocido o podido conocer su cualidad de ser adecuada al tipo, sino, únicamente, cuando él conoció o pudo conocer, además, su *antijuricidad*. Al conocimiento o conocibilidad de la concreción del tipo, debe agregarse el conocimiento o conocibilidad de la antijuricidad.

La clara verdad es que se puede hacer el reproche de culpa solamente cuando el autor estuvo en condiciones de conocer la antijuricidad de su hacer: el autor hubiera podido formar su voluntad de acción conforme al derecho, en lugar de hacerlo antijurídicamente. Esta simple verdad ha necesitado mucho tiempo y gran esfuerzo para imponerse y no es hoy todavía indiscutida. La autoridad del precepto romano *error juris nocet* y la preocupación infundada de que pueda darse al infractor del derecho una excusa cómoda y una absolución no justificada, han impedido hasta la actualidad el reconocimiento de la consecuencia lógicamente obligatoria del concepto de la culpabilidad.

Una excepción poco tenida en cuenta en su significado la constituyen, ciertamente, los delitos culposos. En ellos, desde hace mucho, se ha reprochado al autor la lesión de diligencia, solamente cuando conoció su deber objetivo de diligencia o pudo conocerlo con la diligencia necesaria (compárese RG., 60-408, 61-429, para el alcance del deber del juramento en el § 163). En cambio, el Tribunal Supremo alemán ha rechazado, decididamente, hasta en los últimos tiempos, las consecuencias correspondientes para la reprochabilidad del dolo (RG., 2-269).

Sancionando el Tribunal Supremo, aun en casos de desconocimiento inculpable de la antijuricidad, ha pronunciado pena sin culpa y con ello lesionado un principio esencial de la culpabilidad: no se puede reprochar al autor la decisión antijurídica de su acción, si no pudo haber conocido la antijuricidad.

La doctrina ha bregado desde hace mucho por imponer el principio de culpabilidad también para el error de prohibición, y la práctica misma se ha liberado, desde 1954, en medida creciente, de los principios del Tribunal Supremo. Sin embargo, la solución adecuada del problema debió costar a la teoría reinante, ya que considera el dolo como una parte constitutiva de la culpabilidad y no lo coloca, como la teoría finalista de la acción, como *objeto* de la reprochabilidad, formando parte de la acción y de lo injusto. Así llegaron a considerar el conocimiento de la antijuricidad como una parte del dolo. De ello resultó la “teoría del dolo”.

1. *La teoría del dolo*

Véase: MEZGER, *KLb.*, I, p. 144; SCHÖNKE, § 59, v, IX; OLSHAUSEN, vor § 51, 6, e; NAGLER, *LK.*, vor § 51, IV, A, 1; § 59, II; SCHRÖDER, *MDR.*, 1950, p. 646; WELZEL, *SJZ.*, 1948, p. 368; *MDR.*, 1951, p. 65.

Para la teoría del dolo, el dolo es un elemento de la culpa que —divergiendo de la opinión de la Corte Suprema del Reich— tiene como contenido, no solamente el conocimiento de las características del tipo, sino también el de la antijuricidad. El conocimiento de la antijuricidad pertenece por lo tanto al dolo del hecho; si le falta al autor, entonces su dolo está excluido, aun cuando actúe con pleno conocimiento del tipo. El error sobre la antijuricidad, lo mismo que el error de tipo, excluye el dolo, de acuerdo con el § 59.

Ejemplo: Una muchacha proveniente de Alemania Oriental comete en Alemania Occidental un aborto, en la convicción tomada de la práctica de su residencia nati-

va, de que el aborto ya no está prohibido. Según la teoría del dolo, el dolo de aborto de la muchacha se excluye por el error de prohibición, de modo que el hecho queda impune, ya que no existe el tipo del aborto culposo. Es una solución totalmente inadecuada, lo que resalta más aún, si el aborto no se produce (¿tentativa culposa?), o si participa un tercero en él (¿participación en la tentativa culposa de aborto?).

La teoría del dolo no puede desarrollar seriamente su tesis. El dolo exige un conocimiento real y actual (percibir o representar) de las características del tipo en el momento del hecho. Pero éste lo tiene el autor solamente raras veces, en lo referente a la antijuricidad y le falta completamente en hechos graves de carácter afectivo y en hechos rápidos concebidos en el momento. El autor "sabe", quizá, las más de las veces, que su hecho es injusto, así como conoce las reglas de sumar y restar y muchas otras cosas, aunque no piense en ellas actualmente. Pero para la forma de conocimiento del dolo no basta tal "saber" inactual, solamente actualizable, sino que es preciso un conocimiento *actual, en ese momento y real*. Pero si se quisiera exigir una tal representación *actual* de la antijuricidad del hecho en el momento de su realización, entonces difícilmente habría hechos dolosos, en ese sentido. La teoría del dolo debería conformarse con un "conocimiento" de lo injusto, en el sentido de un "saber" inactual, en todo momento actualizable; pero entonces debe tener claramente en cuenta que ello no basta para la clase de conocimiento que requiere el dolo del hecho. Dolo y conocimiento de lo injusto exigen dos distintas clases de conocimiento: aquél requiere, necesariamente, la representación *actual* o la percepción en el momento del hecho; éste se conforma con un "saber" inactual.

Pero el error decisivo de la teoría del dolo radica en el desconocimiento del hecho de que el dolo no es una parte constitutiva, sino el objeto de la culpa y que pertenece por eso a la acción y al tipo de lo injusto, mientras

que el conocimiento de la antijuricidad es solamente una parte constitutiva de la reprochabilidad. El conocimiento de la antijuricidad no es *lo que se reprocha* al autor, sino *el porqué* se reprocha al autor el dolo antijurídico. *Porqué* el autor pudo conocer la antijuricidad y por consiguiente pudo omitir su decisión antijurídica de acción, es que se le hace el reproche. De ello resulta que el conocimiento de lo injusto no es ningún elemento constitutivo del dolo del hecho, sino solamente de la reprochabilidad. El dolo antijurídico es reprochable al autor en la medida en que pudo actualizar el conocimiento de la antijuricidad y convertirlo en el contramotivo que determina el sentido. Ésta es la solución de la teoría de la culpabilidad.

2. La teoría de la culpabilidad

Véase: DOHNA, obra citada; VON WEBER, *Gr.*, p. 122; HARTUNG y WARDA, JR., 1950, p. 385; NJW., 1951, p. 209; WELZEL, SJZ., 1948, p. 36^o; MDR., 1950, p. 65; NIESE, obra citada, p. 33. OLG. Stuttgart DRZ., 1949, p. 164; Oldenburg, MDR., 1950, p. 690.

Semejante, pero sujeto a malos entendidos, HIPPEL, II, D. 349; KOHLRAUSCH, L., § 59, II, 2, h; OHG., 2, p. 119; 3, p. 6.

Las consecuencias de la teoría de la culpabilidad están legalmente reconocidas en el art. 20 del Código Penal de Suiza; § 31, WiStGes. Eb. SCHMIDT, SJZ., 1948, p. 574; 1950, p. 837.

Objeto del reproche de la culpabilidad es la voluntad antijurídica de acción, ya sea en el dolo adecuado al tipo o en la lesión no dolosa de diligencia; en ambos casos es un elemento de la acción antijurídica. Esta dolosa o no diligente voluntad de acción es reprochada al autor en la medida en que pudo llegar a su conocimiento la antijuricidad de la acción y convertirse en contramotivo que determina el sentido. Lo más fácil para el autor es la posibilidad de una autodeterminación adecuada al sentido, cuando él conoce positivamente la antijuricidad, siendo indiferente que la conozca en el momento de la comisión del hecho (actual) o que pueda instantáneamente actualizarla. Por eso, en este caso el reproche de culpabilidad es más fuerte. Más difícil es para el autor, cuando él no cono-

ce la antijuricidad, pero puede conocerla con alguna diligencia. Si él hubiera podido conocer lo injusto de su hecho, recurriendo a la conciencia o a consultas y cosas semejantes, entonces se le puede también reprochar, aunque en menor grado con relación al primer caso. El error evitable de prohibición atenúa la reprochabilidad y por lo tanto la pena a medida de su disculpabilidad.

Mientras que en la lesión no dolosa de diligencia, el límite de pena de los tipos culposos admite inmediatamente una atenuación adecuada de la pena por el menor grado de la reprochabilidad, para los delitos dolosos se debe recurrir a una clave general de atenuación para el desconocimiento evitable de la prohibición del § 51, inc. 2, en unión con el § 44; como la dificultad de la capacidad *general* para actuar adecuadamente al derecho, atenúa, según el § 51, inc. 2, la reprochabilidad y la pena, debe tener vigor el mismo principio, si a consecuencia de un desconocimiento evitable de la prohibición, es dificultada la posibilidad *concreta* de actuar adecuadamente al derecho (Así ahora especialmente: OLG. Oldenburg, MDR., 1950, p. 690). Si el desconocimiento de la prohibición fue inevitable, entonces se elimina por completo la reprochabilidad y la pena. Sobre esta base se deja solucionar inobjetablemente el caso arriba mencionado: el error de prohibición de la muchacha no cambia para nada su dolo del hecho, sino que afecta solamente la reprochabilidad de ese hecho. El hecho es un aborto antijurídico —doloso— (o sea, una tentativa de aborto), el que según si el error sobre la antijuricidad era o no evitable, se debe penar más benignamente de acuerdo con el § 51, inc. 2, en relación con el § 44, o queda completamente impune. Instigador y cómplices se hacen punibles, independientemente de la culpabilidad de la autora, por participación en el aborto antijurídico-doloso.

Tratando así el error de prohibición, resulta que la preocupación de que su reconocimiento podría seducir a excusas cómodas y conducir a absoluciones injustificadas,

es infundada, pues solamente el error de prohibición inevitable libera de pena.

Conforme a estos principios se debe distinguir entre el *error de tipo*, que excluye el dolo, y el *error de prohibición*, que excluye la culpabilidad.

a) Si el autor se equivoca sobre una característica que pertenece al tipo objetivo de lo injusto, se excluye el dolo (§ 59). Puede entrar en cuestión solamente un hecho culposo (*error de tipo*).

b) El *error de prohibición*, en cambio, deja intacto el dolo del hecho y se refiere —con pleno conocimiento de las circunstancias objetivas del hecho— a otros fundamentos que están fuera del tipo, que excluyen la antijuricidad según la opinión del autor. El autor o no conoce la norma jurídica o la desconoce (la interpreta erróneamente), o acepta erróneamente un fundamento de justificación. Cada uno de estos errores excluye la culpabilidad, si es inevitable o la atenúa de acuerdo con el § 51, inc. 2, y el § 44, si es evitable.

aa) La distinción entre el error de tipo y el error de prohibición, ha dado lugar a dificultades por su condicionamiento histórico, ya que siempre fue mezclada con los conceptos *error facti* y *error juris*. Error de tipo es el desconocimiento de una circunstancia de hecho *objetiva*, perteneciente al *tipo de injusto*, sea de índole real (descriptiva) o normativa. Error de tipo es, por lo tanto, no solamente el error sobre “lo material”, como cosa, cuerpo, causalidad, sino también sobre “lascivia” de la acción, “ajeno” de la cosa, “embargo”, “documento”, “funcionario”. Para ello basta un conocimiento en el sentido de la valoración paralela en la esfera del profano.

Es completamente equivocado el término “error de hecho”. La diferencia decisiva de las dos clases de errores no se refiere al antagonismo hecho-concepto jurídico, sino a la diferencia: tipo-antijuricidad. Quien sustrae a otro una cosa, que él erróneamente toma por propia, se encuentra en error de tipo; él no sabe que sustrae una cosa *ajena*. Pero quien cree tener derecho a sustraer una cosa aje-

na (p. ej., como acreedor frente al deudor insolvente), se encuentra en error sobre la antijuricidad de su hacer. Quien no sabe que la cosa dispuesta por él está embargada, se equivoca sobre una característica del tipo; quien lo sabe, pero erróneamente cree tener derecho al desembargo, se encuentra en error de prohibición.

Por lo tanto, error de hecho y de derecho, por una parte, y error de tipo y de prohibición, por la otra, son dos pares de conceptos de índole completamente distinta. Hay errores de derecho que son errores de tipo: p. ej., el error sobre características normativas del tipo, como lo ajeno de la cosa; y hay errores de hecho que son errores de prohibición: el error sobre los presupuestos reales de un fundamento de justificación (véase *infra*, dd).

bb) La antijuricidad no se convierte en la característica del tipo porque esté nombrada —sin necesidad— en el tipo (p. ej., en los §§ 123, 124, 239, 240, 246, etc.), sino que es siempre valoración del tipo; lo mismo ocurre con otros términos utilizados para fijar la antijuricidad, como, p. ej., “no justificado” (§ 277), o “sin estar facultado para ello” (§ 341).

Tampoco las características especiales del deber jurídico son características del tipo, sino elementos especiales de la antijuricidad, como, p. ej., “jurídicamente válido” (§ 110); “adecuada al derecho” (§ 113); “competente” (§§ 137 y 153 y ss.); “no autorizado” (§§ 132 y otros); “sin autorización” (§ 145 a). El error sobre estas características del deber jurídico es, por lo tanto, un error de prohibición.

Además, el error sobre la adecuación social de la acción, es un error sobre la antijuricidad de la acción.

cc) En las leyes en blanco, leyes penales que contienen solamente la amenaza de pena, pero remiten a otras normas lo referente al tipo (p. ej., § 366, cifra 1), el no conocimiento de esa norma es lo que hace incurrir en error de prohibición.

dd) Un caso de error de prohibición lo constituye la aceptación errónea de un fundamento de justificación.

Sea que el autor se equivoque sobre los presupuestos reales o sobre los límites jurídicos de un fundamento de justificación, sea que suponga erróneamente un fundamento de justificación no reconocido por el derecho, en estos casos se equivoca acerca de la antijuricidad de su concreción dolosa del tipo. Quien lesiona corporalmente a otro porque se cree agredido por él (defensa necesaria putativa), o porque cree poder lesionarlo corporalmente con el objeto de su detención provisional (error acerca de los límites del derecho de detención), o porque cree poder castigar corporalmente a quien le ofende (aceptación errónea de un fundamento de justificación jurídicamente no reconocido), comete en todos estos casos una lesión corporal dolosa en la creencia de tener derecho a ella. Él no actúa en un no conocimiento del tipo, sino solamente en un error de prohibición. Esto está reconocido generalmente por la teoría reinante, con relación a los dos últimos casos, pero no respecto al supuesto de la defensa necesaria putativa; más bien acepta la teoría reinante —aquí también la Corte Suprema del Reich— *un error de tipo que excluye el dolo* y resuelve penar por lesión corporal *culposa*, si el error fue evitable (R.G., 54-199; 63-219; 72-302). En esta concepción de la doctrina reinante se deslizan dos errores: por una parte, la alternativa equivocada, ya arriba rechazada, de error de derecho y error de hecho; por otra, la teoría de las “características negativas del tipo”. De la tesis deficiente según la cual los fundamentos de justificación son características negativas del tipo y su concurrencia excluye el *tipo*, se ha sacado la conclusión falsa de que la aceptación errónea de la defensa necesaria excluye el dolo del tipo (p. ej., el dolo de lesión corporal). Pero como los fundamentos de justificación no eliminan la adecuación típica, sino solamente la antijuricidad, no se excluye tampoco el dolo del hecho por la aceptación errónea de un fundamento de justificación, sino solamente el conocimiento de la antijuricidad. De ello resulta que los tres casos de la aceptación errónea de un fundamento de justificación son, en la misma medida, errores de

prohibición: el error inevitable excluye la culpabilidad, el evitable la atenúa a medida de su disculpabilidad; se debe, por tanto, atenuar la pena de acuerdo con los §§ 51 y 44.

B. *El elemento de voluntad en la reprochabilidad (La exigibilidad de la obediencia jurídica)*

Tampoco el conocimiento de lo injusto puede fundamentar totalmente el reproche de la formación de voluntad, sino solamente cuando el autor pudo *determinar* realmente su voluntad de acuerdo con la comprensión de lo injusto en la situación concreta de la decisión. No se trata, en absoluto, de la capacidad *general* para una formación de voluntad adecuada al sentido, es decir de la capacidad de imputación, que existe independientemente de la situación de la acción, sino de la posibilidad *concreta* del autor capaz de culpa, de poder determinarse en la decisión real de la voluntad por la comprensión de lo injusto. Esta posibilidad concreta de una autodeterminación adecuada al sentido para un actuar conforme al derecho, es el elemento más importante de la reprochabilidad, al cual los elementos intelectuales están subordinados, pues el contenido de la reprochabilidad se funda, precisamente, en que el autor hubiera debido y podido determinar su voluntad *adecuadamente* al derecho, en lugar de antijurídicamente. Por regla general, el derecho exige al autor capaz de imputación, que puede conocer la antijuricidad de su formación de voluntad, que la *determine* de acuerdo con esta comprensión. Sin embargo, hay situaciones de decisión en las cuales un actuar adecuado al derecho no es exigido tampoco al autor capaz de imputación que actúa en pleno conocimiento de lo injusto. Ciertamente, el derecho debe limitar al máximo situaciones de esta índole en interés de la fuerza de vigencia de sus normas.

I. LA EXIGIBILIDAD EN LOS DELITOS CULPOSOS.

Donde más lejos va el derecho es en la disculpa de una formación de voluntad antijurídica-no dolosa.

1) Aquí toma en consideración estados inculpables de cansancio o de excitación, que dificultan o hacen imposible la observancia de la diligencia objetiva, también al autor capaz de comprensión, y no le reprocha la lesión de la diligencia objetivamente impuesta si actúa sin pensar, en estado de aturdimiento, de temor, susto, sobrefuerzo o cosa semejante (R.G., 58-30).

2) Además, no reprocha al autor la lesión de diligencia conocida o conocible por él, cuando el peligro de bienes jurídicos estaba tan alejado que no se le pudo exigir la omisión del hacer no diligente, tomando en cuenta las desventajas considerables, que hubiera acarreado para él la omisión (R.G., 30-65: un peón sale por orden del patrón con un vehículo tirado por un caballo que tiende a escapar, ya que, negándose a hacerlo, hubiera perdido su puesto; lo mismo R.G., 74-195). En el problema que plantea el hecho de si la observancia de la diligencia objetiva se debe exigir al autor, se debe relacionar la distancia del peligro con la importancia del daño que amenaza la omisión de la acción no diligente; cuanto más cercano y mayor es el peligro y cuanto menos importante es la desventaja que amenaza al autor, tanto menos puede ser disculpada la lesión conocible de diligencia. La solución nunca depende en estos casos de la valoración individual de los motivos por parte del autor, sino siempre de su valoración objetiva por parte del orden jurídico.

II. LA EXIGIBILIDAD EN LOS DELITOS DOLOSOS.

En hechos penales dolosos, el derecho exige más fuertemente al autor capaz de imputación que se determine a un comportamiento adecuado al derecho, por la comprensión de lo injusto, posible para él.

1. Considera la influencia de estados afectivos —en cuanto no eliminan o disminuyen la capacidad general de imputación—, en el mejor de los casos, como atenuantes de culpabilidad. En el exceso en la defensa necesaria, excluyen completamente la culpabilidad (§ 53, inc. 2).

2. No se reconoce en los delitos *dolosos* un fundamento *general* de disculpa de la no exigibilidad de un actuar adecuado al derecho, por salvaguardar intereses aceptables (R.G., 66-397); se limita la disculpa a casos de necesidad en peligro para el cuerpo o la vida (véase *infra*, nº 3). Solamente en algunos delitos en particular el derecho se conforma con un peligro menor, como en el encubrimiento (R.G., 60-101), y en el estado de necesidad del juramento (§ 157). Una excepción *general* la ofrecen los delitos de omisión, en los que puede ser disculpada también la omisión dolosa, por la no exigibilidad del daño de intereses propios aceptables (aquí se muestra otra similitud de los hechos de omisión con los delitos culposos).

III. EL ESTADO DE NECESIDAD PENAL (§§ 54 y 52).

El caso más importante de aplicación de la inexigibilidad de un comportamiento adecuado al derecho (a pesar de la capacidad de imputación y comprensión de lo injusto), lo constituye el estado de necesidad penal de los §§ 54 y 52. Existe, si el cuerpo o la vida del autor o de un familiar son puestos en peligro, sin culpa del autor, y éste puede salvarlos solamente lesionando intereses ajenos amparados por el derecho penal, sin que su acción pudiera ser *justificada* a través del principio jurídico general del medio adecuado para el objeto reconocido. Se trata de la lesión de aquellos bienes jurídicos que, aun con miras a la protección del cuerpo y la vida, nunca pueden ser empleados meramente como *medios*, y en especial de intervenciones graves en la persona ajena (lesiones de cuerpo y vida de terceros inocentes). Los terceros nunca deben ser tratados como cosas, sino siempre como fin en sí mismos (KANT). Por eso el derecho no puede justificar tampoco graves intervenciones en el cuerpo o vida de terceros, como mero medio para la salvación de la vida; y puede disculparlas solamente porque, considerando la debilidad humana, no es exigible al autor que se encuentra en necesidad, que se determine conforme a un comportamiento adecuado al derecho.

Partiendo de estas reflexiones éticomateriales, he abandonado mi opinión anterior del efecto justificante del estado de necesidad penal, y me he adherido a la teoría reinante de la diferenciación (WELZEL, MDR., 1949, p. 375). Según la *teoría de la diferenciación*, se dividen los casos de estado de necesidad en justificantes (si la acción de salvación es el medio adecuado para el objeto adecuado), y disculpantes (si esa relación no se da), pero no se puede exigir al autor la determinación conforme a un comportamiento adecuado al derecho.

LA ESTRUCTURACIÓN JURÍDICA

a) *El tipo básico* (§ 54).

La situación de estado de necesidad existe solamente en un peligro actual de cuerpo y vida. Actual es cuando se debe temer que la defensa llegue tarde si no se actúa enseguida (RG., 59-69; 66-225). Como lo muestra la expresión peligro de cuerpo y vida, peligro de cuerpo es solamente la amenaza de un daño *considerable* para la salud o la integridad corporal; debe ser tan considerable que limite la libre autodeterminación del afectado (peligro de cuerpo puede ser también un encierro que, por su duración, tenga un efecto sobre el cuerpo. RG., 54-338).

Sobre *peligro permanente* puede verse RG., 60-318. Un bebedor peligroso para la comunidad constituye, aunque en el momento esté tranquilo, un peligro permanente, si se puede esperar en todo momento nuevos accesos graves de ira, con consecuencias peligrosas para la vida. Véase también, RG., 66-222.

La situación de necesidad debe estar *exenta de culpa*; no se es culpable cuando solamente se acarrea el peligro, sino cuando también la necesidad de la lesión de bienes jurídicos ajenos fue creada contrariamente al deber.

Dos amigos salen de paseo en un bote de vela y sufren un accidente. Ambos se salvan y se toman a una tabla que sólo puede sostener a uno de ellos. Uno empuja al compañero, que se ahoga. Aquí, por cierto, está acarreado

a sabiendas el peligro (la posibilidad de un accidente con el bote de vela), pero no, precisamente, la necesidad de la lesión del otro compañero. Por eso la acción está justificada según el § 54. Sobre la contrariedad al deber, véase, también, RG., 36-340. Si es culpable de la situación de necesidad el que se encuentra en ella, entonces no debe tampoco salvarlo un familiar lesionando bienes jurídicos ajenos (discutido).

b) *La acción del estado de necesidad.*

Debe constituir la última posibilidad. Entre varias posibilidades, el autor debe elegir el mal menor y debe perseguir subjetivamente el objeto de la salvación.

c) *Las consecuencias jurídicas.*

La acción en estado de necesidad es antijurídica, pero disculpa al autor por la situación anormal de motivación. Así FRANK, § 54, III; MEZGER, *Lb.*, p. 369; LISZT-SCHMIDT, § 42; OLSHAUSEN, § 52, 2; RG., 61-249; no decidido, 60-88; 57-268; v. HIPPEL, II, ps. 231 y ss.; MAYER, p. 247; divergiendo, en parte, NAGLER, § 54, III, 2.

Esta disculpa no se concede si el derecho impone al autor el deber de soportar el peligro de cuerpo y vida: al soldado, al marinero, al policía, al bombero, al contralor de gases de minas (RG., 72-246), a la mujer, en lo referente a los dolores y peligros normales del parto.

El estado de necesidad es, en principio, posible también en estados que resultan de disposiciones emanadas de la autoridad. Pero es inadmisibles que se oponga resistencia inmediata a la fuerza jurídica; p. ej., a la ejecución de una sentencia firmada, aun cuando objetivamente parezca no corresponder (RG., 41-214).

Sobre participación véase más adelante 4, b.

d) *El estado de necesidad por coacción* (§ 52).

Comprende la situación de fuerza creada por una persona a través de coacción. El § 54 contiene la disposición más general; para ella es indiferente cómo es creada la situación forzosa, si por fuerzas naturales o un comporta-

miento humano, en tanto esto no constituya la coacción que dé lugar al estado de necesidad. Para estos casos rige especialmente el § 52:

a) La situación de fuerza: coacción a través de:

aa) Fuerza irresistible. Aquí no entra en consideración la *vis absoluta* que excluye toda voluntad del coaccionado y con ello toda acción propia, sino la *vis compulsiva*, vale decir la fuerza que influye, como p. ej.: apalear, torturar, etc., para forzar a una acción determinada. Se diferencia la *vis compulsiva* de la amenaza, en que la primera contiene el mal mismo, mientras que la segunda solamente lo anuncia.

ββ) Amenaza, es decir, el anuncio de un mal a causar por el amenazante. Este mal debe ser para el § 52 un peligro actual de cuerpo o vida para el que está colocado en estado de necesidad o para un familiar, y no debe poder ser evitado en otra forma. La amenaza puede partir del propio familiar y afectarle a él mismo; p. ej., en la amenaza de suicidio (RG., 38-127).

La situación de necesidad no precisa estar exenta de culpa en otra forma que la del § 54.

β) El hecho penal coaccionado es antijurídico, pero el autor en estado de necesidad es disculpado por la situación anormal de motivación. El coaccionante es autor mediato a través de un instrumento que actúa sin libertad (véase ps. 106 a 111).

γ) El § 52, inc. 2, independientemente del Código Civil, define para el ámbito del derecho penal, el concepto de familiar con un criterio mucho más amplio que el que fija la ficción del § 1598 del Código Civil.

IV. EL ESTADO DE NECESIDAD SUPRALEGAL DISCULPANTE.

a) El estado de necesidad de derecho penal de los §§ 52 y 54 se estructura sobre la idea de que, en casos de necesidad de cuerpo y vida, la obediencia inquebrantable al derecho supondría un sacrificio tan grande para el autor, que no se le puede exigir un comporta-

miento adecuado al derecho, considerando su instinto de conservación. Por esta razón, los §§ 52 y 54 limitan la exclusión de la culpabilidad a situaciones en las que el autor mismo o sus familiares cercanos se encuentran en una situación de necesidad con riesgo de cuerpo o vida. Sin embargo, hay situaciones en las que no oprime al autor o a un familiar suyo esa necesidad, y es una necesidad ajena de esa misma naturaleza la que lo lleva a una contradicción de deberes (conflicto de conciencia), al que no puede sustraerse, sin asumir una medida determinada de culpabilidad moral.

Ejemplo: en el tramo empinado de una cordillera se desacopla un vagón de carga, y baja a gran velocidad hacia una pequeña estación situada en el valle, en la que, circunstancialmente, se encuentra detenido un tren de pasajeros. En caso de que el vagón de carga siga por la misma vía, chocará con aquél y causará la muerte de un gran número de personas. Un empleado del ferrocarril que prevé la desgracia, cambia, en el último momento la aguja que hace que el vagón de carga se dirija hacia la única vía lateral, en la que en ese momento descargan algunos obreros un vagón. A consecuencia del choque, mueren tres obreros, como lo previó el empleado (véase, también, OGH., 1, p. 321; 2, p. 17; WELZEL, ZStW., 63, p. 51).

En el caso planteado, el autor no puede sustraerse a la decisión. Si hubiera dejado que las cosas siguieran su curso, cargaría sobre sí una culpabilidad mayor, pues no hubiera evitado la muerte de gran cantidad de personas, que por su acción —por la cual, por cierto, algunas pocas personas murieron— fueron salvadas. Por ello, la última decisión es la éticamente correcta. Pero también ella lo envuelve en un actuar injusto y en culpabilidad moral, porque utiliza seres inocentes como mero medio para salvar a otros. Pero el orden jurídico no puede hacerle un reproche de culpabilidad ante la comunidad jurídica, porque tomó a su cargo un resultado injusto menor para evitar otro más grave. Falta la culpabilidad *jurídica* como repro-

chabilidad *social* del hecho, porque cualquier otro colocado en la misma situación jurídica que el autor, tenía que actuar correctamente, del mismo modo que el autor lo hizo.

Culpabilidad jurídica es un sector del campo más amplio de la culpabilidad moral. La reprochabilidad de la formación de voluntad debe alcanzar un determinado grado socialmente relevante antes de convertirse en culpabilidad jurídica, en culpabilidad ante la comunidad jurídica. Debe estar lesionado al menos aquel grado de consideración frente a los deberes sociales que, en principio, todo otro miembro de la comunidad, en lugar del autor, ha de aportar y está en condiciones de aportar. Pero donde hasta el juez no puede actuar en otra forma que el autor, falta la culpabilidad jurídica como reprochabilidad social del hecho.

El fundamento supralegal de disculpa presupone:

aa) que la acción del autor haya sido el único medio para evitar un mal mayor;

bb) que el autor haya elegido realmente el mal menor;

cc) que haya perseguido subjetivamente el fin de salvación.

b) No existe ninguna situación de conflicto de esta índole cuando el autor no puede eliminar un mal mayor, sino que su intervención sólo desviaría el peligro de una persona a otra, o de un grupo de personas a otro de más o menos la misma cantidad; p. ej.: si en un naufragio X arrancara a A el último salvavidas y lo quisiera arrojar hacia B. Aquí el autor no se encuentra en una situación moral ineludible de decisión, sino que toma a su cargo, en forma inadmisiblemente, "jugar destino". Por eso su acción es antijurídica y culpable. Lo mismo rige para la *participación* en un hecho de estado de necesidad: X ayuda a B, que trata de arrancar a A el salvavidas. Pueda ser que B mismo esté disculpado por el § 54, entonces no existe para X ni un fundamento de justificación ni de disculpa. Habría que resolver de modo distinto, si sin la intervención de X los dos estuvieran perdidos y por su

ayuda se puede salvar al menos uno de ellos; así, ocurre en la conocida situación de los alpinistas; si X alcanza un cuchillo a A, que se cayó al trepar, para que pueda cortar la soga a la que, debajo de él, está sujeto B, que lo arrastró al caer. En el caso de que sin cortar la soga ambos alpinistas hubieran estado perdidos, X está *disculpado* por un estado de necesidad *supralegal*, mientras que A está protegido ya por el § 54. Compárese: EB. SCHMIDT, SJZ., 1949, p. 570; HARTUNG, NJW., 1950, p. 155; WELZEL, MDR., 1949, p. 371; ZStW., 63, p. 47.

V. EL ESTADO DE NECESIDAD PUTATIVO.

Si el autor supone erróneamente los presupuestos del estado de necesidad disculpante (de acuerdo con los puntos 3 y 4), se encuentra en la misma situación psíquica de conflicto que la del que realmente está en esa situación. Como los fundamentos que excluyen en el estado de necesidad la exigibilidad de una determinación de voluntad adecuada al derecho, están fundamentados, precisamente, en la situación *psíquica* del autor; está excluída aquí como allí la reprochabilidad, a no ser que el error mismo del autor sea reprochable; sin embargo, entonces se atenúa la reprochabilidad del hecho antijurídico, en la medida en que la suposición errónea de la situación de estado de necesidad, sea disculpable y se deba disminuir la pena de acuerdo con el § 51, inc. 2, y el § 44.

PARTE SEGUNDA

LAS ETAPAS DE LA CONCRECIÓN DEL DELITO. LA TENTATIVA

§ 22. LAS ETAPAS DE LA CONCRECIÓN DEL DELITO, EN PARTICULAR LA TENTATIVA

I. LAS ETAPAS DE LA CONCRECIÓN DEL DELITO.

Todo delito doloso es una concreción de voluntad. La concreción de voluntad puede quedar detenida en las etapas iniciales o puede llegar hasta la completa ejecución de la decisión de la acción. También el delito consumado, desde la decisión de la acción hasta la completa concreción, pasa por una sucesión continuada de etapas de concreciones parciales. ¿Cuándo comienza en esta serie el delito como acción merecedora de pena y cuándo está alcanzado su contenido completo de delito?

1. La mera decisión de acción no es todavía punible: *cogitationis poenam nemo patitur*. Tampoco en el derecho penal de voluntad, la voluntad mala es penada como tal, sino solamente la voluntad mala que se concreta; esto, no solamente porque la mera voluntad no es todavía captable y porque la moralidad no puede ser impuesta, sino, también, por el abismo profundo que separa, al fin y al cabo, el pensamiento del hecho.

Se recuerda la confesión de GOETHE, según la cual con la imaginación podría haber cometido todos los delitos (H. GRIMM, *Goethe*, 7ª ed., II, p. 245). La energía delictual no se muestra, pues, en el pensamiento delictual, sino en su transformación en el hecho real. "La malicia se consume recién en el hecho" (*Othello*, II, 1). El dolo es la voluntad de concreción y, por cierto, no solamente en el sentido de la voluntad que tiende a la concreción, sino también en el sentido de la voluntad apta para la concreción. La voluntad impotente es ningún dolo penalmente relevante. La clase de voluntad que es apta para la concreción del hecho, no surge de su contenido, sino del hecho real determinado por ella.

Muy ampliamente en la dirección hacia un derecho penal del sentir es la versión actual del § 49 a, incs. 2 y 3 (véase p. 131).

2. Pero no todo hacer en que se transforma la decisión mala es ya un delito. Delito es la lesión socialmente intolerable que choca especialmente con el orden de la comunidad. No siempre se transforma la decisión inmediatamente en tal comportamiento, sino que muchas veces antecede a este último un hacer que sólo prepara el hecho propiamente reprobable. P. ej., averiguar la oportunidad del delito, preparar los medios y cosas semejantes. Quien, para falsificar un pagaré, se compra formularios de pagaré y la tinta y pluma apropiadas, transforma, por cierto, su decisión ya en un hacer exterior, pero este hacer todavía no tiene color. Como tal no es todavía delito, contra el que se podría intervenir con pena; por una parte, porque objetivamente no choca con el orden social; por otra, ante todo, porque al detenerse en estas acciones preparatorias no se manifiesta todavía un poder delictual real de la voluntad, es decir, un dolo delictual.

Por eso las acciones preparatorias son, en principio, impunes, por su contenido delictual insuficiente y su escasa captabilidad real. Pueden resultar excepciones por obra del pensamiento de amparo lo más amplio posible de

bienes especialmente importantes. Además, existen excepciones en la preparación de determinados instrumentos delictuales, con respecto a determinados autores peligrosos (§§ 151 y 245 a: Tenencia de instrumentos para la falsificación de moneda y de instrumentos para la violación de domicilio).

3. Un hacer punible se inicia, en principio, donde el autor comienza a ejecutar la acción éticosocialmente intolerable misma, vale decir, en la tentativa. Como lo injusto punible no radica solamente en el acarreo de la lesión de un bien jurídico, sino, precisamente, en la índole de la comisión (en el disvalor de la acción), que está descrita plásticamente en el tipo, así empieza el hacer merecedor de pena en la actividad con la cual comienza el autor para ejecutar inmediatamente la acción adecuada al tipo.

4. El delito consumado es siempre punible y en la medida máxima. En ello se debe distinguir entre consumación formal y material.

a) Se determina cuando un delito está formalmente consumado, de acuerdo con el tipo penal. El delito está consumado con el cumplimiento completo del tipo. La ley enfoca la consumación dirigiéndose preponderantemente a la producción del resultado lesivo. Sin embargo, muchas veces, fija la consumación también ya antes; p. ej., en los §§ 146 y 267, ya con la realización del acto de falsificación; aquí, como en otros casos, no pertenece al tipo objetivo, lo que interesa al autor, es decir, la obtención de las ventajas del delito u otros objetivos del delito. Así, p. ej., el que el estafador consiga realmente la ventaja patrimonial aspirada, no pertenece ya a la consumación de la estafa: § 263; basta, más bien, que él perjudique a su víctima; lo mismo ocurre con la extorsión del § 253, y para los §§ 234 y ss., 257, 288 y otros más (los llamados delitos de resultado copado).

b) Dentro de lo dicho, debe distinguirse la consumación formal de la material, que sólo se produce con

la obtención del propósito delictual. La consumación material es importante para el problema de la participación (véase p. 117), para el concurso ideal (p. 224) y para la prescripción (§ 30, IV). Véase NAGLER, *LK.*, § 43, III, A, 2, p. 280.

5. Constituye un problema técnico legal el decidir si en la redacción de los tipos debe incluirse la tentativa en el tipo mismo, p. ej.: mediante la versión: "quien emprende...". O si se deben formular, en principio, solamente los tipos de delito consumados, situando en una cláusula general, también bajo pena, la tentativa. Así en el § 43. Este último camino es técnicamente más manuable e idiomáticamente más popular.

En cambio no es un mero problema técnico: a) si se pena la tentativa, en principio, en todos los delitos; b) si se la pena, por principio, del mismo modo que la consumación.

a) En el derecho vigente, la tentativa es punible, con carácter general, sólo en los crímenes; en los delitos, solamente cuando está expresamente indicado (§ 43, inc. 2). En las contravenciones nunca.

b) Mientras que en el derecho penal alemán, hasta 1939, la tentativa *tenía que ser* penada, en todos los casos, más benignamente (§ 44, versión antigua), desde entonces tentativa y consumación están, en principio, equiparadas en el margen de pena. De modo análogo al § 8 del Código Penal austriaco y al Código Penal francés; sin embargo, la tentativa *puede* ser hoy penada más benignamente, de acuerdo con el § 44, versión nueva.

La posibilidad de una punición más benigna de la tentativa, encierra el pensamiento de que en el hecho, que queda detenido en la etapa de la tentativa, la fuerza delictual de la voluntad es, en principio, más débil que en la consumación del hecho. En este pensamiento se mezclan opiniones no racionales, profundamente arraigadas, según las cuales al hecho completo pertenece también el resultado: asesino es, pues, sólo quien realmente ha matado.

b) La concreción parcial de un delito culposo sólo es imaginable como peligro culpable de bienes jurídicos. No es punible, en principio, según el derecho vigente, pues el § 43 se refiere solamente a delitos dolosos. Únicamente en raros casos está puesto bajo pena el peligro culposo, p. ej.: en los §§ 314 a 316.

II. EL CONCEPTO DE LA TENTATIVA.

Tentativa es la concreción de la decisión de realizar un crimen o delito a través de acciones que constituyen un comienzo de ejecución del delito (§ 43). El tipo objetivo no está plenamente cumplido en la tentativa. En cambio, el tipo subjetivo debe existir completamente y, por cierto, en la misma forma como debe ser en el delito consumado. Por lo tanto, si basta para la consumación el *dolus eventualis*, entonces basta, también, para la tentativa (RG., 68-341).

III. DELIMITACIÓN ENTRE ACCIONES PREPARATORIAS Y DE TENTATIVA.

La ley describe, conforme al modelo francés, el punto del comienzo de la tentativa con las palabras: "comienzo de ejecución". La llamada teoría objetivo-formal exige para ello que se haya realizado ya una parte de la acción de ejecución misma (véase RG., 70-157). Entonces, tomada estrictamente, el sustraer tendría que empezar recién con el extender el brazo, el matar con el apretar el gatillo. Una ampliación la aportan las teorías objetivas-materiales, incluyendo en la tentativa ya acciones que, en virtud de su pertenencia necesaria en conjunto con la acción del tipo, aparecen para la opinión actual como su parte constitutiva (FRANK, § 43, II, 2, b; RG., 73-143 y otros), o que acarrear un peligro inmediato del bien jurídico (RG., 59-386; 69-328). Estas ampliaciones conducen las más de las veces a resultados satisfactorios. Sin embargo, será más inequívoco determinar el *comienzo* de la ejecución, no desde el interior de la

acción del tipo, sino desde el exterior, como iniciación inmediata de la acción del tipo. En ello es siempre importante que el juicio sobre el comienzo se realice sobre la base del plan individual del autor.

La tentativa comienza en aquella actividad con la cual el autor inicia inmediatamente, de acuerdo con su plan de delito, la concreción del tipo penal.

Se debe partir siempre de la acción típica correspondiente al tipo particular de delito (apoderarse, matar, etc.). Sigue el examen individual: si el autor, de acuerdo con la disposición de su plan delictuoso, ha iniciado inmediatamente la concreción del tipo.

Ejemplo: A falsifica una letra de cambio y la presenta para su pago; la falsificación de documentos (§ 267), comienza con el principio del acto de la falsificación, y se consuma con la terminación de la falsificación; el § 267, versión nueva, ya no contiene ahora un delito de dos actos. La estafa (§ 263) comienza con la acción de engaño, es decir con la presentación de la letra de cambio para su cobro.

Es importante que el juicio del comienzo de ejecución se realice siempre sobre la base del plan individual del autor (teoría objetiva-individual), y no desde el punto de vista de un espectador hipotético, que no conoce el plan delictuoso (teoría objetiva-general). Pues como los caminos para la concreción del delito son ilimitadamente múltiples, el comienzo de ejecución depende siempre también del plan individual del autor. Es muy instructivo, en este sentido, el RG., 66-142: el autor idea un dispositivo para provocar un incendio, que ha de funcionar cuando un tercero mueva la llave para encender la luz eléctrica. Si ese tercero debe ser, según el plan del autor, un instrumento de buena fe, entonces el autor había desprendido ya de su mano el hecho, con la colocación del dispositivo, para hacerlo consumar a través del instrumento ciego, y con ello ha empezado el comienzo de ejecución del incendio. En cambio, si el dispositivo debe hacerlo funcionar un tercero, que actúa

como coautor, entonces empieza, conforme al plan común del hecho, el comienzo de ejecución con la acción de encender la luz por medio del coautor, mientras que la colocación del dispositivo es solamente una acción preparatoria. Por principio, comienza en forma distinta la tentativa, según la teoría subjetiva, que no concuerda con la ley, cuando de la acción resulta en forma inequívoca la meta del propósito delictuoso. Se comprenden así, bajo ciertas circunstancias, acciones preparatorias muy distantes. En la autoría mediata se debe distinguir la hipótesis de quien se vale de un tercero que actúa *dolosamente*, caso en el cual comienza la tentativa recién cuando el cómplice inicia la ejecución del hecho. En los demás casos, comienza, como en la aplicación de instrumentos mecánicos, ya en el momento en que el autor desprende de su mano el hecho, para hacerlo consumar a través del instrumento. Así RG., 66-141; 70-212, 386; FRANK, § 43, II, 2ª; v. HIPPEL, II, p. 476, 6; NAGLER, LK., § 43, III, B, 2 c, p. 285.

IV. LA TENTATIVA INIDÓNEA.

1. Con la punición de la tentativa se pena la actividad de la voluntad dirigida hacia la completa concreción del delito y se hace en la etapa en que esa actividad ya no es una preparación sin compromiso, sino que inicia, inmediatamente, la concreción del delito, y en ella, por tanto, la manifestación de voluntad tiene una significación seriamente peligrosa para el orden jurídico. ¿Qué quiere decir aquí seriamente peligroso? Sobre el particular existen dos opiniones:

a) Seriamente peligrosa debe ser la concreción exterior misma de la voluntad. Es necesaria una peligrosidad objetiva, que radica en el acontecer exterior mismo (teoría objetiva). Corresponde a la doctrina dominante hasta la fecha en la ciencia. Fue representada en dos formas:

aa) La forma más antigua de la teoría objetiva (hoy abandonada). Ella distingue la tentativa *absolutamente*

inidónea de la *relativamente* inidónea. Solamente la última es peligrosa y punible (relativamente inidónea para un delito de homicidio es, p. ej., una cantidad demasiado escasa de veneno). Medida para la distinción de inidoneidad absoluta y relativa es el punto de vista *ex-post*, vale decir, el del juez.

bb) La teoría objetiva moderna (teoría de la peligrosidad objetiva, LISZT y v. HIPPEL). La tentativa es peligrosa, si un hombre comprensivo hubiera considerado probable el resultado en el momento del hecho. El punto de vista del juicio es aquí *ex-antes*.

Ejemplo: tentativa de homicidio con un arma de fuego que un tercero había descargado secretamente. Según la teoría de la peligrosidad, resulta una tentativa peligrosa; según la teoría objetiva anterior, una tentativa absolutamente inidónea.

b) Según la teoría subjetiva (RG., 1-439), la concreción exterior de la voluntad, como tal, no precisa ser peligrosa, sino que para el orden jurídico es ya seriamente peligrosa *aquella* voluntad que con su manifestación *crea* iniciar inmediatamente la concreción del delito. Por eso es penada la tentativa con medios inidóneos o en el objeto inidóneo, sin considerar la no peligrosidad objetiva, si el autor los tomó por idóneos.

Véase: RG., 1-439; 17-158: tentativa de aborto por medios inidóneos. RG., 8-198; 47-65: tentativa de aborto en una mujer no embarazada. RG., 34-217: tentativa de aborto en una mujer no embarazada por medios inidóneos. RG., 1-451: tentativa de homicidio en un cadáver. RG., 42-92: tentativa de estafa sobre un derecho adquirido; véase, también, RG., 75-92. Dentro de este grupo se sitúan, también, el hecho de meter la mano en el bolsillo vacío de parte de un carterista; el tiro a la cama vacía, en la que se supone está la víctima.

El criterio objetivo es el resultado del dogma causal en la teoría de la tentativa. Como según ella el delito consumado es una *lesión* causal de un bien jurídico, así

es la tentativa un *peligro* causal de un bien jurídico. Ella enfoca el disvalor penal demasiado fuertemente hacia el aspecto objetivo-exterior de la lesión jurídica. En cambio, la teoría subjetiva ve el orden jurídico en un sentido más comprensivo, como un poder intelectual que forma la vida del pueblo. Pero la realidad y la vigencia de ese poder intelectual ya son lesionadas por una voluntad que realiza acciones que el autor toma por idóneas para la ejecución de un delito. Aquí, el autor ya no se mueve en el ámbito de las meras acciones preparatorias, sino que inicia inmediatamente la concreción del delito. Tal acción es ya intolerable para el orden jurídico, como poder creador del orden.

Ciertamente rigen para la relación de disvalor entre la tentativa inidónea y la idónea, los mismos principios que para la relación de disvalor entre la tentativa en general y la consumación (véase 1, 5). Como la magnitud de la concreción del hecho, en principio, es una medida para la intensidad de la voluntad criminal, así también lo es la idoneidad dentro de las márgenes de la tentativa. Cuanto más idónea es la tentativa, tanto más fuerte es, también, la energía delictual. Por eso, donde la acción de tentativa abandona todo contacto con la realidad, como, p. ej., en la tentativa supersticiosa, falta a la voluntad, por principio, todo merecimiento de pena. Tal voluntad no puede conmover la realidad del derecho como poder intelectual. Por eso el RG. (33-321) rechaza con razón la punibilidad de una tentativa supersticiosa.

2. Siempre debe haber, objetivamente, también en la tentativa inidónea, un comienzo de ejecución, vale decir, que la acción debe representar, si fuera idónea, un comienzo de ejecución.

Ejemplo: si la mujer embarazada compra un té inocuo, en la creencia de que es un medio abortivo, es esa una acción preparatoria. La tentativa sólo comienza con la ingestión, como cuando el medio es idóneo.

A pesar de la opinión subjetiva, con respecto a la idoneidad de la tentativa, queda intacta la delimitación objetiva entre tentativa y acción preparatoria.

3. *La llamada falta de tipo*. Una teoría (FRANK, § 43, I; DOHNA, p. 49) quiere eliminar del concepto de la tentativa, en general, por falta de tipo, todos aquellos casos en los cuales faltan al objeto (o al sujeto), o al medio *especialmente* mencionados en el tipo, las condiciones exigidas por la ley. Por lo tanto, si el autor toma erróneamente por ajena, la cosa propia que quiere sustraer, supone esta teoría que no existe tentativa, sino falta de tipo. Tentativa es la transformación de la voluntad de cometer un delito en un hecho exterior; eso lo realiza el autor también en casos como el expuesto. Por ello no se puede comprender por qué ha de eliminarse la tentativa en tales supuestos. En realidad, existe una tentativa inidónea, cuya punibilidad resulta del punto 1, b, antes mencionado.

V. EL LLAMADO DELITO PUTATIVO Y LA INIDONEIDAD DEL SUJETO.

1. El *delito putativo* no es punible conforme a ninguna teoría (RG., 66-126). En la falta de tipo, el error se refiere a una característica del tipo: el que se apodera toma la cosa propia por ajena (error de tipo al revés). Su hacer es, en la forma como él se *la propuso* (apoderamiento de una cosa ajena), un injusto punible.

En el delito putativo, en cambio, el error no radica en el campo del tipo, sino solamente en el campo normativo. El sujeto toma erróneamente por punible el obrar que conoce correctamente en sus características concretas (error de prohibición al revés); p. ej., una mujer cree punibles acciones homosexuales entre mujeres. El autor cree erróneamente que un hecho permitido está prohibido. Naturalmente la creencia errónea no puede producir la punibilidad.

2. El delito putativo está muy próximo a la inidoneidad del sujeto. En los delitos especiales toca al autor, por su posición especial de deberes (como soldado, funcionario, comerciante), un deber particular de fidelidad, sobre el cual se basa su mayor responsabilidad penal. Una lesión, aunque solamente a modo de tentativa, del deber de fidelidad, sólo puede cometerla aquel a quien le incumbe *realmente*. La creencia errónea del autor no puede producir esta obligación especial que es presupuesto también para la punición de la tentativa, pues solamente la *real* posición de deberes, como funcionario o soldado, puede y debe producir aquella conciencia especial de deberes sobre cuya lesión se basa la punibilidad especial. La opinión errónea del no funcionario o no soldado, no puede ser igual a esa conciencia de deberes (presupuesta) dentro del límite verdadero de sus funciones.

Quien se considera erróneamente un soldado, no puede siquiera cometer una tentativa de desertión, como tentativa del quebrantamiento de especial fidelidad militar. Tampoco el no funcionario puede cometer ninguna tentativa de delito administrativo (RG., 8-199).

No existe inidoneidad del sujeto, donde la inidoneidad se basa en la falta o la inidoneidad del objeto. La mujer no embarazada que realiza acciones abortivas, comete una tentativa punible en el objeto inidóneo.

3. *La punibilidad de la tentativa.* La tentativa es punible en todos los crímenes; en los delitos solamente cuando está expresamente determinado, y es impune en las contravenciones (§ 43). Puede ser penada más benignamente, según el § 44, versión nueva (desde 1939).

En lugar de la pena de reclusión perpetua, corresponde entonces reclusión de 3 a 15 años. En los demás casos, la pena puede ser reducida hasta un cuarto del monto mínimo amenazado. La pena de reclusión por debajo de un año, se debe transformar, según el § 21, en prisión (véase p. 244). Sobre penas accesorias y consecuencias secundarias véase el § 45.

Una excepción del § 44 la constituyen los delitos de pura actividad (§ 87). En ellos se equipara típicamente la tentativa con la consumación, de modo que una atenuación es improcedente según el § 44. Como tales delitos comprenden la tentativa, la "tentativa" de esa actividad, vale decir, la tentativa de la tentativa, es impune; por eso es también impune la "tentativa" de meros delitos preparatorios, como la del § 49, a (RG., 58-392).

En lo demás, la tentativa es posible en todos los delitos, también en los delitos de omisión (impropios y propios) y en los delitos cualificados por el resultado, si el resultado más grave se produce ya por la acción de tentativa.

Ejemplo: la muerte de la mujer se produce ya por la tentativa de violación: tentativa según el § 178 (RG., 69-332).

§ 23. EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA

El § 46 libera de pena al autor, si desiste voluntariamente de la tentativa. La ley quiere crear con ello un estímulo para el autor para el caso de no hacer llegar al resultado el hecho comenzado; construye para el autor un "puente de oro para la retirada" (LISZT). El carácter delictual del hecho queda intacto, pero se prescinde de pena por esa razón *politico-criminal*. El desistimiento es un fundamento *personal* de suspensión de pena.

I. PRESUPUESTO DEL DESISTIMIENTO QUE LIBERA DE PENA.

Son distintos, según se trate de la tentativa terminada o no terminada.

1. Si el autor no ha hecho todavía todo lo que es necesario, según la medida de la decisión por su parte, para la concreción del delito (tentativa no terminada), entonces queda libre de pena, si *abandona voluntariamente* la ejecución ulterior del plan de delito (§ 46, cifra 1).

El abandono es voluntario si se realiza independientemente de factores forzosos de impedimento; es volunta-

rio si el autor se dice: yo no quiero a pesar de que puedo; es involuntario, si se dice: yo no puedo, aunque quisiera (FRANK, § 46, II). Siempre es decisiva la intención del autor.

Ejemplos: si el autor desiste de la tentativa de hurto por la insignificancia de la presa, entonces desiste voluntariamente, en lo que se refiere a la presa insignificante, e involuntariamente con respecto a la presa mayor esperada (RG., 70-1; en contra, RG., 55-66). Si el autor abandona su propósito por arrepentimiento, falta de valor o temor a la pena, entonces es voluntario, pero si ha sido descubierto o teme serlo inminentemente, entonces el abandono es involuntario, si por el *descubrimiento* el resultado fuera impedido (RG., 65-149). Es indiferente si el obstáculo es real o solamente supuesto. Bajo estas circunstancias, el autor puede desistir voluntariamente también de un delito fracasado, si él no sabe que ya ha fracasado (RG., 68 82). Véase, sobre todo el tema, DOHNA, Z., 59-541. Es metódica y materialmente irrealizable la diferenciación que hace el RG. en el sentido de distinguir si el motivo del desistimiento fue psíquicamente forzoso (entonces involuntario) o si todavía ha dejado al autor la elección libre (entonces voluntario) (RG., 47-78; 75-393). Una "fuerza" causal auténtica, con exclusión de toda manifestación de voluntad, existe solamente en casos de completa paralización psíquica; toda otra graduación, según la intensidad del motivo, es arbitraria (véase también DOHNA).

Según KOHLRAUSCH, § 46, 4, a, se desarrolla la jurisprudencia del RG. en la dirección de una valoración ética del motivo del desistimiento (así, también, BOCKELMANN, DR., 1942, 430); con ello se abandonarían la proposición político-criminal del § 46.

El autor debe abandonar *definitivamente*, el plan del hecho, pues solamente entonces existe la razón político-criminal para dejar al autor libre de pena. No basta desistir solamente de una clase concreta de ejecución (RG., 72-350; diverge MEZGER, 405).

Naturalmente, falta, en general, el “desistimiento”, si el autor consigue o cree poder conseguir, repentinamente, sin actividad penal ulterior, la meta que *tentaba alcanzar puniblemente*; así, si en la tentativa de violación, la mujer abandona la resistencia y consiente positivamente en el coito (RG., JW., 1935, 2734); lo mismo si la mujer promete para la noche su entrega voluntaria y el autor desiste por eso de la tentativa, pues el abandono meramente momentáneo del hecho, no es un desistimiento, pero el hecho posterior consentido no es delito. Esto debe regir también para el consentimiento aparente que da la mujer para demorar al autor con otras miras; pues la cuestión del desistimiento se juzga según la situación representada por el autor (así el caso del RG., 75-393).

2. Si el autor ha hecho según su representación todo lo que es necesario para el acarreo del resultado (tentativa terminada), entonces merece libertad de pena, si él evita el resultado antes que el hecho esté descubierto (§ 46, cifra 2). “Descubierta” está la acción si es conocida como hecho criminal por aquellas personas de las cuales se puede esperar el impedimento del resultado, o el origen de la persecución penal (RG., 38-402; 71-242). El descubrimiento del autor no es necesario (RG., 3-93). Por eso, el hecho está también descubierto si el lesionado llega a conocerlo (RG., 66-61); en cambio no lo está aún si tienen conocimiento participantes en él o las personas a las que recurrió el autor para evitar el resultado, como, p. ej., el médico (RG., 15-44).

II. EFECTOS DEL DESISTIMIENTO.

El desistimiento tiene por efecto la impunidad personal para la tentativa como tal.

1. Solamente el delito de tentativa es impune, no el delito consumado contenido en ella (la llamada tentativa calificada). P. ej., un desistimiento voluntario de la

tentativa de robo, deja intacta la punición por coacción consumada. Esto rige tanto en el concurso ideal como en el de figuras del delito consumado con el tentado; pues tiene fuerza consumativa por sí mismo todo delito que conduce a una *pena*; además, un delito consumado no puede quedar impune, por el solo hecho de que el autor se hubiera propuesto cometer otro más grave.

2. El desistimiento es un fundamento personal de anulación de pena y actúa, por tanto, solamente a favor del partícipe que desiste eficazmente. Si el autor desiste, no son por ello impunes también los partícipes. La conducta del partícipe, individualmente, llega a ser impune sólo si todos desisten o si él evita el resultado o si anula completamente al menos su contribución (compárese R.G., 70-295). Sobre el desistimiento en la tentativa de participación, véase el § 49, a, inc. 4.

III. DESISTIMIENTO DEL DELITO CONSUMADO.

En el delito (formalmente) consumado no es posible, por principio, ningún desistimiento. Están previstas excepciones para el incendio (§ 310), para el falso testimonio (§§ 158 y 163, inc. 2), y otros. Por eso no es posible tampoco ningún desistimiento de delitos preparatorios o de pura actividad que hayan sido elevados a tipos independientes; también aquí, la ley prevé excepciones, p. ej., para quien reta a duelo (§ 204), y ahora, ante todo, en la tentativa de participación (§ 49, a, inc. 4) (véase ps. 124 y s.).

PARTE TERCERA

LAS FORMAS DE COMISIÓN DEL DELITO

§ 24. LA OMISIÓN PUNIBLE

I. HACER Y OMITIR ACTIVO.

1. La forma principal de la comisión del delito es la formación de la realidad a través de un hacer activo. La mayoría de los tipos de delito son tipos de comisión. Su contenido radica en que una buena realidad es invertida en una mala. Tipos de comisión son tipos de prohibición: se prohíbe causar algo malo, p. ej., matar a otro. Ellos forman el contenido principal del Código Penal. Sobre ellos hemos trabajado hasta aquí. Ciertas particularidades dogmáticas, sin embargo, son privativas de los delitos de omisión.

2. Pueden cometerse delitos por omisión, en dos formas:

a) Como delitos propios de omisión: contra una imposición se omite transformar una realidad mala en una buena. Una realidad mala es, p. ej., un accidente (§ 330), o la existencia de un plan peligroso de delito (§ 139); un hacer impuesto es la prestación de ayuda o la denuncia. Se trata, por lo tanto, de tipos de *imposición*: el delito mismo contiene la imposición de un hacer.

b) Como delitos impropios de omisión: concreción de tipos de comisión a través del medioomisión. Con respecto al tipo, pertenecen, por lo tanto, a los citados en 1.

Si el mundo viviera en estado de reposo, sólo podrían cometerse delitos de comisión, a través de un hacer acti-

vo, pues entonces solamente por un intervenir positivo podría ser transformado algo bueno en malo. Pero el mundo es un constante devenir. Lo que hoy es bueno, puede invertirse mañana, por sí mismo, en malo. La vida humana activa consiste, en gran parte, en mantener las series de evolución de la vida en sus cauces normales. P. ej., el criar los niños por los padres, es una previsión activa permanente tendiente a conservar y fomentar lo bueno (la vida, la salud etc.). En el permanente acontecer de la vida social, el hombre está en gran medida destinado a cuidar la conservación de lo bueno en el porvenir. Él acarrea lo malo, si omite conservar en los cauces normales las series de evolución de la vida que le están asignadas y confiadas. La madre que no alimenta a su hijo, lo mata en la misma forma que la que lo ahoga. En cuanto alguien, de acuerdo con los órdenes de la vida social, está puesto como "garante" para conservar lo bueno adecuado al tipo (la vida, la salud, etc.), actúa típicamente, lo mismo que en un delito de comisión, si omite impedir la producción de lo malo.

II. EL DEBER DE GARANTÍA.

La dificultad principal para determinar dogmáticamente los delitos de omisión, radica en delimitar los tipos de omisión propios de los de comisión a través de una omisión. ¿Cuándo existe un deber de acción, resultante de una posición de garantía, que hace punible al omitente por un delito de *comisión*, p. ej., de un homicidio o de una lesión corporal, y cuándo otro deber de acción, que hace responsable solamente por un tipo de *imposición*, p. ej., por prestación de ayuda omitida? (§ 330, c)¹.

¹ § 330 c: "Quien en caso de accidente o de situaciones de peligro común o de necesidad, no presta ayuda, a pesar de que ello es su deber, según el sano sentimiento del pueblo, en especial quien no responde al requerimiento policial para esa prestación de ayuda, a pesar de poder hacerlo sin peligro considerable para su persona y sin lesión de otros deberes importantes, es penado con prisión hasta dos años o con multa".

Ejemplo: ¿cómo se responsabiliza al bañero, cuando deja ahogar a un nadador atacado repentinamente de calambre? y ¿cómo a un espectador, que sólo observa el accidente y no presta tampoco ayuda?

En la literatura se habla a veces de que el omitente es punible por no evitar el resultado, es decir, por un delito de *comisión*, si tenía el deber de actuar (así todavía RG., 71-189). Esta fundamentación está equivocada, porque existe un deber de acción en *todos* los casos, también en el de los delitos de omisión *proprios* (p. ej., § 330, c). Y de esa tesis equivocada se sacan lógicamente conclusiones equivocadas.

La restricción propuesta por MEZGER y otros, según la cual el deber de acción que conduce a pena por un delito de comisión, debiera tender especialmente a una *evitación del resultado*, no trae ninguna solución real. Pues la evitación del resultado es, naturalmente, también la meta de las imposiciones de los tipos de omisión *proprios*, p. ej., del § 330, c. Por eso debe ser evitado por el autor, bajo ciertas circunstancias, también en los casos en que le sea posible (así DOHNA, DStR., 1939-146).

Es decisiva la posición de garante del autor, que le coloca, en el permanente acontecer de la vida social, desde un principio, en una relación estrecha y especial de deberes para salvaguardar el bien jurídico. Esta posición de garante es una posición efectiva de vinculación estrecha con el bien jurídico, adecuada al deber, que resulta de los órdenes de la vida social. Solamente deberes que surgen en tal posición de garantía, fundamentan una punibilidad por delitos de comisión.

El deber de garantía puede ser impuesto:

a) Por el orden jurídico mismo, en especial por la ley. P. ej., el deber de previsión de los padres frente a los hijos (§§ 1627 a 1634, Cód. Civil).

b) Por la asunción real de deberes contractuales. P. ej., en el contrato de una niñera. Sin embargo, el deber contractual nunca es suficiente; es decisivo que la posición de garantía se haya originado de él también efectiva-

mente. Si, p. ej., la niñera contratada no empieza su trabajo, contrariamente al contrato, entonces no se origina para ella ninguna punibilidad, por una lesión del niño. La posición de garantía se origina solamente sobre la base de la asunción *efectiva* del deber y, a la verdad, sólo allí donde comienza la situación de peligro de cuya protección el garante está encargado.

Si el guía de montaña se niega a seguir el ascenso, antes de que haya comenzado la situación de peligro, entonces está exento de pena, si el turista sigue sin él y se despeña (véase MEZGER, *Lb.*, p. 144).

c) Por un hacer previo. Quien, por un hacer activo, aunque sin culpa, ha creado el peligro cercano de un resultado determinado, debe evitar la producción de ese resultado. RG., 24-339; 46-343; 58-130; 73-57. Es ésta la fundamentación de la posición de garantía por un hacer que crea un peligro.

El jefe que, sin darse cuenta, deja encerrado al empleado al cerrar el negocio, lo debe liberar, si no comete el delito de privación de libertad por omisión. En cambio, la parte en el proceso que ha llevado al testigo a la situación de declarar en falso, solamente a través de una acción del procedimiento, no tiene ningún deber de garantía para evitar la declaración en falso; pues, procesalmente, el testigo actúa bajo propia responsabilidad. MAURACH, DStR., 1944, ps. 1 y ss.; RG., 72-23; 75-271 (complicidad en el perjurio por omisión!!).

d) Por una relación especial de confianza, de la que se espera la evitación de determinados peligros, como consecuencia de las relaciones de la vida social, basadas sobre una particular confianza recíproca.

Cuáles son las relaciones de confianza que entran en cuestión y a qué actividad obligan, debe decidirse siempre en forma distinta, según el ámbito social concreto de la vida y, ante todo, con miras a los distintos tipos penales. En la jurisprudencia se han presentado, especialmente, los siguientes grupos de tipos:

aa) Los deberes para la protección de cuerpo y vida resultan de una comunidad estrecha de vida con el lesionado.

RG., 64-316; 72-374: deber de previsión de la abuela hacia el nieto no legítimo; RG., 66-71: deber de previsión del padre no legítimo; RG., 69-321: deber de previsión de la sobrina que lleva la casa, frente a la tía que está aceptada en la comunidad de la casa; lo mismo, deberes de salvación en la comunidad de peligros, p. ej.: en un peligro común en la montaña. Véase también, RG., 73-55; 73-390. En la lesión del deber se produce la responsabilidad por los §§ 211, 222 y 223 (OLSHAUSEN, antes del § 47, 7, a).

bb) El deber de evitar los actos deshonestos (§§ 180 y 181) resulta de la comunidad de la casa, para el jefe de ella. Para el hombre: RG., 67-314; para la mujer: RG., "Goldt Arch.", 54-164; y para el cónyuge respecto de la esposa: RG., 58-98 y 226; 72-19.

cc) Un deber de aclaración (para el § 263) resulta de las relaciones comerciales especiales de confianza, en las que una de las partes depende, en grado especial, de la honestidad de la otra. Es el caso de negocios de crédito (RG., 66-56; 70-151), negocios bancarios (RG., 70-45), dentro de ciertas condiciones, de seguros (RG., 70-225) y, generalmente, en la percepción permanente de rentas, prestaciones de previsión y cosas semejantes (RG., 67-292).

De lo que resulta de los dos últimos grupos de deberes citados en *c* y *d*, que no están regidos por normas legales, no debe entenderse que "meros" deberes morales podrían fundamentar la punibilidad por un delito de omisión: siempre entran en cuestión deberes ético-sociales, jurídicamente relevantes, vale decir, aquellos que son imprescindibles para la vida en común, estén o no regidos por normas legales. Pero siempre es necesario para la responsabilidad por un delito de comisión, aquel deber que surge de la posición de garantía, tal como se expone en los puntos *a* hasta *d*.

Sobre ello se basa la delimitación de la prestación omitida de ayuda del § 330, c: donde existe un deber de garantía en el sentido arriba expuesto, existe un delito de comisión; en cambio, donde el deber es solamente general, de persona a persona, allí entra en cuestión solamente el § 330, c.

Según ello se decide también el ejemplo dado en la p. 206: el bañero es punible (según *b*) por un delito de comisión, por homicidio doloso o culposo, según su enfoque subjetivo (§§ 211, 212 y 222); el espectador solamente por prestación omitida de ayuda (§ 330, c).

No existe delito alguno de omisión, sino un delito puro de comisión, si alguien impide por un hacer activo una serie de actos tendientes al salvamento; p. ej., si alguien impide al médico, por la fuerza, vendar al que se desangra.

III. EL LLAMADO PROBLEMA CAUSAL EN LOS DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN.

Si existe un deber de garantía, entonces el omitente actúa conforme al tipo, en el sentido de un delito de comisión, si no evita el resultado. Él concreta el tipo de comisión a través del medio de la omisión.

Establecer que alguien no ha evitado el resultado anti-jurídico por no realizar una acción, presupone el juicio de que la realización de la acción hubiera evitado el resultado. Solamente de tal acción que hubiera impedido el resultado. Como la contestación de esta pregunta previa no puede ser un juicio real, sino solamente un juicio de posibilidad (juicio causal hipotético), ella sólo puede aportar valores de probabilidad. Para condenar por un delito de comisión a través de omisión, debe exigirse una probabilidad de impedir el resultado prácticamente al borde de la certidumbre. Una omisión puede haber acarreado, entonces, el resultado, solamente cuando la realización de la acción lo hubiera evitado con una probabilidad prácticamente al borde de la certidumbre (RG., 75-49 y 372).

Sobre la fórmula causal heurística, véase *supra*, p. 49. Guía del juicio es el punto de vista *ex post*, vale decir, el juicio del juez, que recurrirá a todas las circunstancias conocidas.

Pero con esto está contestada solamente la pregunta causal previa, como presupuesto más elemental de una responsabilidad penal. Que el resultado haya sido realmente la obra del autor, depende, además, de su posición de garantía y de la conexión dolosa o culposa de la acción.

Pero, ¿se puede decir, realmente, que alguien ha matado, lesionado, dañado, etc., por omisión? Para el concepto naturalista de la acción, según el cual la acción es una causación de voluntad, surgen de ello dificultades. ¿Cómo puede causar algo un hacer nada? El problema es insoluble para el naturalismo. La propuesta de solución últimamente formulada, alega erróneamente a KANT: causalidad es solamente una conexión mental; como, también, el nexo causal real es "solamente" una conexión mental lóg'ca; así también, el nexo-causal "imaginado" entre el omitir y el resultado. Todo es una solución aparente, pues el curso causal real es más que una mera conexión mental (Sobre el kantianismo equivocado, véase Z., 51, ps. 704 y ss.). En verdad, no se trata de un problema causal, sino de un problema de acción. La voluntad no es solamente una fuerza causal sino un factor de formación conciente del objeto del porvenir. Ella forma el futuro, no solamente en los rasgos que modifica positivamente, sino también en aquellos que deja libres. Porque la voluntad no es solamente un factor causal, sino un factor finalista, vale decir, formador conciente del objeto, su dominio del hecho comprende también lo que deja acontecer. También ésta es su obra, en cuanto el respectivo campo de realidad estaba confiado en la vida social a su formación finalista, si él fue garante para la formación del porvenir en el respectivo sector de realidad. Y entonces él no ha causado, por cierto, esta formación de realidad en el sentido causal-naturalista, pero sí ha sido un efecto, en el sentido de la formación finalista del por-

venir, a través del medio de la omisión (“efecto” quiere decir: ser la obra de alguien). Por eso, únicamente un pensar estrechamente naturalista, que ve la voluntad sólo como potencial causal y no como factor finalista, pudo caer aquí en dificultades. Por cierto, la omisión no puede “causar” nada en el sentido naturalista, pero la voluntad como factor de una formación finalista del porvenir puede acarrear una formación determinada de realidad a través del dejar acontecer las series de evolución confiadas a él.

IV. LAS DEMÁS CARACTERÍSTICAS DEL DELITO EN LA OMISIÓN IMPROPIA. LÍMITES DE LA COMISIÓN A TRAVÉS DE OMISIÓN.

Con respecto a las demás características del delito, la omisión impropia es equivalente, en principio, a los delitos de comisión. Quien como garante acarrea un resultado típicamente desaprobado, actúa conforme al tipo en el sentido de un delito de comisión. Por cierto dolosamente, si la omisión era el medio conciente del objeto para la obtención del resultado, o culposamente si el autor hubiera podido evitar el resultado actuando finalistamente.

La concreción del tipo es *adecuada al derecho* si un fundamento de justificación —como la defensa legítima— está de parte del autor. A esto pertenece, también, la *colisión de deberes* (la paralela con el estado de necesidad supralegal), si el autor puede cumplir solamente uno de los varios deberes que debe cumplir simultáneamente. Ejemplo: alguien está citado a la misma hora como testigo a dos tribunales distintos.

Si los deberes son equivalentes, entonces el autor puede elegir; si prepondera uno, ha de cumplir éste (RG., 61-254). Si el autor en el cumplimiento del deber cayera en un peligro no culpable de cuerpo o vida, entonces no hay culpabilidad según el § 54. Sin embargo, la pregunta es, si por encima de los límites del § 54 (necesidad de cuerpo y vida), otros intereses subjetivos del autor pueden excluir la culpabilidad, partiendo del pensamiento general de la no *exigibilidad* (véase ps. 180 y ss.).

Ejemplo: la mujer comete adulterio, e impide la intervención de su cónyuge con la amenaza de que lo denunciaría por un delito de lascivia cometido antes por él.

El rechazo de la exigibilidad en los delitos dolosos de comisión (véase p. 181), no debe ser esquemáticamente trasferido. Para los delitos de comisión, fuera de los casos de la necesidad de cuerpo y vida, debe ser esperado generalmente que se soporte un daño personal, si éste sólo puede ser impedido por la comisión de un delito. En cambio, es algo distinto y no se puede esperar que el autor se dañe a sí mismo, por la realización de una acción impuesta.

El punto de vista de la inexigibilidad (por encima de los límites del § 54) está reconocido para los delitos de omisión en el § 330 c (HRR., 1940, n^o 194). Este principio debe regir, generalmente, para todos los delitos de omisión: no existe una concreción culpable del tipo, a través de omisión, cuando no se puede exigir al autor la realización de la acción por poner ésta en peligro intereses propios aprobables (R.G., 69-324). La *tentativa* comienza en el momento en que la acción hubiera tenido que realizarse a más tardar (véase ps. 193 y ss.).

La mayoría de los tipos de comisión pueden ser concretados por omisión. A veces comprenden ya las palabras del tipo, al lado de la comisión, también la omisión, p. ej., en los §§ 121 y 347, inc. 1, “dejar escapar o facilitar su liberación”; § 221, “exponer o abandonar”; además en los §§ 223, b, 315, inc. 1, 354 y otros. Pero las más de las veces resulta de la interpretación lógica del tipo, según el concepto finalista de acción y la garantía, que la acción típica, p. ej., el matar, puede ser concretada también por omisión.

Pero en algunos delitos la interpretación lógica del tipo obliga a que la acción de hecho esté limitada precisamente a la realización por un hacer positivo, p. ej., en el perjurio de los §§ 153 y ss.; bigamia, adulterio, incesto, de los §§ 171 a 173; lascivia *contra naturam*, del § 175 (el tolerar actos de lascivia *contra naturam* por parte

del participante es lascivia misma); cobardía, del § 84 del Cód. de Justicia Militar, y otros más. Entra en cuestión solamente la realización positiva personal de estos actos. Se trata de delitos puros de acción en los cuales la realización de la acción, como tal, es ético-socialmente impura y reprochable. Sin embargo, hay también delitos puros de acción en los cuales, al lado de la comisión, precisamente también la omisión (propia) es el acto reprochable, p. ej., en la deserción del § 69 del Cód. de Justicia Militar, “abandonar y no presentarse”.

Por lo tanto, para la comisión por una omisión entran en cuestión preponderantemente sólo los tipos de resultado (tipos de lesión y de peligro).

PARTE CUARTA

UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS

§ 25. LA UNIDAD DE ACCIÓN Y LA UNIDAD DE UNA CONDUCTA PUNIBLE

I. NATURALEZA Y ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA UNIDAD DE ACCIÓN EN DERECHO PENAL.

¿Qué quiere decir “una” acción y cuándo se ejecutan “varias” acciones? Como toda acción, así tampoco el delito es un acontecimiento puramente físico, sino la objetivación de la *mente* humana; una *unidad social* con sentido. No interesa la cantidad de los movimientos corporales en el tiempo y en el espacio. Si bien puede ser “una” acción un único movimiento corporal (un golpe o un empujón, lesión corporal o daño de cosas), la mayoría de las acciones se estructuran sobre un conjunto de movimientos corporales (p. ej., violación, hurto con efracción, falsificación de documentos). Los movimientos corporales, en el espacio y en el tiempo, son en ellas solamente los portadores reales físicos del sentido social de la acción.

Dos factores fundamentan la unidad de la acción penal.

1. El factor finalista: en toda acción dolosa la proposición voluntativa de la meta; en la acción culposa la evitabilidad finalista-potencial.

En la acción dolosa está reunida una pluralidad de actos individuales físicos en una unidad (que tiene sentido), en la que todo acto ocupa un lugar fijo, determinado por la voluntad que se propone la meta en el

acontecer de la acción; así, p. ej., en el asesinato: averiguar, acechar, preparar el arma, apuntar y hacer el disparo, son todos movimientos, todos son actos dispuestos en ese orden, que forman parte de un conjunto, por decir así, "orgánico" de la acción. Ellos se presentan como una acción de una nueva meta propuesta, eventualmente un hurto con violación de domicilio, en el que a su vez los actos individuales constituyen una unidad orgánica sobre la base de la voluntad finalista. Pero también de la acción culposa se pueden decir cosas semejantes: si varios movimientos imprudentes lesionan corporalmente a otro, entonces constituyen un conjunto interior, en virtud de su relación unitaria con la evitabilidad finalista, mientras que, eventualmente, un último movimiento desencadenado por una reacción repentina de miedo, no pertenecería ya a esa unidad.

2. El factor normativo: el juicio social-jurídico a través de los tipos. El nexo creado por la voluntad que se propone el objeto, en el acontecer real, es, sin embargo, sólo *un* presupuesto de la unidad de acción. El que una pluralidad de movimientos corporales constituya un conjunto de acción, depende de la extensión de la proposición voluntativa de la meta y de la relación con la evitabilidad finalista posible. Pero qué sentido de acción y cuántas unidades sociales de sentido están concretadas con este conjunto real que es la meta, se determinan de acuerdo con el juicio social-objetivo de ese conjunto determinado por la meta alcanzada, que está consignado para el derecho penal en los tipos legales. Según ellos, se juzga lo que significa socialmente la concreción de la meta: si es asesinato u homicidio simple, lesión corporal o tratamiento curativo, etc. Por eso traza también líneas divisorias dentro de un conjunto voluntario integral y abarca ya en acciones parciales lo que criminalmente pertenece, en conjunto, a un solo delito. Si, p. ej., alguien hurta una pistola, para cometer con ella un homicidio y lo ejecuta, entonces un solo conjunto grande, según la meta propuesta por la voluntad, abarca todos los actos individuales. Pero, según

el contenido social-jurídico de sentido del conjunto con relación a determinada meta, el hurto constituye ya en sí una unidad de injusto cerrada (aunque no se hubiera producido a continuación el homicidio). A él sigue el asesinato, como unidad ulterior independiente de injusto.

Así se forma la unidad de la acción penal a través de dos factores: la proposición finalista-voluntaria de la meta, o sea la evitabilidad, y el juicio social-jurídico normativo, sobre la base de los tipos legales.

II. FORMAS ESPECIALES DE EJECUCIÓN.

1. Como el objeto específico del disvalor penal es la *acción*, la cuestión de la unidad de la acción no depende nunca del número de los resultados. Si una y misma manifestación de voluntad tiene varios resultados (una sola bomba mata a veinte personas), existe, sin embargo, una sola acción. Las distintas concreciones del tipo a través de un solo acto, están entonces en "concurso ideal" (sobre ello, p. 230).

Este principio rige también para la participación. Si por una sola exteriorización se instiga a varias personas, existe, sin embargo, una sola instigación (RG., 70-26, abandonando la jurisprudencia anterior); lo mismo rige para la complicidad o coautoría en varios hechos a través de uno y el mismo acto.

Si con un documento (impreso o carta) se cometen varios delitos en diversos lugares separados entre sí (p. ej., varias injurias), existe una sola acción si el documento se expide unitariamente.

2. Varios actos que pertenecen a un conjunto, de acuerdo con la meta propuesta, constituyen una unidad de acción si son partes del mismo tipo de injusto: coaccionar y sustraer como robo (§ 249).

Tal unidad de acción existe también en el delito *permanente*, por ejemplo en la privación de libertad del § 239, en el que pertenecen a la acción típica, no sola-

mente la fundamentación, sino también el mantenimiento de un estado antijurídico permanente (véase p. 118). Un delito permanente inicialmente culposo, puede ser continuado como doloso; el hecho total es entonces un delito doloso. RG., 73-230.

3. También varios actos de actividad de la misma especie, que están en una relación inmediata, son una sola acción, si constituyen una unidad, según el cuadro social de actividad que tiene como base el concepto del tipo. A esa unidad se remite, a veces, expresamente en parte, el tipo; p. ej., al decir “riña” (§ 227), “duelo” (§ 201), “realización de acciones deshonestas” (§§ 176 y otros). Tal unidad resulta, además, de una interpretación lógica del tipo. Varios golpes sucesivos son un solo maltrato (§ 223); varios hachazos mortales, que matan a la víctima, son un solo homicidio; sustraer a través de varias aprehensiones, es una sola sustracción. Los actos parciales tienen que estar siempre en un nexo inmediato de tiempo y espacio, en el que aparecen los actos repetidos según la opinión de la vida cotidiana, como una sola concreción de la acción del tipo. Pero, también en tal nexo inmediato, la valoración jurídica puede hacer separaciones, cuando los actos sucesivos de actividad concretan cada uno en sí un nuevo contenido de injusto, y no solamente una ampliación del anterior. Sobre esto diverge el RG., HRR., 1939, n^o 391 (véase *infra*, 4).

4. *El delito continuado* se presenta en dos formas características: o como una unidad de acción —que consiste en la concreción sucesiva de un dolo total— o como una unidad de conducción de vida punible (como “culpabilidad de conducción de vida”), que se basa sobre el aprovechamiento múltiple de la misma oportunidad o de la misma situación permanente. La primera es una aplicación de la unidad de actividad típica tratada en el punto 3, sobre un conjunto de actividad prolongado en el tiempo. Ejemplo: alguien transporta en varias noches, conforme a un plan, su provisión de carbón para el invierno,

de un depósito ajeno a su sótano. La segunda forma referida no constituye una unidad de acción, por falta de un dolo unitario, sino la ejecución de repetidas decisiones de delito, que son resumidas por la igualdad de la situación exterior de motivación en una unidad interior de la conducción punible de vida. Ejemplo: la cónyuge de un hombre ausente por los acontecimientos de la guerra, sucumbe repetidas veces a la tentación de cometer adulterio con el hermano de su esposo que vive en la misma casa.

a) El delito continuado como unidad de acción. Solamente en esta forma característica, el delito continuado es reconocido por el RG. (definición RG., 51-308). El RG. exige para ello:

α) Un dolo total, unitario y de la misma naturaleza, que desde un principio debe abarcar el hecho total concreto (el "resultado total") (RG., 66-239; 70-51; 72-213). Ese dolo total debe abarcar "la trasgresión determinada, según su objeto, tiempo, lugar, etc., de una ley, al menos en todas las relaciones esenciales, aunque no con todos los detalles de la ejecución" (RG., 51-311). "La decisión meramente general" de realizar delitos de una determinada índole en ocasiones propicias, no basta, como no basta, tampoco, el plan de cometer hurtos cuya "ejecución es todavía incierta, según la clase, tiempo y lugar" (RG., 70-52; 72-213).

El establecimiento de tal dolo total concretado, crea, naturalmente, dificultades considerables. Debe recurrirse para ello a la personalidad del autor, a los motivos de la acción y a las circunstancias exteriores acompañantes. Así la continuidad de los actos individuales (RG., 55-135), para los que es de significación un cierto nexo temporal (RG., 57-120; 75-209); o el aprovechamiento de la misma oportunidad (RG., 53-44; DJ., 1939, 307).

β) Igualdad de naturaleza de los actos individuales.

αα) No es lo unitario de la meta de acción perseguida por el autor lo que une los varios hechos en el delito continuado (RG., 51-4) —quien hurta una pistola y mata con ella a otro, comete dos hechos independientes—, sino que

los actos individuales del delito continuado deben infringir la misma prohibición jurídica; deben ser contrarios a la misma orden jurídica. Es particularmente el caso, cuando los actos individuales cumplen el mismo tipo de injusto (indiferentemente de si en la etapa de la tentativa, o en la de la consumación). Pero la misma trasgresión jurídica existe también en los casos de una calificación de distinta índole; por eso es posible un nexo de continuación entre un hurto leve y un hurto grave (o un hurto rural y un hurto forestal), entre lesión corporal leve y grave, caso éste en el que la agravación rige para todo el hecho, también con miras a si hay necesidad de querrela (RG., 57-81; 67-188; 71-287). Finalmente, la misma trasgresión del derecho puede radicar también en la lesión de varios tipos análogos, que caen bajo el concepto superior delictual común de la misma categoría (RG., 51-309). Por eso puede existir nexo de continuación entre injuria y difamación (RG., 55-134); según HRR., 1938, 186, no con calumnia (?); entre los delitos de apoderamiento: hurto y robo (RG., 67-185); hurto y defraudación (RG., 58-228); incendio, de los §§ 306 y 308 (RG., 64-279); perjurio y afirmación falsa bajo juramento (RG., 67-169); en cambio, no es posible entre hurto y encubrimiento (RG., 57-200); resistencia e injuria (RG., 10-55); perjurio e instigación al perjurio (RG., 61-201).

Aparte de la igualdad jurídica exige, a veces, el RG. también cierta igualdad del suceso *efectivo*: no hay esta-
fa continuada si un hecho es un fraude de préstamo, el otro una gorronería, y el tercero una adquisición fraudulenta de bicicletas (DJ., 1939, 307).

ββ) Los actos individuales posteriores deben aportar una mera ampliación del mismo contenido de injusto. Cada trasporte ulterior de carbón, en el ejemplo antes citado, amplía el contenido de injusto del hecho anterior, aun cuando el carbón sea sustraído de depósitos de *distintos* propietarios. Sin embargo, si lo injusto del tipo se estructura sobre la lesión de los valores que radican en la personalidad o sobre la reprobabilidad de relaciones

sumamente personales, entonces frente a, o con distintas personas, los hechos contienen un nuevo contenido independiente de injusto: homicidios, lesiones corporales, privaciones de libertad, delitos contra la honestidad, abortos, sobornos a distintas personas, son siempre varios delitos independientes (RG., 70-244 y 283).

La jurisprudencia y la doctrina trabajaron aquí, hasta ahora, con el concepto del “bien jurídico sumamente personal”. No hay nexo de continuación en la lesión de “bienes jurídicos sumamente personales”. Este punto de vista ha suscitado dudas en la práctica, ya que, por una parte, en la lesión de bienes jurídicos sumamente personales está primariamente lesionada también siempre la comunidad y, por la otra, la delimitación resulta, a veces, demasiado estrecha; por ejemplo en los §§ 175 y 333.

En el § 175 no se lesiona ningún “bien jurídico” (véase Z., 58-510 y nota 30); se pena la reprochabilidad de las relaciones carnales sumamente personales (RG., 70-145). En el soborno del § 333, la fidelidad administrativa no es un bien jurídico del funcionario, sino de la comunidad; el sobornante lesiona el valor de la fidelidad administrativa, que radica en la personalidad del funcionario, en interés de la comunidad (véase RG., 72-175).

En cambio, si el contenido de lo injusto no está “impregnado de personalidad” en esa forma, si se basa, ante todo, en la lesión de bienes materiales (jurídico-patrimoniales) o relaciones, entonces el nexo de continuación es también posible si el hecho se realiza frente a, o con distintas personas. No está impregnado de personalidad, p. ej., el hecho del idóneo en medicina que trata a distintas personas por enfermedades venéreas (§ 7, ley de enfermedades venéreas; RG., 73-18).

b) El delito continuado como unidad de una conducción punible de vida. La razón decisiva de la unidad de delito no es aquí el dolo total unitario, sino el aprovechamiento repetido de la misma oportunidad o de la misma situación permanente. El RG., en oposición a las instancias inferiores, ha rechazado siempre esta forma

característica del delito continuado (véase RG., 70-51) llegando con ello a resultados contrarios a la equidad. En el caso de adulterio, antes mencionado (ver p. 218), debe aceptar varios hechos independientes (agravación de la pena según § 74), mientras que considera el modo de acción de un hombre que comete adulterio, en base a un dolo total concreto, como un solo hecho (sin agravación). La forma típica del delito continuado es el aprovechamiento de la misma oportunidad, mientras que un dolo total concreto es algo sumamente raro, las más de las veces una ficción. Así, FRANK, 240; LISZT-SCHMIDT, 352; MEZGER, 466.

Presupuestos del delito continuado, como unidad de una conducción punible de vida, son:

α) Igualdad de naturaleza de los actos individuales. Como arriba β.

β) Continuidad de los actos individuales: todo acto parcial posterior debe basarse sobre la misma situación de hecho exterior que motiva los anteriores (oportunidad o situación permanente), y es por obra de esa motivación que pueden ser reducidos a uno solo. De este último punto de vista resulta la necesidad de un nexo temporal (de cierta permanencia), el que es excluido por los grandes intervalos de tiempo (véase SCHIRMMEYER, *Wesen und Voraussetzung des fortgesetzten Verbrechenens. Strafrecht*, Abh. 425, ps. 94 y ss.

Bajo estos presupuestos es posible también un nexo de continuación entre hechos negligentes, que tiene que rechazar el RG., por falta de un dolo total (RG., 59-53 y 387).

c) *Significación práctica.* Los actos individuales que están en un nexo continuado, constituyen un solo delito. Con ello el tribunal no necesita realizar el trabajo de detalle, de formular para cada acto individual una pena particular y reunir después todas las penas individuales en una pena total, como sería necesario en hechos independientes, de acuerdo con el § 74. De todos modos, puede resultar de la sentencia que acciones individuales abarquen

el hecho de la continuación, según la índole y cantidad de los hechos (RG., 70-150; 72-168). Es especialmente importante el establecimiento del momento en que termina la actividad, ya que decide, por ejemplo, para la cuestión de la prescripción y de la amnistía (RG., 72-14), y porque en los casos de modificaciones de leyes, es decisivo para determinar la aplicación de una u otra ley, el momento del último acto para todo el hecho (RG., 68-338; 62-1).

Objeto de la sentencia lo constituyen todos los actos parciales que entran en el nexo de continuación (también los no conocidos), y la condena firme por un hecho continuado hace cosa juzgada para todos los hechos parciales que pertenecen a él, aun para aquellos que no fueron considerados o conocidos (RG., 66-50; 70-340; 72-212; 73-42).

Por estas consecuencias procesales de la aceptación de un hecho continuado, la práctica se esfuerza en limitar los presupuestos del nexo de continuación. Compárese sobre la misma problemática el hecho penal colectivo bajo el punto 5.

La participación y el encubrimiento en un acto parcial del hecho continuado, no están remitidos necesariamente al hecho total. Esa remisión depende, fundamentalmente, de la extensión del dolo del partícipe (RG., 56-326; 57-82; 62-248; HRR., 1940, n^o 573). La participación misma puede ser una acción continuada, según los presupuestos generales, aun cuando sea prestada para distintos hechos principales independientes (RG., 70-349).

5. El hecho penal colectivo.

Una unidad de conducta punible de vida (no unidad de acción en el sentido estricto) la constituyen los delitos de carácter comercial, industrial, y habitual. En ellos se pone bajo pena la "explotación" comercial, industrial o habitual de determinados delitos, como sector unitario de una conducción criminal de vida, teniendo la explotación delictual la característica de fundamentar la pena

o agravarla. Véase § 144 y § 218, IV, versión antigua; §§ 260 y 285; §§ 180 y 181, a; § 284, II. El carácter comercial lo da una voluntad dirigida a la repetición frecuente del hecho (RG., 61-51); el carácter industrial exige la intención de crearse una fuente de ingresos con la comisión repetida (RG., 58-20); el carácter habitual, por último, exige una tendencia originada mediante una comisión repetida (RG., 59-142). Toda acción individual que surge de tal modo de pensar, es una parte constitutiva de la conducción delictual de vida, comprendida y caracterizada por él (de la totalidad "de la explotación delictual"), y es abarcada por su punición. Las consecuencias jurídicas del hecho penal colectivo son las mismas que las del continuado.

Un hecho penal colectivo puede ser, al mismo tiempo, un delito continuado (RG., 59-142). A diferencia del delito continuado, sin embargo, no es precisa la ejecución de una pluralidad de acciones individuales, siendo determinada la punibilidad especial más bien por la intención de carácter industrial, etc., concurrente en un solo hecho.

Con esta opinión completamente dominante en la jurisprudencia y en la doctrina, ha terminado la jurisprudencia del RG. (72-164): el carácter comercial, industrial y habitual caracteriza solamente al autor, no quita al hecho individual la independencia; el hecho penal colectivo es solamente una creación de la jurisprudencia y de la ciencia, pero no de la ley; solamente el do'o unitario del hecho continuado, puede crear una unidad de acción (véase, también, KOHLRAUSCH, p. 261). Esta opinión desconoce que hay, al lado de la unidad de acción, también una unidad de conducción criminal de vida (una culpabilidad de la conducción de vida). Ésta radica en una situación de hecho de la vida que no es una creación teórica y es reconocida expresamente por la ley; "practicar" con carácter industrial encubrimiento o usura (§§ 260 y 302, d); "hacer un oficio" del juego de azar (§ 285). La nueva jurisprudencia se coloca

en contradicción con las palabras y el sentido de la ley. Contra ella, ya BINDING (*Hdb.*, p. 551).

Las fallas de la jurisprudencia anterior no radicaron en la aceptación de un delito colectivo, sino en la teoría, aun reinante, de la cosa juzgada para el hecho colectivo, que no admite una acción complementaria por los casos particulares no juzgados (véase NAGLER, LK., p. 346, y ZAK., 1939, 401).

§ 26. CONCURSO DE VARIOS TIPOS DE DELITOS EN UNA ACCIÓN (EL CONCURSO IDEAL)

I. EL CONCURSO IDEAL (UNIDAD DE HECHO).

Varios tipos de delito pueden ser aplicables a una misma acción. El coito por la violencia con la hijastra casada es violación (§ 177), incesto (§ 173, inc. 2) y adulterio (§ 172). Ninguna de los tres tipos satisfaría, por sí solo, el contenido de injusto de la acción. Solamente los tres juntos lo agotan en todo sentido. El concurso ideal está, pues, caracterizado porque en la valoración penal de un hecho concurren varios tipos que en su totalidad agotan el contenido de injusto del hecho. Opiniones críticas en DOHNA, Z., 61, ps. 131 y ss.; además, OLSHAUSEN, § 73,1.

1. Existe concurso ideal si al menos *una* acción real que llena el tipo objetivo de varios delitos, es idéntica. Lo decisivo es la identidad, total o parcial, del tipo *objetivo*, pudiéndose cubrir o superponer total o parcialmente. En cambio, no basta que haya sido tomada simultáneamente *la decisión* para varios delitos (RG., 58-116), o que se cometan los diversos hechos al mismo tiempo y en el mismo lugar (RG., 57-178).

Quien paga una mercadería con moneda falsa, comete un delito monetario, de acuerdo con el § 147, en concurso ideal con estafa (§ 263), pues el uso de dinero falso y la acción de engaño se concretan en un mismo acto. Pero

si el comprador, además, hurta simultáneamente una mercadería en exhibición, ésta es una acción independiente, pues la acción de engaño y el hecho de tomar la mercadería (acción de apoderamiento) son dos actos distintos a pesar de la simultaneidad. Sin embargo, debe producirse una ampliación por encima del tipo objetivo, en cuanto no es decisiva la conformación formal, sino la material (véase § 22). Por eso existe concurso ideal entre falsificación de documentos y estafa (§§ 267 y 263). Lo mismo RG., 60-315, para falsificación de moneda y estafa (§§ 146 y 263).

2. Concurso ideal es el juicio del mismo hecho de acuerdo con *distintos* puntos de vista penales de disvalor (tipos). La teoría reinante acepta, sin embargo, también un llamado *concurso ideal de la misma especie*, si una acción tiene varios resultados de la misma especie. Una bomba mata a 20 personas: concurso ideal de la misma especie, vale decir, múltiple juicio del mismo hecho en igual sentido.

3. Surgen dudas en el concurso de delitos instantáneos (asesinato, hurto, etc.), con un delito permanente (violación de domicilio, privación de libertad, tenencia de armas). Existe concurso ideal si el delito instantáneo fue el medio para proseguir con el delito permanente —p. ej., se comete la lesión corporal para poder seguir morando en la casa— o si, a la inversa, de acuerdo con la decisión del hecho unitariamente tomada, el delito permanente fue cometido con el objeto de lograr el delito instantáneo cometido, durante su ejecución; p. ej., si el autor había penetrado en la casa con el objeto de cometer una violación (RG., 32-138), o si había adquirido el arma con el objeto de cometer un asesinato (RG., 59-361). En cambio, hechos penales cometidos solamente en oportunidad de un delito permanente, están con éste en concurso real.

4. Tratamiento jurídico del concurso ideal (§ 73). Es aplicable el *principio de absorción*: la condenación

resulta de todos los tipos concurrentes —por eso puede fundamentar también una reincidencia la ley *no aplicada*—, pero la pena se debe tomar de la ley, en la que está amenazada la pena *más grave* que entra en cuestión en el caso *concreto*. RG., 75-14 y 19 (abandonando la jurisprudencia anterior).

Se deben comparar, por lo tanto, aquellos márgenes de pena que entran en cuestión en el caso concreto.

Si una ley prevé casos especialmente graves, por ejemplo el § 263, inc. 4, y el § 266, inc. 2, se debe aplicar para la determinación de la ley más severa la amenaza de pena agravada, solamente cuando en el caso particular exista un caso especialmente grave y, a la inversa, conduce la existencia de circunstancias atenuantes a aplicar solamente la amenaza de pena más benigna (RG., 73-148; en contra, RG., 71-104; 72-117). Pero siempre se deben comparar los márgenes legales de pena y no las penas aplicadas (RG., 76-60. OLSHAUSEN, § 73, 15).

Para establecer la ley más severa, se atiende primeramente a la gravedad de la pena. La gravedad relativa de las penas es: muerte, reclusión, prisión, detención en fortaleza, arresto, multa. En penas de la misma clase, decide el máximo de pena; en el mismo máximo, la existencia de penas accesorias; si son iguales también éstas, entonces decide la pena mínima mayor.

A pesar de la aplicación de la ley más severa, el juez debe tomar en consideración en el fallo también la ley más benigna, ante todo para aplicar una medida de seguridad, que prevea solamente la ley más benigna. Además, si en la ley más severa, la pena mínima es menor, según la clase o el grado, que en la ley más benigna, se debe observar la pena mínima más grave de la ley más benigna; lo mismo *debe y puede* decidirse con respecto a la multa, las penas accesorias y las consecuencias secundarias, también cuando solamente la ley más benigna las prevé en forma obligatoria o facultativa. Así RG., 73-148 (abandonando la jurisprudencia anterior); RG., 75-190.

II. CONCURSO APARENTE DE VARIOS TIPOS (EL LLAMADO CONCURSO DE LEYES).

El principio del concurso ideal consiste en que el contenido delictual de una acción es comprendido en todos sus aspectos a través de varios tipos. Por eso no existe concurso de varios tipos donde sólo formalmente podrían ser aplicables a la acción varios tipos, pero el contenido delictual es determinado en forma exhaustiva ya por uno de estos tipos. Ese tipo desplaza a todos los demás: es el llamado concurso de leyes.

El RG. y la teoría actual limitan estrechamente el concurso de leyes en su forma, y amplían con ello indebidamente el campo de aplicación del concurso ideal. En lugar de comparar el contenido de injusto típico de varias leyes, lo enfocan, por principio, hacia el ámbito *conceptual* de los tipos, y suponen el concurso ideal, cuando conceptualmente son imaginables casos en los cuales uno de los tipos podría ser concretado sin el otro. En contra de ello, especialmente, DOHNA, Z., ps. 71, 138 y ss.; PETERS, *Probleme*, ps. 221 y ss.

El concurso de leyes puede presentarse guardando los tipos la siguiente relación:

1. *Especialidad*: uno de los tipos es frente al otro el más específico; predomina por eso sobre el más general: *lex specialis derogat legi generali*.

La especialidad se presenta en los siguientes casos:

a) En la especialidad, en el sentido más estricto, consistente en la cualificación y privilegio de un tipo. p. ej., el § 243 o el § 248, *a*, frente al § 242 (hurto simple).

b) En los delitos específicos (*delictum sui generis*), en los cuales se ha sacado una forma de comisión de una clase de delitos y se la ha independizado completamente; por ejemplo, el § 357 (instigación del funcionario al que está bajo dependencia jerárquica), frente a los §§ 48 y 49 (instigación y complicidad).

c) En el delito complejo, como el robo (§ 249), frente al hurto (§ 242) y la coacción (§ 240).

d) En la especialidad de las ideas básicas legales donde el ámbito conceptual de dos tipos formalmente puede estar separado una vez, pero la idea básica de uno de los tipos es la forma especial del otro; p. ej., la evasión de presos (§ 120) frente al encubrimiento (§ 257); RG., 57-308.

2. *Alternatividad*: un hecho se deja situar en dos tipos equivalentes; p. ej., el § 311 (destrucción mediante explosivos, equiparada al delito de incendio), y el § 5 de la ley de explosivos. Se aplica solamente la ley más severa.

3. *Subsidiariedad*: determinados tipos rigen solamente, si no se aplica otra ley, por lo general, más grave:

a) en virtud de una disposición expresa; p. ej., el § 265, a (estafa en el pago de entradas, boletos de transporte, etc.), frente al § 263, que prevé la estafa en general.

b) Tácitamente; como los delitos concretos de peligro frente a los delitos de lesión; la tentativa frente a la consumación. Aquí se habla también de un hecho previo impune.

4. *Consumción*: el contenido de injusto de un tipo comprende típicamente también el contenido de injusto de otro, de modo que la punición por el hecho acompañante es compensada por la del hecho principal:

a) Si un delito es una forma regular de comisión del otro; p. ej., daño de cosas y violación de domicilio, frente a un hurto con efracción (RG., 53-279), daño de cosas frente a incendio (RG., 57-296).

b) El *hecho posterior impune* (mejor dicho, *previamente penado*). El aprovechamiento es un hecho posterior impune para los delitos instantáneos de apropiación. El ladrón que vende o daña las cosas hurtadas comete por

cierto formalmente una defraudación o daño de cosas, pero estos hechos son comprendidos también por el contenido de injusto del hurto, pues son solamente el aprovechamiento de la posición semejante a la del propietario, por cuya obtención el ladrón es penado según el § 242. Lo mismo que para el hurto rige para la estafa, la extorsión, el encubrimiento y otros delitos. El hecho posterior, sin embargo, es punible si lesiona un nuevo bien jurídico. P. ej., la venta de una cosa hurtada a una persona de buena fe, es estafa frente al comprador.

Sin embargo, el hecho posterior impune no es completamente irrelevante en el sentido del derecho penal. Puede ser tomado en consideración en la aplicación de las penas (RG., 62-61). En él, bajo ciertas circunstancias, es posible una participación punible, en caso de que no exista encubrimiento en el hecho previo.

Ejemplo: si A no sabe que la cosa que compra a B es hurtada por éste, pero sí sabe que no pertenece a B, entonces comete complicidad en defraudación, si él le compra la cosa. Pues B comete, efectivamente, objetiva y subjetivamente, una defraudación que para él queda sancionada con la punición del hurto, pero A puede tomar parte en ella puniblemente (RG., 67-76). Véase sobre todo el problema, NAGLER, LK., observación previa antes del § 73, III.

III. CONCURRENCIA DE VARIOS FUNDAMENTOS DE AGRAVACIÓN O ATENUACIÓN DE PENA.

Si concurren varios fundamentos de atenuación de pena en la misma acción (p. ej., §§ 248, a, y 370, cifra 5), se debe aplicar la disposición más benigna; del mismo modo se debe proceder en la inversa, aplicando también solamente la disposición más grave, en la concurrencia de varios fundamentos de agravación de pena, mientras que los demás tienen solamente efecto como fundamento de la medida de las penas (p. ej., § 342 en relación con el § 123, inc. 2). Si concurren varios fundamentos de

agravación de pena de la misma disposición (p. ej., varios incisos del § 143), entonces existe *una sola* lesión del hecho penal cualificado; por lo tanto, en el ejemplo, un solo hurto cualificado por varios fundamentos de agravación. Si concurren fundamentos de agravación y atenuación de la pena (p. ej., § 243 y § 248, a), entonces se debe averiguar la relación de ambos en cada caso, a través de una interpretación de las disposiciones correspondientes (BINDING, *Hdb.*, I, 353; FRANK, § 73, VII; NAGLER, LK., p. 72; distinto: HIPPEL, II, 523.

§ 27. CONCURSO DE VARIAS ACCIONES PUNIBLES (EL CONCURSO REAL)

I. Un autor comete varias acciones punibles independientes (pluralidad de hechos). Aquí debería tener lugar, en principio, una acumulación de todas las penas particulares. Este *principio de acumulación* rige sin límites en todas las trasgresiones, en la pena de muerte, en la pena de privación de libertad perpetua, en la pena de multa (§§ 74 y 78). El asesino múltiple merece, por lo tanto, varias veces la pena de muerte. Sin embargo, esto se debe manifestar solamente en los fundamentos del fallo; en el fallo no se incluyen ahora las penas y medidas de seguridad que no pueden ser ejecutadas al lado de las penas y medidas aplicadas (§ 260, inc. 4, StPO.). En los demás casos, por lo tanto, si varias penas de privación de libertad temporaria son aplicables por crímenes o delitos, rige, en principio, el sistema de agravación por acumulación relativa (*Asperationsprinzip*): para cada hecho se averigua la pena individual y todas estas penas se resumen en una pena total, aumentando la pena individual más grave aplicable. La pena total no puede alcanzar la suma de las penas individuales y no debe sobrepasar los máximos de las especies de pena previstos en los §§ 74, inc. 3; 75, inc. 3; 77, inc. 2 (15 años de reclusión, 10 años de prisión, 3 meses de arresto).

No procede una fusión de penas en el concurso de arresto y otra pena privativa de libertad (§ 77).

La pena única puede ser fijada aún más tarde, si el hecho fue cometido antes de la condenación anterior y la pena anterior no ha sido todavía cumplida, prescrita o indultada (§ 79); véase también los §§ 460 y 462 inc. 3, StPO.

2. Una reglamentación especial rige para el derecho penal de los menores. Si un menor ha cometido varios hechos penales, entonces se establece siempre solamente *una* pena, *un* medio de disciplina o *una* medida de educación de la misma especie ("unidad de pena"). Los límites máximos de la pena de prisión para menores (10 años), y de arresto para menores (4 semanas), no deben ser excedidos tampoco aquí (§ 14, RJGG.).

Solamente cuando la ley prevé expresamente la aplicación conjunta de varias consecuencias delictuales desiguales (§ 18, RJGG.), la admite para la unidad de pena (§ 14, inc. 1, precepto 3. Sobre la unificación *posterior* de la pena dispone el § 14, inc. 2).

Si el menor ha cometido los hechos penales en parte antes y en parte después de cumplir 18 años, y los hechos más graves han sido cometidos en la minoría de edad, entonces es aplicable *solamente* el derecho penal para menores; en caso contrario, exclusivamente el derecho penal general. Sin embargo, también aquí se debe fijar una unidad de pena, de acuerdo con el § 14.

LIBRO SEGUNDO

LAS PENAS Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

§ 28. DE LA NATURALEZA DE LAS PENAS Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

I. LA NATURALEZA DE LA PENA.

La naturaleza y función de la pena se manifiestan desde dos aspectos: por una parte, desde el condenado que la sufre y desde los terceros que asisten a su aplicación (aspecto personal); por otra, desde el Estado que la dicta (aspecto estatal).

1. El aspecto personal de la pena.

La pena la sufre el autor y la presencian sus contemporáneos como personas, tomadas en su integridad, estructuradas con varias funciones, vale decir, en su función superior personal del conocer y querer, y en su función inferior de los instintos, aspiraciones y sentimientos (véase p. 156). La naturaleza y función de la pena solamente pueden ser entendidas en esa doble relación con la persona. La primera relación afecta al sentido entendible de la pena (problema del sentido de la pena); la segunda, a su fuerza de impresión, que se refiere a su vivencia (problema de impresión de la pena).

a) El problema de sentido de la pena. La pena es un mal que se dicta contra el autor por el hecho culpable. Se basa sobre el postulado de una retribución justa, que

“cada uno sufra lo que sus hechos valen” (KANT), vale decir, sobre el postulado de la armonía entre merecimiento de felicidad y felicidad, merecimiento de pena y sufrimiento de pena. Según este postulado de un curso justo del mundo, es correcto que el delincuente sufra también conforme a la extensión de su culpabilidad. De este sentido de la pena surgen tanto la justificación como la medida del mal de la pena: la pena está justificada como retribución, de acuerdo con la medida de la culpabilidad. Este sentido de la pena se dirige a la comprensión y a la voluntad del hombre, tanto del autor como del contemporáneo. La retribución justa del hecho hace visible, ante todo, su disvalor, y afirma con ello el juicio ético-social; ella establece la armonía de merecimiento de pena y pena, y posibilita finalmente al autor tolerar la pena como expiación justa por su hecho injusto.

b) El problema de la impresión de la pena. Sin embargo, la pena no debe ser entendida solamente en lo que respecta a su sentido, sino también ser vivida y sentida como mal. En este aspecto se dirige a las funciones bajas del hombre: sus sentimientos, instintos, aspiraciones.

aa) Como un mal, desplaza los instintos, aspiraciones y sentimientos contrarios al derecho, tanto inmediatamente en el autor, como también mediatamente en sus contemporáneos (aquella es la intimidación preventiva especial; ésta la preventiva general).

bb) La pena, al obligar al autor a concentrarse en sí mismo, a trabajar, y a llevar una vida ordenada, puede despertar y afirmar en él instintos útiles para la comunidad, especialmente en las penas privativas de libertad (mejoría preventiva especial).

El doble aspecto del sentido y de la impresión de la pena, constituye una unidad, en lo que respecta a su naturaleza, lo mismo que el hombre que la vive, es un ser unitario con varias funciones. Ambos aspectos se penetran mutuamente, en cuanto el sentido de la pena (la justicia de la retribución) hace sensible al autor para la impresión de ella (el mal de la pena), y viceversa.

2. El aspecto estatal de la pena. Sin embargo, de la justificación de la pena no surge todavía que sea el Estado quien *debe* penar. El Estado no está ni facultado ni obligado a establecer la justicia por un acontecimiento en la historia del mundo. *En caso* de penar, debe penar justamente; pero *si pena* o no, depende de que la pena sea necesaria para la existencia del orden jurídico. El fundamento real de la pena estatal radica en su indispensabilidad, para mantener el orden de la comunidad. Por eso, la realidad de la pena estatal se puede fundamentar sólo “relativamente”, vale decir, en lo referente a su necesidad para la existencia del orden de la comunidad.

II. LAS TEORÍAS DE LA PENA.

El hombre ha reflexionado sobre el sentido y finalidad de la pena, desde que la reflexión filosófica acompaña su existencia. Los resultados de largas reflexiones históricas se dividen usualmente en dos grandes grupos de teorías: las teorías absolutas y las teorías relativas de la pena. De ellas, las teorías absolutas, en virtud de su carácter idealista, han expresado todo lo esencial, sobre los problemas del sentido de la pena, pero han apreciado demasiado poco el peso del problema de realidad, especialmente de los factores de la impresión, mientras que el realismo de las teorías relativas ha fomentado decisivamente el problema de realidad de la pena, pero ha olvidado el problema del sentido.

1. Las teorías absolutas ven en la retribución justa, no solamente justificada la pena, sino también garantizada su realidad y agotado su contenido.

a) La necesidad moral de la pena garantiza —así dicen estas teorías— también su realidad, sea en virtud de la identidad de razón y realidad (HEGEL), sea por obra de un imperativo categórico (KANT), o en virtud de una necesidad religiosa (STAHL).

La fundamentación de KANT es clásica: “Aun cuando el Estado se disuelva voluntariamente, debe ser ejecuta-

do antes el último asesino, a fin de que la culpa no caiga sobre el pueblo que no ha insistido en esta punición; porque puede ser considerado como partícipe en esta lesión pública de la justicia" (*Metaphysik der Sitten*, ps. 331 y ss.).

Tanto como la pena está moralmente justificada solamente como retribución justa —también en manos del Estado—, no es, en cambio, la función del Estado defender el mantenimiento de la justicia en el curso general del mundo, aparte de lo que es necesario para su propia existencia como comunidad jurídica. El Estado no pena a fin de que exista, en general, en el mundo justicia, sino a fin de que exista un orden jurídico en la vida de la comunidad (validez y observancia de su orden jurídico).

b) Según la teoría absoluta, está agotado el contenido de la pena con la realización de una retribución justa. Todas las otras consecuencias (intimidación, mejoramiento) son, en el mejor de los casos, efectos favorables secundarios que no tienen nada que ver con la naturaleza de la pena (nuevamente, con particular claridad, KANT en el libro citado). Pero si la misión de la justicia penal del Estado no es la realización de la justicia en sí, sino el mantenimiento de un orden jurídico, entonces pertenece la función real de la pena a su naturaleza y, por cierto, no solamente como influencia sobre la persona del hombre (afirmación del juicio moral), sino, también, como influencia sobre las funciones inferiores (a través de una intimidación y mejoramiento). Como el hombre es una unidad, así le afecta también la pena como integridad personal.

La significación de las teorías absolutas radica en que han indicado, con la justificación de la pena, también su principio de medida: la pena está justificada solamente dentro del margen de una retribución justa, vale decir, salvaguardando una graduación homogénea de la gravedad de las penas; desde la pena más grave, moralmente admitida, hasta la más leve, proporcionalmente a la gra-

vedad de la culpa; desde los delitos más graves hasta los más leves. La apreciación del merecimiento de la pena de un hecho, está sujeta a la corriente histórica, correspondientemente a la transformación de los estilos de valor de las épocas y sin perjuicio de la identidad del principio mismo de la medida. Como se trata de medir, no magnitudes del sér, sino relaciones de valor, el principio de medida puede darnos, también dentro de la misma época, solamente valores topes, por encima o por debajo de los cuales la pena resulta injustamente severa o injustamente benigna.

2. Para las teorías relativas, la pena es una medida tendiente a impedir el delito. El hecho punible es solamente presupuesto y no fundamento de la pena (*punitur, non quia peccatum est, sed ne peccetur*). Estas teorías pueden explicar la necesidad estatal y el modo de acción de la pena, pero no pueden justificarla ni diferenciarla de otras medidas sociales de protección.

a) Todas las consideraciones de finalidad pueden demostrar lo útil o conveniente de la pena para una finalidad presupuesta, pero no la pueden legitimar como justificada. La justificación de la finalidad sola, no es suficiente para ello, pues aquí el fin como tal, no justifica los medios. La contemplación de la finalidad debe renunciar de por sí a una justificación moral, ya que considera al hombre *solamente* como medio y no *también* como fin en sí mismo, vale decir, como persona moral. El utilitarismo de las teorías de finalidad separa forzosamente el derecho penal de su base ética.

b) Si la pena deja de ser la retribución por la culpa, entonces no se diferencia esencialmente de las medidas de seguridad contra los individuos peligrosos. Es una medida de finalidad como cualquier otra medida de finalidad de protección social.

c) En cambio, la reflexión de las teorías relativas es útil para comprender los factores de impresión de la pena.

aa) Las teorías preventivas generales ven el efecto principal y con ello la finalidad principal de la pena, en la influencia psicológica inhibitoria del delito sobre la generalidad (intimidación). En cuanto se piensa en esta influencia en la formación y reafirmación del juicio moral, se trata de un efecto de la retribución justa y *solamente* de la retribución justa, de modo que esta reflexión no procede aquí. El interés propio de las teorías preventivas generales se dirige más bien a la intimidación:

α) mediante la ejecución ejemplarizadora de las penas: así la práctica desde la edad media hasta el iluminismo, y en la época moderna, la de los Estados totalitarios; a través de penas de muerte o corporales, ejecutadas públicamente, o mediante la divulgación propagandística de publicaciones sobre castigos ejemplares, son intimidados los contemporáneos;

β) a través de graves amenazas de pena; así la teoría de la coacción de FEUERBACH, la que cristalizó en el Código Penal de Baviera del año 1813.

Ambas teorías deben medir la gravedad de la pena, no de acuerdo con la culpabilidad, sino de acuerdo con la intensidad del impulso del hecho, y como la amenaza de pena y la punición ejemplar deben detener ese impulso del hecho, deben situar lo más alto posible el mal de la pena. Este cálculo sería exacto si el autor no contara, al cometer el hecho, con la posibilidad de no ser descubierto. El temor de la pena como motivo que impide el delito, depende menos de la gravedad del mal de la pena amenazada, que de la "chance" de ser descubierto. Cuanto más enérgica es la persecución del delito, tanto más mesurada puede ser la pena. Pero, ante todo, la intimidación, como tal, carece de la fuerza creadora de la moral, de modo que si bien puede "domesticar" por algún tiempo, a la larga solamente amarga y embrutece. Por eso la intimidación sólo es conveniente dentro del margen de la retribución justa y puede llegar a ser importante en épocas de recrudescimiento del delito, midiendo la mag-

nitud de la pena de acuerdo con el límite superior de la retribución justa.

bb) Las teorías preventivas especiales quieren conseguir la evitación del delito, mediante una influencia sobre el penado. Pero como la eficacia individual del medio aplicado depende de que esté adaptado a la personalidad del autor, estas teorías deben individualizar: intimidar al delincuente ocasional, reeducar al delincuente corregible, inocuizar al delincuente incorregible (así, v. LISZT).

Las teorías preventivas especiales tienen el inconveniente de falta de separación entre penas y medidas de seguridad. Por cierto que ellas dan informes valiosos para una teoría de las medidas de seguridad, pero fallan ampliamente en la interpretación de la pena. Como ellas no toman como principio de medida de la pena la gravedad de la culpa, sino la peligrosidad social del autor, para la cual el hecho cometido sólo tiene un valor sintomático, conducen a resultados injustos y en parte imposibles. Donde es imposible un peligro de repetición, la punición no debería proceder en absoluto. P. ej., el cazador furtivo incapacitado físicamente para volver a cazar, o el autor ocasional por una situación única de conflicto no repetible. Aquí las teorías deben recurrir a las preventivas generales. Donde un peligro de repetición es pequeño, debe conducir también para delitos graves a una pena pequeña, como, a la inversa, en un gran peligro de repetición, a una pena grave por hechos insignificantes. Sus intereses justificados se pueden cumplir, por lo tanto, no desde el punto de vista de la pena, sino desde el de las medidas de seguridad.

Las teorías individualizadoras han tenido para la pena significación positiva en un solo punto esencial: la ejecución de las penas privativas de libertad. Ese punto fue apoyado sobre la base de la resocialización del autor a través de la educación y corrección. Cuando el autor se encuentra todavía en estado de evolución —así el menor—, recalcar la idea de la educación en la ejecución de

la pena, está plenamente justificado (véase p. 265). Sin embargo, la posibilidad de educación está más limitada en el autor adulto, más aún bajo las condiciones no naturales de una prisión. En el término medio, entre los veinticinco y los treinta años se afirma en el hombre el carácter y el mundo personal de los valores, y sólo una experiencia profunda y dura pueden influenciarlo notablemente. Además, la pena sólo puede servir como retribución justa, pues una pena injusta solamente con el fin de educación en la prisión —ya de por sí bien problemática— logrará, más bien, crear un resentimiento. Pero dentro de esta medida, la fuerza resocializadora de impresión de la pena puede y debe ser reforzada por una formación inteligente de la ejecución, especialmente a través del trabajo, del orden y, si fuera posible, de una influencia psíquica. Dentro de este margen, la idea de educación ha creado la pena privativa de libertad moderna.

III. LA NATURALEZA DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.

La función de protección jurídica de la pena está limitada, tanto material como personalmente, a la retribución justa por el quebrantamiento del derecho de parte del autor que actúa culpablemente. Esta función la cumple plenamente frente a los autores de oportunidad y conflicto, de la clase de población socialmente capaz de convivencia; pero no contempla la peligrosidad de ciertos delincuentes, que sobrepasan la culpabilidad individual. En ellos, la pena debe ser completada con medidas de seguridad, cuya base no es la culpabilidad, sino la peligrosidad.

Estas medidas no son dictadas con el fin de compensación retribuidora por un hecho injusto, sino para la seguridad futura de la comunidad frente a las violaciones ulteriores del derecho a esperarse de parte de ese autor. El hecho cometido tiene aquí solamente valor de conocimiento y de síntoma de la peligrosidad común del autor, a establecerse también por otros medios. Por eso, la clase

y medida de las medidas de seguridad no se determinan según la gravedad del hecho, sino de acuerdo con la clase y peligrosidad del autor.

También frente a las medidas de seguridad surge la pregunta de su necesidad, que radica, como en la pena, en su indispensabilidad para la protección de la comunidad, y de su justificación. Para ello son esenciales los siguientes principios:

a) Todas las medidas de seguridad tienen como base la idea general del derecho según la cual en la vida de la comunidad pueden tomar parte sin restricciones solamente aquellos que son capaces de atenerse a las normas de la vida de la comunidad.

A ello se agregan todavía en casos dados, otros puntos de vista justificantes; p. ej., frente al alienado, al que tiene disminuída su capacidad de imputación o al toxicómano, el derecho y el deber del Estado para una previsión de ayuda y cura; frente a menores y vagos, el derecho de educación, etc.

b) Todas las medidas de seguridad encuentran su límite en la imposición del respeto por la personalidad individual, sobre la cual se estructura nuestra cultura occidental desde la época del Cristianismo: el hombre nunca debe ser utilizado *meramente* como medio, ni aun para la finalidad del Estado, y por lo tanto, nunca *meramente* como cosa, sino siempre *también* como persona y propio fin (KANT). La muerte, cuando no está fijada como merecida por una culpabilidad moral (pena de muerte), nunca es admisible como mera reflexión de conveniencia y utilidad. Es inadmisibles la muerte de enfermos mentales o de delincuentes consuetudinarios peligrosos, solamente por razón de una seguridad "conveniente".

IV. CONCURSO DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.

Pena y medida de seguridad pueden concurrir en un mismo caso y, por cierto, sucede esto en todos aquellos supuestos en que un autor capaz de culpabilidad es peli-

groso por encima del hecho individual culpable. Como la pena y la medida de seguridad son distintas en su naturaleza —aquella la retribución justa por el hecho cometido, ésta la protección de la comunidad ante la peligrosidad del autor—, se colocan independientemente una al lado de la otra (el llamado sistema dualista o paralelo). El autor es penado y sometido a la medida de seguridad hasta la eliminación de su peligrosidad. Así, el delincuente toxicómano es remitido a un establecimiento especializado, antes o después de la punición de su hecho para eliminar su manía.

Surgen problemas especiales en el concurso de una pena de reclusión e internamiento de seguridad (correspondientemente a un arresto agravado y casa de trabajo). También aquí se muestra la vigencia del sistema dualista, en que la idea penal de retribución determina la medida mínima, la idea preventiva de seguridad, la medida de la privación de libertad, que la sobrepasa, mientras que la ejecución es semejante en ambas, ya que la ejecución del internamiento de seguridad en la inferioridad social de la persona afectada, no puede esencialmente tener otro aspecto que la ejecución de la pena. En estos casos de analogía en la ejecución es recomendable ejecutar la pena y el internamiento de seguridad en el mismo establecimiento especial para delincuentes consuetudinarios (“reclusión y establecimiento de seguridad”), para evitar un cambio de establecimiento poco conveniente para el proceso de resocialización del autor. Así la reglamentación actual sobre la base de la AV. del 22 de diciembre de 1942 (DJ., 1943, p. 22).

Del sistema dualista se dedujo incertadamente la necesidad de una separación de los establecimientos de reclusión de los de seguridad; así la reglamentación originaria de la ley de los delincuentes consuetudinarios de 1933. Esto sería necesario si la reclusión y el internamiento de seguridad tuvieran que ser distintos, no solamente en el fondo y la medida, sino también en la ejecución; pero ése no es el caso.

Frente al sistema paralelo está el "simple", en el que la medida de seguridad desplaza a la pena (así, el § 42 del Código Penal suizo) o, a la inversa, la pena asume también la función de seguridad ("pena de seguridad" de duración no determinada; así el § 20, a, del Código Penal de Turingia). En cuanto esta solución está orientada puramente en forma preventiva especial, hablan contra ella las dudas exteriorizadas en el punto II, 2. Sin embargo, en la práctica, la diferencia no es muy grande, ya que también los defensores del sistema simple deben determinar, al menos por razones preventivas generales, la medida mínima de la privación de libertad, según el pensamiento de la retribución; pero entonces *abandonan su teoría y no determinan ya en forma simple la privación de libertad.*

§ 29. EL SISTEMA DE LAS PENAS

A pesar del aumento terrible de la pena de muerte en el Tercer Reich, la pena privativa de libertad está todavía hoy en el centro del sistema de las penas. La moderna pena privativa de libertad, la que no tiene por objeto, como la del derecho romano medioeval, solamente la punición o destrucción lenta del preso, sino la reintegración resocializadora, su educación para la comunidad, fue realizada por primera vez en la prisión de Amsterdam en el año 1595. Su profeta fue el filántropo inglés JOHN HOWARD († 1790). El movimiento de reforma de las prisiones que partió de su obra tuvo resultados prácticos primeramente en América (Filadelfia, 1790 a 1825; Auburn, 1823). Siguieron Inglaterra (Pentonville, 1842) y el continente (Bruchsal, 1848; Moabit, 1849). La idea de educación fue realizada, ante todo, con el "sistema progresivo", en el que el preso puede obtener, por la clase de su conducta, que la pena se suavice gradualmente.

Hoy, el movimiento por la pena privativa de libertad parece haber sobrepasado su punto culminante. Las espe-

ranzas que fueron puestas en su función resocializadora, ya no son tan grandes. Más aún; en una época de restricciones privativas de libertad múltiples (directas e indirectas), y graves condiciones en la vida "normal", en una época en que medidas policíales y políticas pueden tener consecuencias para el afectado, que se acercan a una pena privativa de libertad, su carácter penal está fuertemente relativizado. Es así como el sistema penal tradicional requiere una reforma urgente, sin que se hayan hecho visibles hasta la fecha nuevos rumbos (compárese EB. SCHMIDT, SJZ., 1946-204).

I. LAS PENAS PRINCIPALES.

Penas principales son aquellas que pueden ser aplicadas por sí solas.

1. *La pena de muerte*

La ejecución se realiza mediante decapitación (§ 13). Sobre su ejecución, véase § 454, StPO.

2. *Las penas privativas de libertad*

a) *La pena de reclusión.*

Es la pena privativa de libertad más grave, fijada para los crímenes. Tiene como consecuencia la inhabilitación permanente para ocupar cargos públicos (§ 31). Su ejecución está vinculada por fuerza de ley con una obligación de trabajo no individual (§ 15).

Es perpetua cuando está especialmente prevista; si no, es temporal. El máximo de la reclusión temporal es de 15 años; el mínimo, de 1 año (§ 14). La pena de reclusión puede ser medida solamente de acuerdo con meses completos (§ 19, inc. 2); existen excepciones en los casos de transformación de penas de multa, según el § 29, inc. 2, y en la acumulación de penas del § 74 (véase RG., 8-26). Si se ha de aplicar una pena inferior a un

año, como es posible en la tentativa, complicidad, etc., se debe transformar la pena de reclusión en prisión (véase § 44, inc. 3).

b) *La pena de prisión.*

Es la pena privativa de libertad de mediana gravedad, que está prevista, en principio, para delitos y para crímenes en casos más benignos. Está vinculada con trabajo obligatorio adaptado a la persona (§ 16). El máximo es de 5 años, el mínimo de 1 día (§ 16). En el concurso real (§ 74), y para menores, el máximo es de 10 años. La pena debe ser medida solamente en días completos (§ 19).

c) *La detención en fortaleza.*

“La custodia honesta” es la pena privativa de libertad no deshonrosa, sin trabajo obligatorio (§§ 17 y 20). Actualmente no puede ser aplicada; en su lugar se determina pena de reclusión o de prisión.

d) *El arresto.*

Es la pena más leve, no deshonrosa; en principio, es de aplicación a contravenciones; excepcionalmente también para delitos (p. ej., § 185), por regla general, sin trabajo obligatorio (§ 18, inc. 2). Sin embargo, hay trabajo obligatorio, p. ej., en el § 361, cifras 3 a 8, y § 362 (arresto agravado).

Duración mínima, un día; duración máxima, seis semanas; en el concurso real, 3 meses (§§ 18, 77 y 78); se mide aquí también solamente de acuerdo con días completos (§ 19).

Para la transformación de una pena privativa de libertad en otra, como entra en cuestión, ante todo, en la tentativa y en el concurso real, el § 22 establece una clave de transformación: un año de prisión equivale a ocho meses de reclusión, y un año de detención en fortaleza a ocho meses de prisión.

El Código Penal contiene solamente muy pocas observaciones sobre la ejecución de la pena privativa de libertad; p. ej., sobre el trabajo obligatorio (§§ 15 y 16);

aislamiento celular (§ 22). Sobre la situación actual, véase KREBS, SJZ., 1946, 209.

3. *La pena de multa*

La pena de multa está amenazada las más de las veces junto con una pena privativa de libertad (optativa o complementaria); en casos de excepción, también independientemente. Aun donde no está especialmente prevista, puede ser aplicada en crímenes o delitos de lucro, junto con la pena privativa de libertad (§ 27, a). Además, debe ser aplicada en lugar de una pena privativa de libertad de menos de 3 meses, aun donde no está prevista, si la finalidad de la pena puede ser alcanzada por medio de ella (§ 27, b).

La cuestión de la aplicabilidad del § 27, b, debe ser examinada en el fallo; en caso contrario, existe un fundamento de revisión (R.G., 60-115 y 169). Los importes máximos y mínimos de la pena de multa son, en contravenciones, de 1 a 150 marcos, y en los demás casos de 3 a 10.000, en cuanto no estén fijados para el caso particular importes mayores.

Si la multa no puede ser cobrada, se aplica en su lugar, como sustitutivo, la pena privativa de libertad, que debe haber sido fijada ya en el fallo (§ 29).

II. LAS PENAS ACCESORIAS.

Son aquellas que pueden ser aplicadas solamente junto con una pena principal.

1. *Privación de los derechos cívicos honoríficos* (§ 32). El condenado pierde, de modo permanente, los derechos emanados de elecciones públicas, cargos públicos, títulos, dignidades y condecoraciones; mientras está en vigencia la sentencia, también la capacidad para la obtención de tales cargos, títulos, dignidades y otras más (§ 34). Esa privación está prescrita, en casos aislados en forma obligatoria, como en el perjurio y en el lenocinio grave;

en otros casos, queda librado al criterio del juez declararla junto con la pena de muerte o de reclusión, lo mismo que con pena de prisión no menor de 3 meses, si la privación está admitida especialmente por ley o si la pena de prisión fue aplicada en lugar de la de reclusión por circunstancias atenuantes (§ 32).

2. *Inhabilitación.* Junto con la pena de prisión *puede* ser aplicada la inhabilitación para ocupar cargos públicos, cuando la privación de los derechos cívicos honoríficos es posible (§§ 35 y 36).

3. *El comiso* (§§ 40 a 42). Son objeto del comiso las cosas producidas mediante el hecho penal (p. ej., dinero falso), o las que fueron utilizadas, o están destinadas para la comisión del hecho (*producta et instrumenta sceleris*). En cambio se eliminan la presa del delito, ya que no es producida, sino “obtenida” por el hecho (teoría actual), y el vehículo con que el autor huye o lleva la presa, ya que no fue utilizado para la comisión del hecho. FRANK, § 40, II; RG., 73-104.

El comiso tiene, por regla general, según RG., 46-131; 63-380, y otros, un carácter doble: es tanto pena accesoria, como también medida de seguridad; en los casos en los cuales está admitido solamente contra el autor o los partícipes, el carácter penal prepondera, mientras que en los casos del comiso “sin distinción”, vale decir, admitidos sin considerar las condiciones de propiedad (p. ej., los §§ 152 y 295), prepondera el carácter de seguridad, sin que pierda, sin embargo, el carácter penal frente al autor o partícipe. Véase también, RG., 62-51; 66-429. La cuestión es en extremo discutida; las más de las veces se acepta o solamente un carácter penal, o solamente un carácter de seguridad. Véase NAGLER, LK., § 40, I.

El comiso tiene el efecto de que en el momento de quedar firme el fallo, el fisco adquiere la propiedad.

4. *Declaración de confiscación.* El medio utilizado para el soborno se debe declarar como perteneciente al Estado (§ 335).

5. *Publicación del fallo* (§§ 165 y 200). Es, al mismo tiempo, una pena accesoria y una satisfacción para el lesionado (RG., 73-24).

III. APÉNDICE.

La suma que se debe pagar al lesionado, no es una pena, sino una indemnización por daños y perjuicios (§§ 188 y 231).

§ 30. LA MEDIDA DE LA PENA

I. LA DETERMINACIÓN LEGAL DE LA PENA.

1. Solamente en pocos casos de excepción la ley fija un monto absolutamente determinado, ante todo, en la pena de muerte, en el § 5, inc. 3, de la ley de explosivos (ya no más en el asesinato, § 211). En la mayoría de los casos, la ley fija un margen de pena, dentro del cual el juez debe determinar la pena para el caso particular. El margen normal de penas, del cual parte en principio el tipo, puede ser reducido por circunstancias atenuantes, o ampliado en casos excepcionalmente graves; p. ej., § 243, inc. 2; § 223, b, inc. 2.

2. *Fundamentos generales de atenuación o agravación de pena.* Se trata de fundamentos que modifican la pena, previstos en la Parte General, en principio, para todos los delitos.

a) *Fundamentos de atenuación de pena:* tentativa, § 44; complicidad, § 49; minoridad, §§ 4 y ss., RJGG.; capacidad disminuída de imputación, § 51, inc. 2; § 58,

inc. 2. Un fundamento general de atenuación de pena contiene también el § 27, b, al admitir la aplicación de multa en lugar de prisión en ciertos casos. Todos estos fundamentos de atenuación de pena no modifican la naturaleza del delito, según el § 1 (véase p. 23).

Una consideración especial requiere la *capacidad disminuída de imputación*. La atenuación admitida en ella, corresponde a la idea de la culpabilidad del hecho: una culpabilidad menor conduce a una pena más benigna. Sin embargo, la atenuación no es forzosa; según el § 51, inc. 2, "*puede*" ser disminuída:

aa) Si el autor ha provocado culpablemente la capacidad disminuída de imputación (p. ej., en la toxicomanía), entonces la agravación de la pena es una expiación por la culpabilidad de carácter.

bb) Si la capacidad disminuída de imputación se basa en una tendencia (psicopatía), entonces la agravación admitida de la pena tiene una función preventiva intimidadora para el autor. Véase WELZEL, Z., 60, ps. 465 y ss.; RG., DR., 1942, 329; KOHLRAUSCH, § 51, 10.

Por eso, en autores degenerados por su carácter, a los que falta sostén o afectividad, puede estar indicada una pena grave por razones de "educación"; pero no la pena de muerte, la que no puede ser aplicada por meros fundamentos de conveniencia, sino sólo cuando esté merceda de por sí a través de la gravedad de su culpabilidad del hecho. RG., 71-179; véase también, p. 241.

b) *Fundamentos de agravación de pena*. Aquí entra en consideración, junto con el § 27, a, ante todo, la agravación de pena contra delincuentes consuetudinarios peligrosos (§ 20, a). Sobre ello véase *infra*, III.

II. LA APLICACIÓN DE LA PENA.

Sobre la aplicación de la pena concreta por parte del juez, dentro del margen legal, el código penal no contiene una norma general, con excepción de la aplicación de la pena de multa en el § 27, c.

Se debe aplicar la pena en tal forma que asegure la validez inquebrantable de las normas ético-sociales, dentro del margen de una retribución justa, y llegando a la conciencia del autor.

Como el delito es el choque de la voluntad individual con el orden general, los factores generales e individuales son decisivos para la graduación de la pena.

1. Factores generales (“objetivos”)

a) La importancia de la norma ético-social lesionada, inclusive del bien jurídico amparado por ella dentro del orden social.

La misión primordialísima del juez es establecer por su parte un “orden moral (ético-social) de las cosas”. Este conocimiento lo protege de una contemplación pobre, vulgarmente moralizadora, que ve solamente al autor. La valoración ético-social fundamental de las normas la encuentra establecida en las amenazas legales de pena. A ellas ha de atenerse y él no debe practicar una política criminal privada hacia el mínimo o máximo de la pena por opiniones personales de otra índole (así, p. ej., en el aborto, el perjurio y los delitos contra la honestidad). Por eso, no puede tampoco emplear nuevamente, en forma agravante o atenuante, una característica legal del tipo que ya ha sido tomada en consideración en el margen penal (R.G., 57-379).

b) Seguridad de la vigencia inquebrantable de las normas ético-sociales.

Situaciones excepcionales del derecho penal, como un sacudimiento del orden jurídico en su integridad, o un aumento de determinados delitos, o el peligro especialmente cercano de la imitación de hechos individuales, deben llevar la graduación de la pena hacia el máximo, para asegurar la fuerza de vigencia de las normas. Sin embargo, ella debe mantenerse siempre dentro del margen de una retribución justa, si quiere ser garantía del *derecho* y no un acto terrorífico de obligación.

2. *Factores individuales* ("subjetivos")

a) La magnitud de la culpabilidad individual, en el sentido más amplio.

Son decisivos: los motivos o impulsos del hecho, la finalidad propuesta, la fuerza de voluntad, los medios empleados; el grado de comprensión del autor y la influencia de perturbaciones patológicas o de otra índole sobre su voluntad; el arraigamiento del hecho en la personalidad del autor, el enfoque fundamental frente al orden de la comunidad, su vida anterior, su situación personal y económica en la época del hecho; su comportamiento después del hecho (esto último, solamente como indicio para juzgar su personalidad y la fuerza de su voluntad); las consecuencias del hecho originadas por su culpa.

b) La adaptación individual de la pena al autor.

α) La pena debe estar adaptada individualmente al autor. Una misma pena (eventualmente prisión) para el mismo hecho, puede ser para uno de los autores un episodio corto, único en su vida (y por lo tanto justo); en cambio para el otro (eventualmente un funcionario), puede destruir su vida cívica (y ser por ello injusta).

β) El autor debe ser sensible a la pena: el autor puede ser sensible o hipersensible para una pena determinada (por ejemplo, pena de multa) (véase RG., 65-230 y 309); tal ocurre, bajo ciertas circunstancias, con la reclusión para un condenado por primera vez, en oposición a lo que sucede con el que tiene antecedentes penales. Las consecuencias delictuosas en el derecho penal para menores contienen especialmente diferencias, teniendo en cuenta la personalidad (véase p. 265). En casos en que el autor es insensible para toda pena fijada como retribución justa, deben agregarse como complemento medidas de seguridad.

Sin embargo, todos estos factores no están entre sí en una armonía preestablecida, sino en una relación diná-

mica (dialéctica), en la cual los factores generales deben tener el predominio frente a los individuales.

El juez debe fijar siempre una pena exactamente definida. No existe ningún fallo penal indefinido. Sin embargo, existe para menores, de acuerdo con el § 6, RJGG., una excepción importante, según el modelo austríaco (véase p. 269).

III. AGRAVACIÓN DE LA PENA PARA DELINCUENTES CONSUETUDINARIOS PELIGROSOS (§ 20, a).

La agravación de la pena debe afectar a un determinado tipo de delincuente, al delincuente consuetudinario peligroso. Por eso combina características típicas de acción (actividad delictual múltiple) con una característica típica de autor (el delincuente consuetudinario peligroso); sobre esta última recae el peso principal.

1. *El presupuesto de la agravación de la pena*

a) El presupuesto típico de la acción: actividad delictuosa repetida. El autor debe haber cometido al menos tres crímenes o delitos dolosos. Es indiferente la forma de comisión: tentativa o consumación, autoría o participación (RG., 68-159). En principio, es indiferente, también, la naturaleza de los hechos (RG., 68-156; 73-277: hurtos y delitos sexuales).

Bastan para el § 20, a, inc. 2, tres actos parciales de una acción continuada o de un hecho penal colectivo, ya que, precisamente, en ellos se puede manifestar con claridad especial la tendencia delictuosa. La interpretación contraria demasiado estrecha del § 20, a (RG., 68-297), debe ceder frente al sentido claro de dicho párrafo y a las necesidades materiales. Así, ahora también el RG. (77-26 y 98).

Por lo demás, no entra en consideración un hecho anterior, si han pasado más de 5 años desde la sentencia hasta la comisión del nuevo hecho (prescripción de la

reincidencia; § 20, a, inc. 3) o, si no ha habido condena todavía, entre su comisión y el hecho siguiente.

b) Presupuesto típico de autor: delincuente consuetudinario peligroso.

aa) El autor no es delincuente consuetudinario sólo porque ha cometido varios hechos (RG., 70-214). La comisión repetida del delito debe ser más bien la exteriorización de una tendencia arraigada hacia el delito, de la que se puede esperar la comisión ulterior de otros delitos (RG., 68-155).

Es indiferente cómo se ha originado la tendencia, si es congénita o adquirida (RG., 69-131), e indiferente, también, sobre qué se basa, si sobre un modo de vida activo-antisocial (como en el delincuente profesional), o sobre debilidad de voluntad, ligereza, falta de carácter (RG., 72-259; 73-46), o sobre síntomas de retrogradación senil (RG., 73-477). También el motivo exterior es indiferente, si el autor reacciona sobre él solamente desde su tendencia delictuosa; así, p. ej., en una situación de necesidad (RG., 72-295), habiendo ingerido alcohol (RG., 73-181; 74-218). La comprobación de la condición de delincuente habitual debe resultar de la estimación integral de la comisión repetida de delitos. Todo hecho individual debe estar en relación sintomática con los demás para la tendencia hacia el delito y debe dar lugar a esperar hechos ulteriores.

bb) El delincuente habitual es peligroso si de él se puede esperar con suficiente probabilidad ulteriores hechos penales de importancia (RG., 68-155; 73-47 y 305). El autor habitual meramente "molesto" no entra en consideración (RG., 76-311).

Por lo tanto, no bastan meras gorroneerías pequeñas (OLSHAUSEN, § 20, a, 7, c; RG., 68-98). En cambio, puede entrar en consideración para el § 20, a, el hecho *doloso* cometido en estado de embriaguez (RG., 73-177).

En cuanto la agravación de la pena es una retribución para el autor que actuó culpablemente (véase el punto 4), el momento del hecho es decisivo para el juicio

de la peligrosidad; en cambio, en cuanto la agravación de la pena lleva mero carácter de seguridad, el momento del juicio. Por eso en el primero de los casos puede ser penado más gravemente el trepador de paredes o el cazador furtivo que a consecuencia de un tiro quedaron paralíticos y que en lo futuro no son ya peligrosos (véase BOCKELMANN, *Studien*, II, ps. 44 y ss.; MAYER, p. 139; NAGLER, LK., § 20, a, II, 4; RG., 72-356; KOHLRAUSCH, § 20, a, IV, 2, b; SCHÖNKE, § 20, a, II, 2, d.

2. La agravación de la pena

a) *Debe* regir la agravación de la pena si el autor ha sido condenado dos veces por sentencia firme a pena de muerte, reclusión o prisión de 6 meses o más, y comete un nuevo hecho doloso por el que merece pena privativa de libertad (§ 20, a, inc. 1).

En cada caso debe haberse cometido cada uno de los dos hechos posteriores después de estar firme la sentencia anterior (RG., 68-151 y 427). Ninguna de ellas es preciso que haya sido cumplida (RG., 68-216). En la pena colectiva vale solamente ésta y no la pena individual como condenación en el sentido del § 20, a, inc. 1 (RG., 68-149; 68-427). Una condena dictada en el extranjero, puede ser considerada para la agravación de la pena (§ 20, a, inc. 4).

El hecho nuevo debe ser también un crimen o un delito doloso; las contravenciones no entran en cuestión (RG., 73-321). El hecho nuevo *debe* ser penado más gravemente (si también él es una exteriorización de la tendencia delictuosa), con reclusión hasta 5 años, si se refiere a un delito, y con reclusión hasta 15 años si se refiere a un crimen, para el caso de que el hecho no tenga fijada ya pena mayor (§ 20, a, inc. 1).

b) Si el autor ha cometido varios hechos por los que no ha sido penado todavía, la agravación de la pena depende del juicio del juez (§ 20, a, inc. 2). Cada uno de los hechos a juzgarse puede ser agravado lo mismo que en el inc. 1.

3. *Particularidades*

El § 20, a, no es un tipo independiente de delito, sino que amplía solamente el margen penal de los tipos particulares. Por eso, el § 20, a, no contiene tampoco ninguna característica especial de tipo: al "delincuente consuetudinario peligroso".

La fórmula de la sentencia contiene, por lo tanto, la declaración de que el autor es condenado por hurto, etc., como delincuente consuetudinario peligroso (RG., 68-365).

Según el RG. (70-289; 72-401; 74-65) y la doctrina actual, el hecho sigue siendo un delito, a pesar de la agravación de la pena, si el tipo básico es un delito (diverge SCHÖNKE, § 20, a, VII). Atenuaciones de pena que se refieren al *hecho* (tentativa, complicidad, circunstancias atenuantes) pueden ser tomadas en consideración solamente dentro del margen penal del § 20, a (al menos un año de reclusión) (RG., 71-15; 72-326). En cambio, atenuaciones de pena que provienen de la *persona* del autor, se deben tomar en cuenta, como en otros casos; ante todo la capacidad disminuída de imputación y la juventud (RG., 72-326; 73-47; DR., 39-1979).

4. *La naturaleza de la agravación de la pena del § 20, a*

Mientras que el internamiento de seguridad del § 42, e, es una mera medida de protección con la persona peligrosa para el futuro, la pena del § 20, a, tiene una doble función:

a) En cuanto la tendencia delictuosa es un rasgo de carácter *culpablemente* adquirido, la agravación de la pena es, simultáneamente, una retribución por la culpabilidad de carácter.

b) En cambio, en cuanto la tendencia se basa en factores naturales, solamente es una pena auténtica (retribución) en la medida de la culpabilidad del hecho; la agravación de la pena que la sobrepasa, es una medida

de seguridad de índole especial, como en el § 51, inc. 2 (véase p. 248). (WELZEL, Z., 60, p. 465; BOCKELMANN, *Studien*, II, ps. 156 y ss.).

IV. APÉNDICE: PRESCRIPCIÓN E INDULTO.

1. *Prescripción*

Con el tiempo se pierde el interés estatal en la persecución del delito; simultáneamente, la persecución de hechos muy lejanos se vuelve con el trascurso del tiempo, cada vez más difícil o prácticamente imposible. La ley distingue:

a) La *prescripción de la acción*, en hechos que todavía no han sido condenados por sentencia firme (§ 67). Los plazos de prescripción están graduados según la gravedad abstracta del hecho penal (§ 67).

Si es de esperar la aplicación de la pena de muerte o de reclusión perpetua, el fiscal *puede* iniciar la acción, sin límite de tiempo (§ 76, inc. 2). A través de esta disposición, agregada en 1943, la prescripción es nuevamente anulada.

La prescripción puede empezar a correr a partir del momento en que habría podido ser ejercida la acción penal. Partiendo de este principio, materialmente lógico, se debe entender el § 67, inc. 4, según el cual la prescripción comienza a partir de la conclusión de la acción, sin considerar la producción del resultado; a saber, la acción como acción *punible*. En los hechos culposos, en los que bajo ciertas circunstancias la punibilidad de la acción comienza mucho tiempo después de la conclusión de la actividad, con la presentación del resultado, comienza también la prescripción recién a partir de la producción del resultado (p. ej., la caldera mal construída explota después de diez años). En los demás casos comienza con la conclusión de la actividad punible desplegada para la consumación *material* del delito. Esta actividad puede

estar concluída *antes* de la producción del resultado típico, indiferentemente de si se produce más tarde el resultado, o si queda en grado de tentativa. En estos supuestos comienza el curso de la prescripción *antes* de la producción del resultado. En cambio, cuando se despliega todavía *después* de la consumación formal una actividad ulterior para la consumación material (véase p. 191), p. ej., al recibir el dinero obtenido mediante extorsión (RG., 33-230), comienza la prescripción recién con la conclusión de *esta* actividad (Así, en forma convincente, BINDING, *Hdb.*, ps. 835 y ss.; NAGLER, LK., § 67, inc. 2, contra la doctrina actual, según la cual en delitos de resultado la prescripción comienza con la producción del resultado. RG., 42-171; 62-418). La prescripción de los auténticos delitos de omisión comienza con la desaparición del deber de actuar (RG., 65-362); en los delitos permanentes, con la terminación del hecho penal (RG., 44-429); en la participación junto con el hecho principal (RG., 30-310). La prescripción es interrumpida a través de toda acción *judicial* contra el autor, y comienza después a correr nuevamente (§ 68). Cuando en base a una prescripción legal la persecución penal no puede empezar o no puede ser continuada, la prescripción queda interrumpida lo mismo, si el procedimiento penal depende de una cuestión previa, que debe ser decidida en otro procedimiento (§§ 164, inc. 6, 172 y 191). Sin embargo, la falta de querrela penal o de poder no impiden el curso de la prescripción (§ 69). La prescripción es también interrumpida en tiempos en que no funcionan los tribunales (§ 203, C. C.); es el caso de que, a consecuencia de situaciones políticas, no tiene lugar la persecución penal, en contra de las prescripciones legales.

b) *La prescripción de la ejecución* de penas firmemente sentenciadas (§§ 70 a 72).

Según la doctrina actualmente preponderante, la prescripción de la acción tiene un carácter meramente procesal, vale decir, es mero obstáculo para el proceso. Por eso el fallo debe dictarse por sobreseimiento del proceso,

al comprobarse la prescripción (así, OLSHAUSEN, § 66, I; SCHÖNKE, § 66, II; NAGLER, LK., § 66, I; RG., 76-160; en contra: 46-274; 59-197). Para la prescripción de la ejecución, NAGLER (LK., § 66, I, 2) acepta un carácter de derecho material (BINDING, *Hdb.*, p. 828).

2. *El indulto*

Es un acto del derecho del Estado, que condona, reduce, transforma o suspende penas firmemente dictadas, pero no la condenación misma (indulto en el sentido más estricto), o que anula una acción penal (anulación o remisión).

Según el número de las personas a que alcanza, se distinguen el indulto particular y el indulto general (amnistía). HIPPEL, II, p. 583, está decididamente en contra de esta institución, porque sus fundamentos se sustraen al control y a la crítica.

§ 31. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y DE CORRECCIÓN

La pena es la retribución por un injusto cometido; las medidas de seguridad son una protección de la comunidad frente a hechos penales futuros de personas peligrosas (§ 42, a-n). La reglamentación introducida por la ley del 24 de noviembre de 1933, y que proviene materialmente del proyecto de 1930, sigue el sistema dualista de la separación de penas y medidas de seguridad, con una excepción limitada en los §§ 20, a, y 51, inc. 2 (véase ps. 255 y 249). Este sistema fue desarrollado en 1893 por CARLOS STOOS. Se obtiene la protección de la comunidad impidiendo una actividad delictual futura de personas peligrosas (medidas de seguridad en el sentido más estricto), o reeducando al autor para una vida ordenada (medidas de corrección). A las medidas de seguridad, en el sentido más estricto, pertenecen: la internación en un establecimiento de cura y asistencia; el internamiento de seguridad y la prohibición de ejer-

cer una profesión. Son medidas de corrección: el internamiento en un asilo de bebedores, el internamiento en un establecimiento para toxicómanos y el internamiento en una casa de trabajo. Sin embargo, los distintos objetivos se superponen. Estas medidas deben ser aplicadas únicamente contra adultos; contra menores sólo se admite el internamiento en un establecimiento de cura y asistencia (§ 17, RJGG.).

Además de estas medidas de seguridad y corrección del § 42, a-n, introducidas por la ley del 24 de noviembre de 1933, prevé el derecho penal, como ulteriores medidas preventivas de índole policial, la vigilancia por la policía (§§ 38 y 39) (distinto, RG., 17-193), el desconocimiento de la capacidad de prestar juramento (§ 161) (véase RG., 73-255), el comiso sin diferenciación (véase p. 247) y la inutilización de escritos o ilustraciones (§ 41).

I. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

Su aplicación es *obligatoria*, si están dados sus presupuestos.

1. *Internación en un establecimiento de cura y asistencia* (§ 42, b)

1. *Internación de incapaces de imputación.* Es la única medida de seguridad que se puede aplicar contra autores incapaces de culpa. Todas las demás medidas son admisibles solamente *además* de la pena.

a) El autor debe haber cometido un crimen o delito en estado de incapacidad de imputación.

Para la culpabilidad (capacidad de imputación) debe existir el tipo objetivo y *subjetivo* de una acción antijurídica; por lo tanto, también dolo y los elementos subjetivos especiales de autoría (JW., 35-2368; RG., 71-221; OLSHAUSEN, § 42, b, 2, 3. Véase, también, p. 145). En cambio, según el RG. (72-315), un error del autor, que precisamente se basa sobre su incapacidad de imputación, no puede ser tomado en favor de él; p. ej., alguien que

sufre delirio de persecución se cree agredido. No se toma en consideración la defensa necesaria putativa. Compárese el caso análogo en el § 330, a (ebriedad preordenada).

La incapacidad de imputación debe basarse sobre trastornos mentales o sordomudez (§ 51, inc. 1; § 58, inc. 1), y no sólo sobre la minoría de edad (§ 3, RJGG.). Debe ser establecida positivamente y no solamente ser posible (RG., 72-755).

b) *La seguridad pública* debe exigir el internamiento, para el caso de que se puedan esperar del autor, con probabilidad, nuevos hechos delictuosos de cierta importancia y si el peligro no puede ser evitado de otro modo (RG., 69-151).

Del hecho *cometido* debe surgir el peligro para la seguridad pública, en lo que, sin embargo, se debe tomar en cuenta también la totalidad de la conducta, abarcando también hechos anteriores (RG., 68-351; 69-242). Debe existir un peligro actual *determinado* y *serio* para el orden jurídico (RG., 73-303).

c) Si se establece durante el procedimiento penal la incapacidad de imputación, entonces se debe absolver al acusado y aplicarle, de acuerdo con el § 42, b, una medida de seguridad. Pero si está establecido desde un principio que el autor, al cometer el hecho, era incapaz de imputación, entonces no se debe iniciar el procedimiento penal. En su lugar se aplica el procedimiento de seguridad, según los §§ 429 y ss., StPO.

En delitos perseguibles por querrela se requiere la querrela para la aplicación de medidas de seguridad (véase OLSHAUSEN, antes del § 42, a, 7).

2. *Internación de personas con capacidad disminuída de imputación* (§ 42, b). Debe ser aplicada además de la pena. Son presupuestos que el autor con capacidad disminuída de imputación haya cometido una acción antijurídica culpable y que la seguridad pública exija el internamiento. La capacidad disminuída de imputación debe

estar establecida (R.G., 70-127). En lo demás, rige lo dicho en 1, b.

2. *Internación en asilos para bebedores y para toxicómanos* (§ 42, c)

Se aplica a los toxicómanos. Son presupuestos:

- 1) El autor debe haberse hecho pasible de una pena:
 - a) por un crimen o delito en estado de embriaguez;
 - b) que el crimen o delito tenga relación causal con su toxicomanía;
 - c) que la embriaguez sea total (§ 330, a).

Como debe haberse hecho pasible de una pena, deben haber sido cometidos culpablemente todos los hechos contenidos en *a*, *b* y *c* (si no § 42, b). Para *b* entra en cuestión el cocainómano que falsifica recetas o el bebedor que se ha hecho delincuente.

2) El autor debe ingerir habitualmente, en exceso, bebidas alcohólicas u otros medios estupefacientes.

3) El internamiento debe ser necesario para acostumar al autor a una vida ordenada y legal.

3. *Internación en una casa de trabajo* (§ 42, d)

Se aplica a los "antisociales": pordioseros, linyeras, prostitutas, etc.

Presupuestos: el autor debe ser condenado a arresto por mendicidad, vagancia, prostitución o cosas semejantes, y el internamiento debe ser necesario para acostumarlo al trabajo y a la vida social.

Para los incapacitados de trabajar no se debe disponer el internamiento; cuando ya está dispuesto, se debe efectuar en un asilo (inc. 4).

4. *El internamiento de seguridad* (§ 42, e)

Con respecto a la política criminal, es la medida más importante contra delincuentes habituales y, ante todo, delincuentes profesionales. Es la realización de una exi-

gencia antigua de la política criminal, desde que LISZT en 1882 postuló en el programa de Marburgo la inhabilitación de delincuentes incorregibles (mediante una pena indeterminada), y CARL STOOSS señaló en los proyectos suizos, desde 1893, el camino del sistema dualista del complemento de la pena a través de la medida de seguridad. Está introducido también en códigos extranjeros, p. ej., art. 42, del Código Penal suizo.

Presupuestos:

1) Condenación como delincuente habitual peligroso, según el § 20, a. No es necesario una *agravación* de la pena, según el § 20, a (RG., 68-295; 70-129).

2) Necesidad de la internación para la tutela de la seguridad pública.

Mientras que para la cuestión de si el autor es un delincuente habitual peligroso, decide el momento del hecho, para la cuestión de si el internamiento de seguridad es necesario, se debe partir del estado del condenado y las circunstancias exteriores en el momento de corresponder ponerlo en libertad (RG., 72-353). Debe haber una *probabilidad* de reincidencia. Las exigencias originariamente severas para ello, según las cuales "el juez debe cuidadosamente examinar si se debe aplicar este último medio" (RG., 68-157), las ha reducido posteriormente la jurisprudencia en una forma que da que pensar prescindiendo del internamiento de seguridad, solamente cuando se puede esperar, con probabilidad, una corrección (RG., 73-154 y 305).

Una corrección a esperar, la edad avanzada, la inidoneidad física, el sostén familiar, pueden hacer que no resulte imprescindible el internamiento de seguridad.

5. Duración y ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad

1) El internamiento dura solamente el tiempo que exija el cumplimiento de su objeto (§ 42, f), pues como

el internamiento no tiene por objeto una retribución por el injusto cometido, sino la protección de la comunidad frente a una persona peligrosa, debe tardar tanto tiempo (pero no más) como lo exija esa necesidad de protección. Por eso no se debe establecer ningún límite de tiempo en el fallo.

Solamente para la internación en un establecimiento de bebedores y de toxicómanos y para el internamiento por primera vez en una casa de trabajo, está fijada una duración máxima de dos años (§ 42, f, inc. 2). En lo demás, el Tribunal de ejecución (véase §§ 462 y 463, a, StBO.), *puede* controlar en todo momento la cuestión del logro del objeto (§ 42, f, inc. 4). *Debe* hacerlo dentro de determinados plazos (§ 42, f, inc. 3). Si existen fundadas dudas de la obtención del objeto, la libertad no está admitida; el principio *in dubio pro reo* no juega aquí. La libertad es siempre solamente una interrupción condicional y puede ser revocada en todo momento (§ 42, h).

2) Sobre la *ejecución*, el § 42, i, contiene solamente pocas prescripciones (trabajo obligatorio).

Para la ejecución del internamiento de seguridad son decisivos, en lo esencial, los principios sobre la ejecución del arresto penal en lo correspondiente.

II. LAS DEMÁS MEDIDAS DE SEGURIDAD.

Su imposición incumbe al juicio del juez.

Interdicción de oficio (§ 42, i).

Puede aplicarse, además de la condenación, y por el término de uno a cinco años, a causa de aquellos crímenes o delitos que han sido cometidos abusando de la profesión o actividad o con violación grave de los deberes propios de ellas y han llevado a una pena privativa de libertad de por lo menos 3 meses. Debe ser necesario para proteger la comunidad. En las contravenciones se efectúa la punición conforme al § 145, c.

III. PRESCRIPCIONES COMUNES.

1. *Concurso de varias medidas de seguridad* (§ 42, n)

1. Se debe examinar, en primer lugar, qué medida asegura mejor la protección de la sociedad, ante todo, cuál, de acuerdo con las circunstancias, es la más conveniente y la más apropiada. De varias medidas, todas apropiadas, se debe elegir la que menos afecte al interesado.

2. Si ninguna de las medidas alcanza, por sí sola, deben aplicarse varias conjuntamente.

En caso de que las distintas medidas no se puedan cumplir simultáneamente (p. ej., varias maneras de internamiento), entonces la autoridad de ejecución (§ 458, StBO.) debe determinar su orden.

3. Se deben ordenar varias medidas juntas, también en los casos en que, en el momento de la decisión, no se pueda establecer aún un pronóstico definitivo sobre cuál de ellas es la más apropiada. También en este caso la autoridad de ejecución debe decidir en definitiva.

2. *Otras disposiciones*

1. Para la aplicación de medidas de seguridad es decisiva la ley vigente al tiempo de la resolución (§ 2, inc. 4).

2. El derecho de aplicar medidas de seguridad caduca con la prescripción de la persecución penal (§ 67, inc. 5). Sobre los plazos de prescripción de la ejecución de las medidas de seguridad, véase § 70, inc. 2, y § 71.

3. El indulto es posible también para las medidas de seguridad, pero entra en consideración solamente en raros casos de excepción, como, p. ej., en una sentencia equivocada.

§ 32. PENAS, MEDIOS DISCIPLINARIOS Y MEDIDAS EDUCATIVAS DEL DERECHO PENAL PARA MENORES

La JGG. del 16 de febrero de 1923, que fue la primera irrupción de las ideas modernas referentes al derecho penal de los menores, sobre la base de las teorías de LISZT, ha sido perfeccionada por una nueva versión de la ley del Tribunal de menores del Reich, en la ordenanza del derecho penal para menores de 6 de noviembre de 1943, con las "Directivas para la ley del Tribunal de menores del Reich".

I. SIGNIFICACIÓN DE LA PUBERTAD PARA LA POSICIÓN PENAL ESPECIAL DE LOS MENORES.

A consecuencia de la situación especial, física, psíquica y social de la época de la pubertad, el menor no puede ser juzgado, en lo referente al derecho penal, con el mismo criterio que el adulto. La época de la pubertad es una época de evolución y de reestructuración de la personalidad y, al mismo tiempo, de integración interna y externa del menor a la comunidad. El estado físico y psíquicamente compensado de la infancia se disuelve, la personalidad se independiza, y madura para sus funciones biológicas y sociales en la vida.

El menor se deshace de las vinculaciones infantiles para con los padres, educadores y amistades de niño y empieza a madurar para las vinculaciones permanentes, en su oficio, matrimonio y comunidad política. Psíquicamente se caracteriza el tiempo de la pubertad a través de una alta labilidad de la posición psíquica, el despertar de la conciencia (reflejo) del yo, el deseo de independencia y de importancia, el afán de vivir acontecimientos, la falta de reflexión en las acciones, y la manifestación del instinto sexual. El menor que en su interior se independiza, permanece socialmente, en lo exterior, dependiente en alto grado de la casa de sus padres, del lugar de aprendizaje, de la escuela. La perso-

alidad realmente independiente está todavía en desarrollo, la integración interior a la vida social todavía en ejecución.

Como la voluntad del joven (en oposición a la del niño), por regla general, ya está formada y afirmada hasta tal punto que puede conocer el valor o disvalor social de sus acciones y puede guiarse por ellos, en principio, debe responder de sus hechos penales ante la comunidad. Sin embargo, el contenido de culpabilidad de su hecho es menor que el de un adulto, por la situación social y psíquica especial del tiempo de la pubertad. Además, el menor necesita todavía de la educación y es capaz para ella. Por eso, las consecuencias jurídicas del hecho penal de un menor deben ser determinadas en alto grado por la idea de educación y su elección debe ser adaptada a su personalidad.

II. ALCANCE PERSONAL DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL PARA MENORES.

1. El derecho penal para menores rige para hechos cometidos por menores, vale decir, personas en la edad de 14 a 18 años (§ 1). También un menor de 12 a 14 años, capaz de culpa, está sujeto al derecho penal para menores, si la defensa social exige una retribución penal a causa de la gravedad del hecho (§ 3, inc. 2) (véase p. 165).

Si el autor ha cometido varios hechos, en parte antes y en parte después de cumplir los 18 años, se aplica exclusivamente el derecho penal para menores, si el hecho más grave fue cometido antes de cumplir los 18 años; a la inversa, exclusivamente el derecho penal general, si el hecho más grave fue cometido después de cumplir los 18 años (§ 15).

2. Sobre la base de las indicaciones generales para los jueces, nº 1, cifra 8, b, el tratamiento especial del menor delincuente grave se ha hecho inaplicable conforme al § 20. Significó una grave irrupción en el derecho

penal para menores, con el que se sometió a menores al derecho penal para adultos. El internamiento de menores criminalmente peligrosos gravemente degenerados, no ha sido aún objeto de una solución definitiva.

III. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LOS HECHOS PENALES DE LOS MENORES, SEGÚN EL RJGG.

El derecho penal para menores es “un derecho penal de autor” en un sentido subrayado. La retribución por el hecho (el tener que responder el menor de su hecho) debe ser adaptada al estado de juventud, y estar sujeta a la idea educativa; por eso se ha hecho con independencia del margen penal del derecho penal general (§ 5). Puede también pasar completamente a segundo plano, frente a la necesidad general de educación, ante todo en hechos insignificantes. Por eso la ley facilita al juez varios medios de índole muy distinta, educativos, disciplinarios y punitivos, de los que puede elegir el más adecuado para el caso individual.

1. *Los medios disciplinarios.* En el punto central del derecho penal para menores están los medios disciplinarios (§ 7); entre ellos, el más importante de todos, el arresto para menores.

Entran en cuestión medios disciplinarios para toda la gama de la criminalidad más leve de la época del desarrollo, ante todo, para los delitos típicos de la época de la pubertad: pillerías y travesuras debidas al exceso juvenil de energía o a desafíos, por hechos de intereses típicamente juveniles, por hechos del momento, también por aberraciones sexuales por curiosidad y cosas semejantes (véase PETERS, JGG-Kom., § 7,1).

Son medidas disciplinarias (§ 7):

a) Arresto para menores, como arresto continuado de por lo menos una semana, hasta el máximo de cuatro semanas, o como arresto del tiempo libre, tomado por

semana (por lo menos un período del tiempo libre de una semana, y como máximo de cuatro), o arresto corto, cuyo mínimo es de un día, y su máximo de 6 días (§ 8).

Sobre ello disponen las “directivas” referentes al § 8: el arresto para menores es el medio disciplinario apropiado en incumplimientos leves o medianos de menores de buen fondo, los que pueden todavía ser influidos con respecto a la educación, por un arresto aislado, duro y corto, que obliga a pensar en sí mismo y mediante la atención de parte del juez para menores. Menores gravemente peligrosos, o abandonados, no son objeto del arresto para menores. La aplicación sucesiva de arresto para menores no es imposible, pero debe ser examinada especialmente. Así puede tener sentido la sucesión de arresto en el tiempo libre y arresto continuado, pero difícilmente la aplicación de un arresto continuado poco después de expiar otro. Para incumplimientos muy insignificantes, no entra en juego el arresto para menores, sino, ante todo, un apercibimiento o la imposición de deberes especiales.

b) Imposición de deberes especiales (§ 9); p. ej.: reparación del daño, pedido de perdón, pena de multa (cuando se prescinde de la prosecución se puede dar también un trabajo) (§ 30).

Semejantes son las indicaciones que han de reglamentar la conducción de vida del menor (§ 12) (véase *infra*, punto 3).

Si el menor no cumple por su culpa los deberes, el juez puede aplicar arresto (§ 19).

c) Apercibimiento (§ 10).

Con respecto a los puntos *a*, *b*, *c*: las medidas disciplinarias no tienen el efecto jurídico de la pena; el autor no es “prontuariado”, no es inscrito en el Registro Penal y la medida no puede servir de fundamento para el caso de reincidencia (§ 7, inc. 3).

Sin embargo, se inscriben (también las medidas educativas) en un *fichero de educación del tribunal*, en cuanto no estén impuestas además de una pena.

M. *ilmente*, el arresto para menores es una pena (así, en forma convincente, LANGE, *Probleme*, ps. 55 y ss.).

2. *La prisión para menores*. Se aplica si las necesidades de protección y expiación de la comunidad exigen una pena, por la magnitud de la culpabilidad o por las tendencias dañinas manifestadas por el menor con motivo del hecho (§ 4, inc. 2).

La prisión para menores es la única pena de carácter criminal del RJGG. No se admite pena de multa ni de arresto, ni el desconocimiento de los derechos cívicos honoríficos, como tampoco la pérdida de la capacidad de ejercer una función pública ni la vigilancia policial (§ 16).

La prisión para menores está indicada o por la *gravedad* de la culpabilidad del hecho como tal, o porque la *personalidad del autor* revela características dañinas de carácter, las que solamente se pueden eliminar mediante la educación en la ejecución de la pena (§ 5, inc. 2; § 64). La condenación a prisión para menores puede ser de duración determinada o indeterminada.

a) El mínimo, *sin considerar los márgenes penales del derecho penal general*, es de tres meses; el máximo, de diez años. En la aplicación de la pena, el juez debe tomar en consideración especial, la función educadora de la pena de prisión para menores (§ 5, inc. 2).

El § 5 es una intervención grave en el principio de lo legalmente determinado por la pena. Prácticamente guiará al juez, también en el derecho penal para menores, la consideración de los márgenes penales del derecho penal para adultos; de otro modo, la homogeneidad del derecho penal correría un grave peligro. Actualmente, ya de por sí es decisivo al margen penal del § 9, JGG., de 1923.

b) El juez puede aplicar pena de prisión para menores, de duración *indeterminada*, cuando está fijado un mínimo de pena de 9 meses, y un máximo de cuatro años, y cuando no se puede prever, por las tendencias dañinas (criminales) manifestadas en el hecho, qué duración pe-

nal es necesaria para reintegrar al menor a la comunidad, mediante la educación por la ejecución de la pena (§ 6).

El juez fija en la sentencia el mínimo (al menos 9 meses); el máximo es, en principio, de 4 años; sin embargo, el juez puede reducirlo, pero debe mediar entre el mínimo y el máximo fijado un término de 2 años (§ 6, inc. 2).

Hechos del momento o de una situación única de conflicto, se excluyen de la condenación indeterminada, aun siendo de gravedad especial.

3. *Medidas educativas.* Las medidas educativas, o completan la pena y las medidas disciplinarias (§ 2, inc. 2), o se aplican independientemente, en caso de que pueda prescindirse de las segundas (§ 2, inc. 3); vale decir, especialmente cuando el contenido de la culpabilidad del hecho es insignificante frente a la necesidad general de la educación del autor.

Son medidas de educación la vigilancia de protección y la educación de previsión, cuyo presupuesto está dado en la ley de beneficencia para menores, del 9 de julio de 1922 (§ 13), y las indicaciones para la conducción de la vida de los menores.

A las indicaciones pertenecen la imposición de aceptar un puesto de aprendiz o de trabajo, de vivir en casa de una familia o en un hogar, o la prohibición de tener relaciones con determinadas personas o en determinados locales, de ingerir bebidas alcohólicas, de fumar y cosas semejantes.

A fin de que esté asegurada su ejecución, el juez debe aplicarlas solamente con el consentimiento de la asistencia del tribunal para menores que toma a su cargo la vigilancia (§ 12, inc. 2; § 67). Si el menor no cumple culpablemente las indicaciones, el juez puede aplicarle arresto para menores (§ 19).

4. *Internamiento en un establecimiento de cura y asistencia.* Es la única medida de seguridad del derecho penal para menores (§ 17). Aplicándola, se debe prescin-

dir de otra pena o medida disciplinaria, si legalmente puede prescindirse (§ 2, inc. 3).

5. *Combinación de penas y medidas; unidad de pena.*

a) Aparte de la prisión para menores, se admite imposición de deberes especiales, indicaciones y vigilancia de protección, pero no otras medidas disciplinarias o de educación de previsión. En cambio, pueden ser ordenadas conjuntamente medidas disciplinarias y medidas de educación, lo mismo que varias medidas disciplinarias y varias medidas de educación (§ 18).

b) En varios hechos penales de un menor se debe establecer siempre solamente una pena, un medio disciplinario o una medida educativa de la misma clase (§ 14), sin perjuicio de la combinación de varias penas y medidas de distinta clase, de acuerdo con el § 18. El límite máximo legal de la pena de prisión para menores y de arresto para menores no debe ser excedido (la llamada "unidad de pena"; véase p. 231).