

## Juristenzeitung

1963 y 1964

**KAUFMANN, Arthur:** «Bemerkungen zum Irrtum beim unechten Unterlassungsdelikt». (Observaciones sobre el error en el delito de comisión por omisión). *Juristenzeitung* 1963. Págs. 504-506.

El artículo es un comentario a una importante sentencia del Tribunal Supremo Federal de 29-v-1961 en la que se establece que el error sobre el deber de impedir el resultado constituye en los delitos de comisión por omisión un error sobre la prohibición y no uno sobre el tipo. Es error sobre el tipo, en cambio, el error sobre los presupuestos fácticos que fundamentan el deber de garantía. Ilustremos esto con un ejemplo: Si el profesor de natación ignora que el que se está ahogando es la persona con la que ha celebrado un contrato de servicios (circunstancia fáctica que fundamenta un deber de impedir el resultado) habrá error sobre el tipo. Si el profesor de natación, sabiendo que el que se ahoga es su discípulo, no interviene por creer que no está obligado a hacerlo (error sobre su deber de evitar el resultado), habrá un error sobre la prohibición. Consecuencias prácticas en Derecho alemán: El error sobre el tipo excluye la culpabilidad dolosa: el autor podrá ser castigado a lo sumo —si su error no fue inexcusable y si el ordenamiento positivo castiga también, excepcionalmente, la forma culpable de realización del delito— por delito imprudente. El error sobre la prohibición no excluye la culpabilidad dolosa; si el error no fue invencible, al autor se le aplicará la pena del delito doloso, atenuada en determinadas circunstancias, en base al párrafo II del § 51 StGB. La doctrina defendida en esta sentencia está fundamentada, evidentemente, en la teoría de los caracteres negativos del tipo; como Arthur Kaufman ha sido siempre partidario de ella, no puede extrañar que acoja calurosamente la decisión jurisprudencial.

**LACKNER, Karl:** «Der Allgemeine Teil des künftigen Strafgesetzbuches in der Auseinandersetzung. Ein kritischer Beitrag zum Gegenwurf Baumann». (La Parte General del futuro Código Penal objeto de polémica. Una contribución crítica al Contraproyecto Baumann). *Juristenzeitung* 1963. Págs. 617-624.

El artículo se ocupa del Contraproyecto publicado por el profesor Jürgen Baumann como alternativa a la Parte General del Proyecto alemán del Código penal de 1962. Lackner comienza citando una frase de Eberhard Schmidt, en la que se resume la opinión de este penalista sobre el Contraproyecto Baumann: «no sólo no puede ser considerado como ayuda para alcanzar el fin de la reforma, sino que ha de ser estimado, por su carácter político-criminal retrógrado y por su insatisfactorio contenido jurídico, un obstáculo.» La crítica de Lackner al Contraproyecto Baumann, si bien no es tan feroz en la forma, si lo es en el fondo. Recogemos algunos de sus puntos.

La disposición del Contraproyecto que suprime la obligación de trabajo

en las prisiones, no representa, en opinión del articulista, ninguna nueva idea político-criminal y está en contradicción con las experiencias, no sólo alemanas, sino del mundo entero, en el campo de la ejecución de las penas.

El articulista califica de «utópica» la pretensión del Contraproyecto de sustituir la condena y la libertad condicionales, así como las penas cortas de privación de libertad, por la multa.

Para alcanzar una mayor seguridad jurídica y reducir el campo de libre arbitrio del juez, el Contraproyecto Baumann dispone que la tentativa y la complicidad se castiguen con una pena que sea la mitad de la «pena normal», y que al delincuente reincidente se le imponga una pena doble a la normal. Con ello, escribe Lackner, no se alcanza la mayor seguridad jurídica que Baumann persigue, pues, para averiguar cuál sería la pena normal, el juez tendría que determinar antes, en base a consideraciones hipotéticas, qué pena le hubiera correspondido al cómplice si en vez de cómplice hubiera sido autor, o cómo habría sido el hecho si la acción no hubiera quedado detenida en el estadio de la tentativa. Por otra parte, prosigue Lackner, no es justo que la pena por tentativa de delito sea siempre la mitad del castigo normal: no es lo mismo que el asesinato no tenga lugar porque la víctima elegida no pasa por el sitio donde le acecha el delincuente que no que la muerte no se produzca porque la bala pasó a pocos milímetros de la cabeza de la persona a quien se quería asesinar. En base a parecidas consideraciones —el no tener en cuenta las circunstancias del caso concreto—, Lackner rechaza que al delincuente reincidente se le haya de imponer siempre una pena que represente el doble de la normal.

Para que no todo sea negativo, el autor concluye dando las gracias a Baumann por su Contraproyecto, ya que ha tenido el efecto de iniciar el debate público sobre el Proyecto oficial.

**GEILEN, Gerd:** «*Strafrechtliches Verschulden im Zivilrecht?*» (¿Culpabilidad jurídico-penal en el Derecho civil?). *Juristenzeitung* 1964. Páginas 6-13.

Mientras que en Derecho penal es necesario tener en cuenta al individuo concreto para pronunciar el juicio de culpabilidad, en Derecho civil es doctrina científica unánime que para decidir sobre la culpabilidad basta acudir a criterios objetivos: al agente no le disculpan, opinan los autores en manuales y comentarios, circunstancias meramente personales como dotes, conocimientos y experiencias insuficientes o de defectos físicos. Lange habla, por ello, de una «responsabilidad civil por el resultado para aquellas personas cuyo nivel no alcanza el del hombre normal». El articulista acude a Stoll-Felgentraeger para ilustrar esta diferencia entre la culpabilidad civil y penal con un ejemplo. Si un ciclista, al que le falta una pierna, ocasiona un accidente porque le falla el freno de mano y no puede detener la bicicleta con su pierna artificial, responderá por los perjuicios causados, pues, medido con el criterio del hombre normal, es decir, del que no tiene ninguna pierna artificial, ha habido negligencia. En Derecho penal habrá que acudir, en cambio, para determinar la responsabilidad del autor, al origen del

comportamiento, examinando si el ciclista no lesionaba un deber de diligencia ya circulando a pesar de tener una pierna artificial, o si, por lo menos, no debería haber instalado un segundo freno de mano.

Sin embargo, y a pesar de la unánime doctrina mantenida por los autores, los Tribunales civiles vienen siguiendo el mismo criterio que los penales para determinar la responsabilidad en los casos en que un defecto físico condiciona un accidente de la circulación —casos muy frecuentes en Alemania, indica el articulista, debido al gran número de mutilados de guerra—. Según la doctrina científica dominante bastaría que a un conductor miope se le cayesen las gafas originando un accidente para hacerle responsable civilmente por el perjuicio causado, pues la culpabilidad civil se determina en base al hombre normal prescindiendo de las peculiaridades del sujeto; sin embargo, en este caso al Tribunal Supremo alemán no le pareció suficiente este dato, sino que acudió, para fundamentar la obligación de indemnizar del conductor miope, a que el motivo de que se le cayesen las gafas fue que la patilla estaba dañada. Del mismo modo, el ciego que provoca un accidente sin percibir que se aproxima un automóvil, responde civilmente sólo si se prueba que descuidó ponerse un brazalete amarillo para indicar a los conductores su ceguera. No basta tampoco, opina la Sala de lo civil del Supremo alemán, demostrar que el ciclista no oyó el «claxon» por ser sordo: se le hace responder sólo porque se consideró que debería haber instalado un espejo retrovisor. Ante este paralelismo que existe entre la Jurisprudencia civil y la penal, Geilen niega terminantemente que se pueda hablar en el campo de la responsabilidad civil de una responsabilidad por el resultado del sujeto que no alcanza el nivel del hombre normal.

**VON WEBER, Hellmuth:** «Zum Begriff des Staatsgeheimnisses». (Sobre el concepto del secreto de Estado). *Juristenzeitung*, 1964. Págs. 127-129

En este breve artículo, y por lo que se refiere a las materias que pueden constituir un secreto de Estado, von Weber llama la atención sobre la interpretación restrictiva que hace la Jurisprudencia alemana del concepto de secreto de Estado, los Tribunales penales alemanes entienden que sólo pueden ser secreto de Estado secretos militares o políticos. Tales secretos pueden consistir, por supuesto, en conocimientos o hechos científicos o económicos: para que haya traición no basta, sin embargo, la revelación de un secreto que daña a la economía, la ciencia o la industria y que sólo «indirectamente», mediante un rodeo, afecta al bien de la República Federal de Alemania.

El profesor de Bonn concluye su artículo con unas interesantes observaciones sobre el error. Si el autor comunica a un Gobierno extranjero hechos que aquél, debido a una falsa valoración de dichos hechos, considera que constituyen un secreto de Estado, pero que en realidad no lo son, el comportamiento no es punible: hay sólo un delito putativo, pues el autor ha partido de una idea correcta de las circunstancias que pertenecen al tipo, es decir, de la significación científica de lo que ha revelado; lo que pasa es que, equivocadamente, las ha valorado como secreto de Estado, creyendo, por ello, que su comportamiento, en realidad impune, constituía delito. En el