

REVISTA DE REVISTAS

ALEMANIA

Neue juristische wochenschrift

OEHLEH, Dietrich: «Neue strafrechtliche Probleme des Absichtsbegriffes» (Nuevos problemas juridicopenales del concepto de intención), en *Neue Juristische Wochenschrift* 1966, páginas 1633-1639.

La intención es una clase del dolo directo. Con dolo directo se actúa respecto del resultado directamente perseguido (el delincuente dispara contra otro para matarlo) y también respecto a aquellas otras consecuencias que, sin ser inmediatamente perseguidas, acompañan necesariamente al resultado que se desea alcanzar (el delincuente persigue la explosión del barco para cobrar el seguro, pero sabe que a ello va vinculado inevitablemente la consecuencia de las muertes de tripulantes y pasajeros). En el primer caso hablamos de dolo directo de primer grado o de intención; en el segundo caso, de dolo directo de segundo grado.

Oehler afirma que en ningún tipo del Código Penal alemán se castiga sólo la producción intencionada del resultado. Si la intención cumple el tipo entonces lo cumple también, *siempre*, el dolo directo de segundo grado.

Pero no por ello es inútil el concepto jurídico-penal de intención. Su relevancia se pone de manifiesto en la delimitación entre dolo eventual y culpa consciente. Si existe intención, la acción será siempre dolosa, aunque la producción del resultado aparezca sólo como lejanamente posible; ejemplo: si desde una gran distancia el delincuente dispara *para* matar a la víctima y consigue alcanzarla, el homicidio será siempre doloso. En cambio, cuando no se ha tenido intención inmediata de causar el resultado, y aunque la producción de éste apareciese como posible, es preciso, para que se dé el homicidio doloso, que concurran los presupuestos del dolo eventual.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Tomo 76, 1964, fasc. 4.º

KAUFMANN, Arthur: «Die Irrtumsregelung in Strafgesetzentwurf 1962 (La regulación del error en el Proyecto de Código Penal de 1962).

Se trata del texto, ligeramente modificado, de la ponencia mantenida por el autor en la Reunión de profesores alemanes de Derecho Penal celebrada en Hamburgo en mayo de 1964.

Arthur Kaufmann considera que, tanto por razones de índole dogmática como de política criminal, es aconsejable una reducción de las disposiciones referentes al error en el Proyecto de 1962. En la dogmática, la discusión en torno a los problemas del error se encuentra en un punto muerto

y las divergencias de opinión tienen su raíz, además, en otras, referentes a los elementos fundamentales del delito (acción, injusto, culpabilidad). El legislador debe limitarse, por tanto, a recoger en las disposiciones legales aquello que esté científicamente asegurado. De este modo no se entorpecerá la evolución de la doctrina del error en el futuro. Desde el punto de vista político-criminal, el criterio rector no debe ser el de evitar que se produzcan lagunas en la punición (criterio al que se aludió con frecuencia en las discusiones de la Gran Comisión y que se recoge en la Fundamentación del Proyecto), sino al contrario, como dice H. Mayer, "contener la actual inflación del Derecho Penal", teniendo siempre presente el carácter fragmentario del mismo.

El Proyecto parte acertadamente, dice Arthur Kaufmann, de la distinción de error sobre el tipo y error de prohibición. Del mismo modo que se puede distinguir el tipo y la antijuricidad, se puede diferenciar el error sobre el tipo y el error de prohibición. Las objeciones que se han formulado a la posibilidad de distinguir el error sobre el tipo y el error de prohibición se basan, según Arthur Kaufmann, en una defectuosa comprensión del error de prohibición. Este es el error sobre la antijuricidad formal de la conducta, es decir, sobre la oposición de la misma a las normas jurídicas. No es el error sobre lo injusto material del hecho.

Arthur Kaufmann declara su conformidad con el artículo 19 del Proyecto, según el cual el error sobre los elementos (descriptivos y normativos) del tipo excluye el dolo. En este punto están de acuerdo hoy casi todos los autores.

Según el artículo 21 del Proyecto, el error de prohibición no excluye el dolo. Si es invencible excluye la culpabilidad y la pena y si es vencible, culpable, *puede* dar lugar a una atenuación de la pena. Esta regulación del error de prohibición es contraria a la teoría del dolo (con arreglo a la cual la conciencia de la antijuricidad es un elemento del dolo) y sigue la pauta de la teoría de la culpabilidad. Arthur Kaufmann considera acertada la desviación de la teoría del dolo (seguida aún por Schroder y recogida en el Proyecto de Código Penal de Baumann). A ella se oponen argumentos de mucha fuerza. No obstante, dice Arthur Kaufmann, en la teoría del dolo hay un núcleo de verdad: la afirmación de que el dolo no puede ser mero "dolo natural", voluntad final, sino que tiene que comprender el conocimiento de la significación de los hechos. Si el autor no conoce esta significación falta el impulso que puede moverle a comportarse conforme a Derecho. Ahora bien, dice Arthur Kaufmann, este conocimiento de la significación del hecho no precisa ser la conciencia de la antijuricidad; es decir, de la oposición de la conducta a las normas jurídicas. Basta el conocimiento de la significación material, de lo injusto material de la conducta. En el ámbito del Derecho Penal criminal, lo injusto es injusto, no porque esté prohibido, sino que está prohibido porque es injusto (Platón). No es necesario, pues, para el dolo que el autor conozca la prohibición, basta con que conozca el fundamento de la misma, lo injusto material. La teoría de la culpabilidad tiene razón, pues, al considerar que la conciencia de la antijuricidad no es un elemento del dolo. Arthur Kaufmann no advierte, sin

embargo, que es precisamente por existir este injusto material por lo que se puede reducir el dolo al "dolo natural" (como hacen Welzel, Maurach y otros finalistas). Del conocimiento de los elementos objetivos del tipo se derivará ya el impulso para comportarse conforme a Derecho, porque este conocimiento implica, generalmente, la comprensión o incita, al menos, a la reflexión sobre el desvalor ético-social o material de la conducta.

Arthur Kaufmann se muestra conforme con la atenuación de la pena, en caso de error de prohibición culpable, sea meramente facultativa (Warda ve en ello una infracción del principio de culpabilidad y de la Constitución). Rechaza los criterios formulados por diversos autores (Gallas, Welzel) para determinar cuándo es culpable el error. Según él, el error es culpable siempre que el autor actuara dolosamente; es decir, tuviera conocimiento de lo injusto material de la conducta. Lang-Hinrichsen ha objetado a Arthur Kaufmann que este criterio implicaría un retroceso más allá de la teoría de la culpabilidad, pues desemboca en el principio error *iuris nocet*. Arthur Kaufmann no consigue rebatir esta objeción. Es verdad que con arreglo a su criterio se exige siempre para el dolo la conciencia de lo injusto material, la cual puede faltar, en algún caso, con arreglo a la teoría de la culpabilidad. Es cierto, sin embargo, que el error de prohibición pierde toda relevancia en la tesis de Arthur Kaufmann y se desemboca en el principio de error *iuris nocet*. El error de prohibición es ya culpable por darse el dolo, es decir, el conocimiento de lo injusto material, y el error de prohibición culpable puede no dar lugar a una atenuación de la pena (meramente facultativa).

Es cierto, dice Arthur Kaufmann, que existen tipos en que no se expresa completamente lo injusto material (delitos de peligro abstracto), o en que este injusto material es discutido (embriaguez, inseminación, esterilización, aborto por indicación ética, homosexualidad simple). En estos casos la existencia del dolo no excluye la posibilidad de un error de prohibición disculpable; porque el conocimiento de los elementos del tipo no implica aquí necesariamente la conciencia de lo injusto material. Mientras existan tipos de este clase será necesaria una disposición sobre el error de prohibición disculpable. Por esta razón, el problema principal de *lege ferenda* en materia de error de prohibición, no es el de crear una disposición especial sobre esta clase de error, sino la redacción correcta de los tipos. El ámbito de la punibilidad debe reducirse a aquellas acciones cuyo desvalor ético-social sea admitido o sea, al menos, comprensible por todos los ciudadanos.

Arthur Kaufmann pide la supresión del artículo 20, donde se regula el error sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación. Según dicho precepto, cuando medie este error no se aplicará la pena del delito doloso, y si el error era reprochable la conducta será castigada a título de culpa. No dice, por tanto, el Proyecto que el error sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación excluya el dolo y que si el error era vencible concurra realmente culpa. La interpretación de este precepto y su encaje sistemático quedan confiados, según la Fundamentación del Proyecto, a la doctrina y a la jurisprudencia. Esta

tarea es irrealizable, según Arthur Kaufmann. La regulación del artículo 20 no responde a la doctrina de los elementos negativos del tipo, pues para ella dicho precepto es superfluo, por tratarse de un caso de error sobre el tipo. El artículo 20 resulta también inadmisibile para la teoría estricta de la culpabilidad. Para ella, en estos casos se da un error de prohibición, comprendido en el artículo 21. Si el error de prohibición no excluye el dolo (art. 21) no se comprende por qué en estos casos queda excluida la pena del delito doloso y se ha de castigar a título de culpa. En realidad parece que se ha querido reconocer una *tercera* clase de error a la que se aplican por *analogía* las consecuencias jurídicas del error sobre el tipo. No es posible encontrar, sin embargo, un encaje sistemático a esta tercera clase de error, pues si se admite se resquebrajaría el sistema tradicional del delito: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

La regulación del artículo 20 implica, pues, una contradicción sistemática, y esta contradicción es, además, innecesaria. Incluso los autores que se inclinan a reconocer una tercera clase de error (por ejemplo, Dreher) pueden renunciar al artículo 20, pues éste no hace sino recoger el criterio que ha mantenido, en general, la jurisprudencia en todas las causas de justificación.

Si la conservación del artículo 20 podría ser aún discutida, dice Arthur Kaufmann, el párrafo 2.º del artículo 39 es completamente inadmisibile. En él se establece una excepción al artículo 20 para el error sobre las circunstancias que sirven de base al estado de necesidad como causa de justificación. En este caso se deben aplicar las reglas del error de prohibición; es decir, si el error era culpable se debe aplicar la pena (atenuada) del delito doloso. No cabe argüir, dice Arthur Kaufmann, que el Proyecto no se pronuncia en realidad sobre la existencia real de dolo o culpa; o se presume la culpa en el artículo 20 o el dolo en el párrafo 2.º del artículo 39. Si los redactores del Proyecto aducen, en relación con el artículo 20, que consideran injusta la aplicación de la pena del delito doloso, ésta debe serlo también en los casos de error sobre los presupuestos del estado de necesidad como causa de justificación, del párrafo 2.º del artículo 39. Si se estudia el origen de este precepto, dice Arthur Kaufmann, se advierte en seguida que obedece al deseo de que el error de estado de necesidad, como causa de justificación, no dé lugar a la impunidad cuando no exista una figura correspondiente de delito culposo. El error puede ser tan reprochable, dice la Fundamentación, que la impunidad de la conducta sea contraria al sentimiento jurídico. Arthur Kaufmann estima, sin embargo, que no existe una necesidad de castigar estas conductas desde el punto de vista político-criminal (del mismo criterio, Mezger, Gallas y Lange). Esto me parece, sin embargo, discutible. Arthur Kaufmann rechaza, incluso, la propuesta de Engisch de crear una disposición especial sobre la culpa en el estado de necesidad.

Arthur Kaufmann cree, en cambio, que es necesaria, desde el punto de vista político-criminal, la punición del error culpable sobre la concurrencia de los presupuestos del aborto por indicación médica. Se muestra conforme, por ello, con el artículo 158 del Proyecto, aunque cree que debe trans-

formarse en una auténtica figura del delito culposo (Arthur Kaufmann es uno de los representantes más caracterizados de la doctrina de los elementos negativos del tipo, y en este artículo reproduce o amplía, de pasada, algunos de los argumentos en su favor), restringirse la punición a la culpa grave (*Leichtfertigkeit*) y quedar impune la tentativa, pues no existe la tentativa en los delitos culposos.

Deben suprimirse, según Arthur Kaufmann, las figuras delictivas del párrafo 3.º del artículo 159 y del párrafo 4.º del artículo 162, en que se castiga la interrupción arbitraria del embarazo y el tratamiento médico arbitrario cuando medie un error culpable sobre el consentimiento presunto. La punición de estas conductas no es necesaria. Por lo menos debe reducirse a la culpa grave y disminuirse la pena.

La disposición contenida en el artículo 20 del Proyecto (y las disposiciones semejantes del párrafo 2.º del artículo 40 y del párrafo 2.º del artículo 167) referente al error sobre causas de exclusión de la culpabilidad es criticada severamente por Arthur Kaufmann. De acuerdo con esta disposición, debe quedar excluida la pena del delito doloso, y si el error es culpable debe aplicarse la del delito culposo. En la doctrina existe acuerdo, sin embargo, en que el error sobre las causas de exclusión de la culpabilidad no excluye el dolo ¿Cómo puede establecer el legislador arbitrariamente que se aplique la pena del delito culposo? Estos preceptos deben ser suprimidos y la solución del problema debe ser confiada a la doctrina y a la jurisprudencia. En todo caso, para el estado de necesidad como causa de inculpabilidad podría adoptarse, en lugar del actual párrafo 2.º del artículo 40, la fórmula propuesta por Eb. Schmidt: "El autor queda también exento de responsabilidad, cuando haya creído de un modo disculpable en la existencia de un peligro en el sentido del párrafo 1.º".

Por último, Arthur Kaufmann, cree que deberían suprimirse los preceptos del párrafo 3.º del artículo 291, párrafo 3.º del artículo 297, párrafo 5.º del artículo 419 y párrafo 4.º del artículo 427, referentes al error sobre la juridicidad de los mandatos u actos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. De acuerdo con estos preceptos, si el error es culpable debe atenuarse la pena y si no es culpable, *puede* dejar de aplicarse la pena. Arthur Kaufmann insiste, con razón, en que esta regulación es contraria al principio de culpabilidad (véase, sobre esto, mi trabajo "Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia", de próxima publicación en la Revista de Estudios Penitenciarios), y no es apta tampoco para poner coto al criterio de la jurisprudencia, que considera este error irrelevante, por estimar que la juridicidad del acto del funcionario es una condición objetiva de punibilidad.

ROXIN, Claus: «Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962» (El tratamiento del error en el Proyecto de 1962).

Este artículo es el texto de la ponencia mantenida por el autor en la Reunión de profesores alemanes de Derecho Penal en Hamburgo, en mayo de 1964.

Todos los preceptos del Proyecto referentes al error parten de la falsa premisa, según Roxin, de que son dos problemas distintos el de determinar si una acción es dolosa o culposa y el de si debe ser castigada con la pena del delito doloso o del culposo. El legislador no se ocupa del primer problema por estimar que es meramente teórico. Toda la regulación, se dice en la Fundamentación, no se basa en consideraciones teóricas, sino que representa únicamente un conjunto de reglas de aplicación del Derecho. Este punto de partida es falso, dice Roxin, pues ni los conceptos del dolo y la culpa están previamente dados, de tal forma que no hubiera que adoptar ya ninguna decisión sobre los mismos, ni el legislador puede establecer las consecuencias jurídicas con plena libertad, con independencia de que la conducta sea realmente dolosa o culposa. El legislador se ha substraído a una decisión posible y necesaria y en cambio ha rebasado los límites de su competencia.

La escisión de los conceptos del dolo y la culpa de las correspondientes consecuencias jurídicas es contraria a la claridad de la ley, desconoce la significación de la dogmática jurídico-penal para la legislación e implica el peligro de que el legislador, al adoptar las decisiones valorativas, pierda toda base científica y quede abandonado a su suerte, cayendo en un casuismo ecléctico que no resista a la crítica. Le impide, además, al legislador, plantearse el problema de los límites de su libertad en la determinación de las consecuencias jurídicas.

La primera tesis que hay que establecer es, pues, según Roxin, la de que sólo debe ser castigado con la pena del delito doloso el que haya realizado una conducta dolosa. Lo mismo cabe decir de la pena del delito culposo. En las disposiciones particulares del Proyecto, el sí y el cómo de la punición deben depender de que la conducta sea dolosa o culposa. Sólo entonces se plantea el problema de determinar en qué está vinculado el legislador al regular la relación del error, el dolo y la culpa.

La segunda tesis que establece Roxin, es la de que una regulación legal sólo puede ser correcta si equipara en las consecuencias jurídicas aquello que es igual de acuerdo con el sistema valorativo que le sirve de fundamento. El Proyecto da un tratamiento distinto a los diversos casos de error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación (si el error es vencible se aplica, según el artículo 20—precepto general—, la pena del delito culposo; según el párrafo 2.º del artículo 39, en el estado de necesidad, la pena del delito doloso atenuada, y, por último, según el artículo 158, en el aborto por indicación médica, la pena de la culpa, siendo así que éste es uno de los casos más importantes de aplicación del estado de necesidad), sin que existan razones para ello, derivadas, por ejemplo, de la distinta situación en que pudiera encontrarse el autor. En la Fundamentación del Proyecto no se aduce ningún argumento o se trata de argumentos fácilmente rebatibles. Lo mismo cabe decir del distinto tratamiento de los casos de error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de exclusión de la culpabilidad.

Con esto sólo se ha expresado, dice Roxin, la vinculación mínima del legislador: la ausencia de contradicciones en el manejo de los principios

valorativos. Para formular un juicio acerca del *contenido* de la regulación correcta es preciso establecer una tercera tesis: una regulación legal es incorrecta si no se extiende adecuadamente al sector de la realidad que quiere abarcar; es decir, si la norma concreta y el ámbito de su aplicación no están ya cubiertos por los fines de la regulación legal. En el problema que nos ocupa esto significa que, por encima de toda posibilidad de construcción doctrinal, no hay que olvidar nunca la cuestión de si la conducta aparece realmente punible desde el punto de vista de los fines de la pena, de la expiación, la corrección y la intimidación.

Roxin se ocupa en primer lugar de los casos de error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación, y dentro de ellos, empieza su estudio por el error sobre el estado de necesidad, que es el que recibe un trato más riguroso en el Proyecto (párrafo 2.º del art. 39, error vencible, pena del delito doloso atenuada). Roxin aduce una serie de argumentos en favor de la impunidad del estado de necesidad putativo. Se trata de situaciones excepcionales que excluyen toda exigencia de pena desde el punto de vista de la prevención general (esto me parece discutible; el mismo autor puede que no se encuentre más en una situación de estado de necesidad, pero otras personas pueden encontrarse en situaciones semejantes): dada la rapidez con que ha de obrar el sujeto, el error parece disculpable; la intención del sujeto va dirigida a la conservación de valores jurídicos, lo cual reduce la culpabilidad a un mínimo y hace superfluo un tratamiento de prevención especial (esto último puede ser cierto, pero no es correcto decir, como Roxin, que en estos casos concurre culpa—la lesión del bien jurídico es consciente y voluntaria—y que la culpa es aquí más grave que en los casos corrientes—en que la lesión del bien jurídico no es voluntaria—. La conciencia y voluntad de lesionar un bien jurídico debe incitar al autor a cerciorarse de que concurren realmente las circunstancias que sirven de base a la causa de justificación y hace más reprochable el error); y por último, queda excluida del precepto la destrucción de la vida humana (cuyo valor es imponderable) así como las lesiones corporales graves y los casos restantes no se pueden comparar con el término medio de la criminalidad. Roxin cree que debe ser suprimido el párrafo 2.º del artículo 39, puesto que no es necesario ni desde el punto de vista ético ni criminológico. No obstante, Roxin se muestra partidario de castigar algunos casos, pero incluyéndolos en el artículo 20 (que establece la pena del delito culposo). Se trata de los casos que pueden presentarse en el tráfico de vehículos de motor. La gravedad de las consecuencias y la repetición típica de los mismos hacen necesaria la pena.

Roxin se muestra conforme, en el resultado, con el artículo 20, que excluye la aplicación de la pena del delito doloso y permite la aplicación de la pena del delito culposo en caso de error vencible sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación. Roxin cree que el precepto es superfluo, pues se trata de un caso de error sobre elementos (negativos) del tipo, comprendido en el artículo 19, pero cree debe ser mantenido (a diferencia de Arthur Kaufmann) para evitar que continúe la actual corriente jurisprudencial que trata de un modo diverso el caso del error

sobre el estado de necesidad (diversidad de criterios que reflejan los artículos 20 y 39, párrafo 2.º, del Proyecto). Debe suprimirse, no obstante, la distinción entre dolo y culpa y pena del delito doloso y culposo. Se debe indicar claramente que el dolo queda excluido y queda abierta la posibilidad del castigo a título de culpa.

El párrafo 1.º del artículo 158 debe ser conservado, según Roxin. El error sobre la concurrencia de los presupuestos del estado de necesidad en el aborto por indicación médica no debe dar lugar a la impunidad cuando sea vencible. Este supuesto de estado de necesidad putativo es merecedor de pena. Se trata de un caso frecuente, en que el error es más fácil y más reprobable y en que se ve amenazado un bien jurídico de gran valor, no existiendo, por otra parte, una figura de aborto culposo (que es innecesaria, según Roxin, pues los únicos casos merecedores de pena son los comprendidos en el estado de necesidad). El precepto ha de transformarse, sin embargo, en una auténtica figura del delito culposo, y debe suprimirse la pena de la tentativa (párrafo 2.º del artículo 158).

Por último, Roxin cree que deben suprimirse los preceptos del párrafo 3.º del artículo 159 y del párrafo 4.º del artículo 162, referentes a la suposición errónea del consentimiento del paciente en el aborto por indicación médica y el tratamiento médico, en general. La aplicación de una pena no es, en estos casos, necesaria. Podría ser, incluso, contraproducente al cohibir al médico y disminuir su capacidad para adoptar una rápida decisión.

En cuanto al error de prohibición, Roxin censura el artículo 21 del Proyecto por establecer una atenuación meramente facultativa de la pena en caso de error vencible. Ahora bien, Roxin, de acuerdo también con Lange y Warda, cree que deben excluirse de la atenuación obligatoria los casos de enemistad al Derecho. Las objeciones que se han opuesto a este concepto, formulado dentro del marco de la teoría del dolo (implica una ficción de dolo o una aplicación de la pena del delito doloso sin concurrir el dolo) carecen de fuerza, según Roxin, cuando aparece vinculado a la teoría de la culpabilidad. El dolo existe en todo caso y se establece sólo una graduación en la medida de la culpabilidad. No obstante, creo que este concepto es inadmisibles por su imprecisión y por el peligro de abusos que encierra, especialmente en regímenes autoritarios. El Proyecto ha evitado su utilización, pero al exigir que el sujeto actúe en la creencia (positiva) errónea de que su conducta es lícita, excluye de la atenuación facultativa a los que no han reflexionado ni por un momento sobre la juridicidad o antijuridicidad de su conducta. Con ello se excluye, sin embargo, como señala acertadamente Roxin, no sólo a los "enemigos del Derecho", sino también a otras personas, cuya falta de reflexión no se debe a indiferencia frente al ordenamiento jurídico.

Roxin se ocupa, a continuación, del error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de inculpabilidad. Expone las tres soluciones propuestas por la doctrina: el fundamento del estado de necesidad, como causa de exclusión de la culpabilidad, es la situación anímica de coacción psíquica del autor y, por tanto, la eximente se aplica aunque la situación de necesidad sea meramente putativa (Lange); deben aplicarse por analogía las reglas del error sobre el tipo, y, por tanto, si el error es vencible-

la pena del delito culposo (Schönke-Schröder, Baumann); deben aplicarse las reglas del error de prohibición (Maurach, Welzel y Mezger-Blei). Roxin cree que para llegar a una solución correcta es preciso distinguir dos tipos de casos. En primer lugar, cuando el sujeto, que supone erróneamente la presencia de un peligro actual, tiene aún ocasión de comprobar si sus temores son o no infundados. Aquí no es necesaria una disposición sobre el error, porque el estado de necesidad queda ya excluido por consideraciones de tipo general. Si el autor no tiene tiempo de comprobar la realidad del peligro actual, pero su error era de todos modos vencible (cita el ejemplo de una visión defectuosa, fácilmente evitable), debe aplicarse, según Roxin, la pena de delito culposo. Roxin trata de salvar la contradicción que ello implica, al actuar el sujeto dolosamente, no sólo con dolo de hecho, sino incluso con conciencia de la antijuricidad, diciendo que esta conducta debe quedar exculpada por el estado de necesidad y el error inicial vencible, que no está amparado por el estado de necesidad, sirve de base a una imputación a título de culpa. Esta solución implica, según él, una variante de la doctrina de la *actio libera in causa*. A mi juicio, esta escisión es artificiosa; al ser culpable el error inicial; es decir, la suposición errónea del estado de necesidad, debe quedar excluida la aplicación de la eximente a la conducta *dolosa* ulterior. Me parece más correcta la aplicación por analogía de las reglas del error de prohibición. Roxin cree que deben suprimirse, por superfluas, las disposiciones del Proyecto referentes al error sobre los presupuestos de las causas de exclusión de la culpabilidad.

Por último, Roxin propone la supresión del párrafo 5.º del artículo 419 del Proyecto, referente al error sobre la juridicidad del acto del funcionario, en el delito de resistencia y otros preceptos similares, por estimar que son incompatibles con el principio de culpabilidad e innecesarios desde el punto de vista político-criminal. Es cierto que el sujeto no puede oponerse por la fuerza a todo acto antijurídico del funcionario. Generalmente tendrá un deber de acatamiento y de acudir a otro procedimiento para evitar la lesión del bien jurídico (Roxin no nos dice cuando se dará este deber de acatamiento). Ahora bien, si el acto del funcionario es antijurídico y el sujeto no tiene el deber de acatarlo, podrá ejercer la legítima defensa. Cuando el autor yerre sobre la posibilidad de ejercer la legítima defensa, nos encontraremos ante un error sobre el tipo (circunstancias que sirven de base a las causas de justificación) o un error de prohibición.

WELZEL, Hans: «Diskussionsbemerkungen zum Thema «Die Irrtumsregelung im Entwurf» (Observaciones en la discusión sobre el tema «La regulación del error en el Proyecto»).

Welzel recoge en este artículo sus observaciones en la discusión en torno a la regulación del error en el Proyecto de 1962, que tuvo lugar en la reunión de profesores alemanes de Derecho Penal celebrada en Hamburgo en 1964.

Se congratula Welzel de que ninguno de los dos ponentes (Arthur Kaufmann y Roxin) haya censurado el artículo 21 del Proyecto, donde se regula el error de prohibición en el sentido de la teoría de la culpabilidad. Welzel reproduce, en forma resumida, sus conocidas objeciones a la teoría del dolo, estricta y restringida. Dentro del marco del artículo 21, Welzel no se opone a una diferenciación de los casos de error de prohibición vencible, tal como ha sido propuesta por Warda y Roxin, de modo que se aplique en general una atenuación *obligatoria* de la pena y se reduzca a algunos casos la atenuación *facultativa* (prevista en el art. 21 con carácter general). Cree, no obstante, en contra de Warda y Roxin, que el criterio de esta diferenciación no debe ser el de enemistad al Derecho. Este criterio es sumamente impreciso. No cree tampoco que la atenuación facultativa suponga una infracción del principio de culpabilidad y de la Constitución, pues lo mismo habría que decir de la atenuación facultativa de la pena en la tentativa. Está de acuerdo, en cambio, con Arthur Kaufmann y Roxin cuando (siguiendo a Armin Kaufmann) censuran la redacción del artículo 21 por exigir que se dé en el autor la creencia (positiva) errónea de que su conducta era lícita.

Welzel se muestra de acuerdo con Arthur Kaufmann en reducir la regualción del error en el Proyecto, al error sobre el tipo (art. 19) y el error de prohibición (art. 21), suprimiendo el artículo 20 (error sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación), el párrafo 2.º del artículo 39 (referente al error sobre los presupuestos fácticos del estado de necesidad, como causa de justificación) y el párrafo 2.º del artículo 40 (referente al error sobre el estado de necesidad como causa de inculpabilidad). Ahora bien, estos dos últimos preceptos deben ser suprimidos al mismo tiempo que el artículo 20, pues de lo contrario; es decir, si se conservase este último, se producirían graves lagunas en la punibilidad.

Welzel está de acuerdo con Roxin en que sólo debe aplicarse la pena del delito doloso al que ha actuado dolosamente, y la pena del delito culposo cuando concurra realmente la culpa. Lo difícil, sin embargo, es ponerse de acuerdo acerca de lo que sea una conducta dolosa y culposa. Welzel censura la doctrina de los elementos negativos del tipo, en la que ve un rebrote de aquella concepción totalitaria del delito, formulada principalmente por Dahm y que se oponía "a la descomposición de las conexiones internas y la unidad del delito en diversos elementos". Para nosotros, dice Welzel, el sentido social del aborto por indicación médica es también más complejo que el del aborto simple. Lo descomponemos en el tipo y la causa de justificación, pero no por ello queda reducido el tipo a una descripción descolorida de un proceso científico-natural. En realidad sucede lo contrario. En el tipo se recoge el sentido social de las prácticas abortivas. En el aborto por indicación médica este sentido social se ve interferido y superado por el sentido social de la conducta dirigida a la salvación de la madre.

Welzel considera que la doctrina de los elementos negativos del tipo, del "tipo global" o del "sentido concreto de la acción" destruye el elemento de la tipicidad en el Derecho Penal. El reproche es exagerado, pues la doc-

trina de los elementos negativos del tipo reconoce junto al tipo de lo injusto, o "tipo global", el tipo en sentido formal o tipo de garantía relacionado con el principio de la legalidad de los delitos y las penas. Es cierto, sin embargo, que algunos argumentos que hoy se esgrimen en favor de la doctrina de los elementos negativos del tipo podrían ser opuestos igualmente a la distinción de antijuridicidad tipificada y culpabilidad. No es lo mismo la muerte de un hombre por un inimputable, o en estado de necesidad como causa de inculpabilidad o cuando no concurra ninguna causa de inculpabilidad. También aquí podría decirse que se reúnen en un mismo tipo de lo injusto conductas esencialmente diferentes. A esto conduce, sin duda, el olvido de la función específica del tipo, las causas de justificación y las causas de inculpabilidad. Welzel apunta este peligro al criticar una desafortunada afirmación de Roxin. También Stratenwerth ha puesto de relieve recientemente cómo a través de los elementos subjetivos referentes al estado de ánimo se podría dar al traste con toda la moderna dogmática del Derecho Penal.

Rechaza, por ello, Welzel la redacción del artículo 20 propuesta por Roxin, que implica un reconocimiento de la doctrina de los elementos negativos del tipo. Considera preferible la regulación actual, tomada de los Proyectos de 1927 (párrafo 2.º del artículo 17) y 1930 (párrafo 1.º del art. 20). El artículo 20 implica, según Welzel, una regulación especial de un caso de error sobre la antijuridicidad (como se indicaba expresamente en la Fundamentación de los Proyectos de 1927 y 1930). Esta regulación no es satisfactoria (pues se aparta de la teoría estricta de la culpabilidad), pero en su favor puede aducirse, al menos, un argumento histórico (la legítima defensa putativa ha sido considerada siempre como una causa de exclusión del dolo). Ahora bien, si se emplea aquí un argumento histórico—en sí nada convincente, dice Welzel, pues la evolución de la doctrina ha llevado a una solución más correcta—no debe dejar de aplicarse en relación con el estado de necesidad.

En el estado de necesidad putativo, el RG exigió desde un principio el "elemento subjetivo" del examen conforme a deber de la situación. En realidad no se trata de un elemento subjetivo de una causa de justificación, sino de una regulación especial de este caso de error. Si el autor creía erróneamente que se daba la situación de necesidad y no había llevado a cabo un examen conforme a deber de la misma, era responsable a título de dolo. De lo contrario, cualquier error fácilmente vencible podría dar lugar a la impunidad del sujeto, si no existía la figura culposa correspondiente.

La necesidad de una regulación diferente para el error sobre las circunstancias que sirven de base al estado de necesidad, la demuestra, según Welzel, la misma existencia (entre otros preceptos) de los artículos 158 y 167 (referentes al error sobre los presupuestos del aborto por indicación médica y sobre la situación de peligro propio en la denuncia política). Con ellos no queda resuelto, sin embargo, el problema. Esto se advierte ya, por ejemplo, en el aborto, pues los artículos 157-3 comprenden sólo el cometido por un *médico*, al creer erróneamente que se daban los supuestos del aborto por indicación médica. No comprende el caso en que

el aborto fuera cometido por otra persona. Si se suprimen, por ello, los preceptos del párrafo 2.º del artículo 39 y del párrafo 2.º del artículo 40, conservando el artículo 20, se producen graves lagunas en la punibilidad.

Los artículos 158 y 167 ponen también de manifiesto dos diferencias importantes entre la legítima defensa y el estado de necesidad. La legítima defensa se refiere casi exclusivamente a dos tipos de delito: los delitos contra la vida y la integridad corporal (en nuestro Código, la fórmula de la legítima defensa es más amplia y su campo de aplicación en la práctica es también más amplio, a pesar de las restricciones introducidas por la jurisprudencia). El estado de necesidad abarca, en cambio, toda la escala de delitos de la Parte Especial. Es decir, se aplica en muchos delitos cuya comisión culposa es impune. En segundo lugar, la legítima defensa exige una reacción inmediata contra el ataque antijurídico. En el estado de necesidad, en cambio, aunque existe un peligro agudo, queda generalmente un cierto espacio de tiempo para poder reaccionar; el ejemplo más claro nos lo ofrece el aborto por indicación médica. En la legítima defensa, al tener que reaccionar el sujeto de modo inmediato, no tiene tiempo para examinar cuidadosamente si se dan los presupuestos de la eximente. Por ello, la polémica en torno a si la legítima defensa putativa excluye el dolo o la reprochabilidad es relativamente académica. No puede apreciarse la existencia de culpabilidad, ni en forma de culpa ni de error de prohibición vencible. Por ello, la regulación del artículo 20 es poco nociva. La situación es completamente diferente en el estado de necesidad putativo. Su inclusión en el artículo 20 daría lugar a graves lagunas en la punibilidad. Welzel rechaza también la propuesta de Engisch de crear una figura de delito culposo para el error vencible sobre los presupuestos del estado de necesidad. Con ello se crearía un nuevo crimen *culpae* y no sería posible castigar la participación y la tentativa (tanto en el artículo 158 como en el artículo 167 se castiga la tentativa).

Welzel cree, por tanto, que la regulación del error en el Proyecto de 1962 no es plenamente satisfactoria, pero es la mejor solución de compromiso que hoy se puede alcanzar.

GRUENVALD, Gerald: «Sicherungsverwahrung, Arbeitshaus, vorbeugende Verwahrung und Sicherungsaufsicht im Entwurf 1962» (Custodia de seguridad, casa de trabajo, custodia preventiva y vigilancia de seguridad en el Proyecto de 1962).

Se trata de la ponencia, mantenida por el autor en la reunión de profesores alemanes de Derecho Penal celebrada en Hamburgo en 1964.

Grünwald examina el problema de si las restricciones de libertad inherentes a las medidas de seguridad mencionadas están justificadas desde el punto de vista ético.

Los criterios para examinar la justificación ética de las restricciones de libertad se derivan de la consideración misma de las medidas de seguridad, o bien de la concepción fundamental que inspira el Proyecto. En el primer

sentido, ha prevalecido en la discusión del Proyecto la opinión de que es lícito restringir la libertad de una persona cuando ello sea necesario para proteger a la sociedad o a otras personas. Es preciso, además, que la restricción de libertad guarde relación con la importancia y la probabilidad de la lesión. Es cierto que a la restricción de la libertad externa debe corresponder una disminución de la libertad interna. Pero esto no basta. La restricción de la libertad externa debe ser necesaria para la protección de la sociedad. Cuando una medida sirva, no sólo para la seguridad de la sociedad, sino también para la corrección del delincuente, deberá tenerse esto en cuenta para evaluar el mal que se causa al mismo. El fin de corrección no puede justificar por sí solo la restricción de libertad. Esta ha de ser necesaria para la protección de la sociedad.

Existe una contradicción, según Grünwald, entre la concepción fundamental del Proyecto y las novedades que introduce en el sistema de medidas de seguridad y corrección. El Proyecto se define en favor del principio de culpabilidad, en el sentido de que éste debe cumplir una función de limitación: la pena puede ser menor, pero no debe exceder de la medida de la culpabilidad. Esta decisión se opone, no sólo a la sustitución del Derecho penal de culpabilidad por un Derecho Penal orientado exclusivamente en fines preventivos, sino también en rigor al sistema de la doble vía; es decir, a la imposición, junto a la pena de restricciones de libertad, en forma de medidas, que exceden del grado de culpabilidad.

Se ha aducido contra un Derecho Penal orientado exclusivamente en el fin de la readaptación social del delincuente, que con ello se le convertiría en un mero objeto de experimentos pedagógicos y terapéuticos, lo cual implicaría una "degradación", una "deshumanización" del mismo. La Comisión no ocultó tampoco su escepticismo acerca de las posibilidades de reeducar a los adultos. Estos argumentos se vuelven también, sin embargo, contra el sistema de la doble vía.

La pena indeterminada fue rechazada en el Proyecto porque se estimó que es inhumana, algo bárbaro, un "crimen contra la humanidad". En el Proyecto se mantiene, sin embargo, junto a la pena determinada, la posibilidad de aplicación de la custodia de seguridad por tiempo indeterminado.

Las medidas de seguridad para imputables, o al menos las privativas de libertad, deberían ser, pues, rechazadas si se utiliza como criterio para medir su justificación ética las consideraciones que han movido a los autores del Proyecto en favor de un Derecho Penal de culpabilidad, en el sentido mencionado. Grünwald cree, no obstante, que no son siempre ilícitas las medidas preventivas que no correspondan a la medida de la culpabilidad. Pueden adoptarse cuando sean necesarias para evitar males de considerable gravedad a otras personas.

La duración indeterminada de la privación de libertad no es de por sí inhumana. Ahora bien, al evaluar el mal causado al delincuente, en la ponderación de intereses, debe tenerse en cuenta, no sólo la duración efectiva de la privación de libertad, sino también la indeterminación, que implica, sin duda, un mayor sufrimiento. La indeterminación debe mantenerse, por

ello, dentro de ciertos límites y debe ponerse fin a la aplicación de una medida de seguridad en cuanto el grado de peligrosidad del autor lo perrita.

El escepticismo acerca de la posibilidad de reeducar a los adultos debe ser tenido en cuenta a la hora de enjuiciar las medidas, pues este escepticismo —aunque no estuviera justificado— ha impregnado la ley y hace dudar de las perspectivas de éxito de la práctica, que se atiene a la letra y al espíritu de las disposiciones legales.

Grünwald inicia el examen crítico de las diversas medidas con el estudio de las disposiciones referentes a la custodia de seguridad. El Proyecto trata de facilitar y de forzar, incluso, a los tribunales a la aplicación de esta medida. Cree poder conseguirlo refiriendo el examen de la peligrosidad del delincuente al momento de la sentencia, en lugar del momento en que termine el cumplimiento de la pena, como sucede en el Derecho vigente. La custodia de seguridad debe ser ordenada, además, con independencia de que pueda hacerse frente con otros medios a la peligrosidad del delincuente. Con la anticipación del momento de la prognosis espera conseguir el Proyecto una mayor aplicación de la medida y una disminución considerable de la criminalidad. Grünwald observa, sin embargo, que la participación de las delincuentes multireincidentes en la criminalidad es relativamente reducida. Según los datos de la estadística los delincuentes que han sido condenados anteriormente cuatro veces, cometen sólo la doceava parte de los delitos. Si nos atenemos a los delitos que trata de impedir de modo especial la custodia de seguridad, la proporción es casi idéntica (10 por 100). Por otra parte, la custodia de seguridad no se aplica actualmente a los delincuentes en que se da una tendencia a cometer los delitos más graves. Los estudios realizados (Hellmer, Schachert) ponen de manifiesto que el 55 por 100 son ladrones y el 20 por 100 estafadores. En la mayor parte de los delitos comprendidos en el 25 por 100 restante (autores de robos y delitos contra la honestidad) no cabe apreciar tampoco, según Hellmer, la tendencia a cometer delitos de considerable gravedad. Si quiere mantenerse la custodia de seguridad, dice Grünwald, debe aplicarse únicamente a aquellos autores cuya privación de libertad pueda encontrar justificación desde el punto de vista ético. Debe limitarse a aquellos delincuentes de tendencia de los que quepa esperar la comisión de los delitos más graves, es decir, de aquellos delitos que por la lesión del bien jurídico y la forma de ejecución deberían ser castigados con reclusión (Zuchthaus). Debe suprimirse la custodia de seguridad por tiempo absolutamente indeterminado. La duración máxima de diez años debería ser reducida, en general, para el primer internamiento. Aun con estas restricciones, sólo podría justificarse la conservación de la medida de seguridad si se pudiera garantizar que sólo se impondrían al delincuente las restricciones de libertad necesarias.

La medida de seguridad de internamiento en casas de trabajo debe ser suprimida, según Grünwald. La privación de libertad de dos a cuatro años no es necesaria ni guarda proporción con las infracciones criminales (casi siempre faltas) que puedan cometer las prostitutas, mendigos, vagabundos y vagos. Más que delincuentes peligrosos se trata de delincuentes molestos.

Con la custodia preventiva se quiere hacer frente, lo antes posible, a los

delincuentes multireincidentes de criminalidad temprana. La medida persigue fines de corrección y de seguridad. Del Proyecto no cabe deducir, con claridad, la relación entre ambos fines. Desde el punto de vista de la corrección la medida no está justificada. Para que pudiera estarlo sería necesario que existieran y fueran aplicables métodos pedagógicos que permitieran afrontar la reeducación de los futuros o actuales delincuentes de tendencia con alguna perspectiva de éxito. Deberían existir, además, garantías de que en la ejecución de la medida se agotarían estas posibilidades. Esto no es así. Por tanto, la introducción de la custodia preventiva sólo está justificada en la medida en que pueda basarse en el fin de seguridad. Grünwald cree que su aplicación debe restringirse, por ello, a los delincuentes de los que quepa esperar la comisión de los delitos más graves. Por lo que respecta a los delitos anteriormente cometidos y a las privaciones de libertad ya sufridas deberían establecerse unos requisitos más rigurosos. Debería evitarse también la interferencia con el Derecho penal juvenil. Pero aun con estas restricciones, la introducción de la medida no puede ser recomendada, según Grünwald, hasta que no se hayan superado las dificultades que aún existen para la realización de la prognosis. Los resultados de las investigaciones de Grosskelwing y V. Klitzing sobre las prognosis realizadas son desalentadores. Los procedimientos estadísticos de prognosis no han alcanzado todavía una perfección suficiente para que pueda recomendarse a los tribunales la utilización de tablas. En todo caso, dice Grünwald, no se han confeccionado todavía tablas adaptadas a las circunstancias de la delincuencia en Alemania y a las exigencias de la custodia preventiva. Grünwald hace una crítica severa de la tabla de Fritz Meyer, que suele ser recomendada para la aplicación de la custodia preventiva.

Grünwald cree que debe suprimirse la suspensión de la ejecución de las medidas privativas de libertad para someter a prueba al delincuente. Según el Proyecto, la suspensión puede o debe (párrafo 1.º, art. 105) concederse cuando se imponga la medida de seguridad o se decida su mantenimiento (una vez cumplida la pena, o durante la ejecución de la medida). Las medidas sólo deberán imponerse o mantenerse cuando el delincuente sea, o siga siendo, peligroso. Si el internamiento no es necesario se debe prescindir de las medidas. Solamente debería revertirse la suspensión cuando, siendo el internamiento en sí necesario, podrían conseguirse sus efectos por otro procedimiento (por ejemplo, los inimputables que se internan voluntariamente en un establecimiento psiquiátrico).

Por último, Grünwald pide que se suprima la vigilancia de seguridad, prevista por el Proyecto para el caso en que no se suspenda la ejecución de un resto de las penas privativas de libertad inferiores a dos años, o en los casos del art. 91, como medida de seguridad independiente. En primer lugar, esta medida es demasiado indeterminada. Su configuración ha quedado en gran parte confiada a los tribunales: puede aproximarse a la ayuda a los delincuentes cuya pena ha sido suspendida, o puede ser una simple medida de vigilancia. En los casos en que no se haya suspendido un resto de pena privativa de libertad, el Estado debería facilitar de otro modo la readaptación social del delincuente. La nueva restricción de libertad. tra-

tándose como se trata de delincuentes corrientes, sin anomalías en su personalidad que puedan hacerlos peligrosos, no puede ser justificada, ni aun teniendo en cuenta los posibles efectos positivos desde el punto de vista de la readaptación social. En el art. 91 se prevee un campo de aplicación demasiado amplio y abigarrado de esta medida. Debería excluirse, en primer lugar, a los delincuentes políticos. Pero es que además, en los casos en que su aplicación estaría justificada —a los delincuentes de inclinación, especialmente los delincuentes profesionales y habituales— no se puede conseguir el fin de la vigilancia. Es decir, no se puede controlar el cumplimiento de los mandatos o prohibiciones que se impongan a estos delincuentes.

STRATENWERTH, GUENTER, «Die Definitionen im Allgemeinen Teil des Entwurfs 1962» (Las definiciones en la Parte General del Proyecto de 1962).

En su ponencia para la Reunión de profesores alemanes de Derecho Penal celebrada en Hamburgo en 1964, Stratenwerth examina las definiciones de la Parte General del Proyecto de 1962. Estudia únicamente estas definiciones desde el punto de vista de la técnica legal, es decir, no desciende al examen de las decisiones que implican. Examina únicamente su necesidad y utilidad y si expresan de modo adecuado lo que pretenden definir.

Después de estudiar cada una de las 34 definiciones de la Parte General del Proyecto, Stratenwerth llega a una conclusión de carácter general acerca del empleo de la técnica de las definiciones legales en la Parte General de los códigos. No ofrece ningún inconveniente, según él, las definiciones meramente nominales que tratan de simplificar únicamente la redacción de la ley, siempre que no se desvien demasiado del uso general del lenguaje. Como ejemplos, cita Stratenwerth las definiciones del emprendimiento (artículo 11, I, Nr 3), de las medidas (art. 11, I, Nr 5) y ya como caso límite, la de los escritos (art. 11, III). No ofrecen tampoco inconvenientes las definiciones reales dentro de las doctrinas de la imputación (en sentido amplio) y de la medición de la pena. Las definiciones deben limitarse, sin embargo, a los problemas que estén ya maduros para una decisión. No deben ser tampoco superfluas.

Todas las demás definiciones de la Parte General —especialmente las que tienen por objeto conceptos que se utilizan en diversos tipos delictivos— deben ser contempladas con escepticismo. Normalmente contribuirán más a crear que a resolver dificultades.

En cuanto a los resultados concretos de su investigación, Stratenwerth llega a la conclusión de que de las 34 definiciones de la Parte General del Proyecto, sólo 17, es decir, la mitad, son necesarias, tienen sentido o son útiles: la de juez (art. 10, núm. 5); árbitro (art. 10, núm. 6); soldado (artículo 10, núm. 8); emprendimiento de un hecho (art. 11, I, núm. 3); escritos (art. 11, III), crimen y delito (art. 12); circunstancias personales especiales (art. 14, I); dolo (art. 16); a sabiendas (art. 17, II); culpa y ligereza (art. 18); tentativa (art. 26); autoría (art. 29); instigación (art. 30); complicidad (art. 31, I); legítima defensa (art. 37, II); casos especial-