

REVISTA DE REVISTAS

ALEMANIA

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Tomo 78 (1966), fascículo doble 1/2

HARDWIG, Werner: «Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit» (Error sobre el deber, dolo e imprudencia); págs. 1-29.

En el artículo, Hardwig se declara a favor de la teoría del dolo. No obstante, está de acuerdo (en el resultado, pero no en la fundamentación) con la teoría de la culpabilidad, en cuanto que estima que en los casos de error vencible sobre el deber se debe aplicar —al hecho que para Hardwig no es doloso, sino imprudente— la pena prevista para el delito intencional, con la posibilidad de reducir la pena en base a una causa de atenuación de la culpabilidad.

En lo que hace referencia al error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, Hardwig, aunque la rechaza en su fundamentación (dice que las causas de justificación no son “elementos negativos del tipo”, sino “contratipos”), acepta en sus resultados la teoría de los elementos negativos del tipo, pues si el error fue vencible propone que se aplique la pena del delito imprudente.

Hardwig estima que en los problemas de error existe una gran confusión conceptual; el principal objeto de su artículo es, por ello, el de distinguir entre distintas clases de error, que la doctrina a menudo identifica, proponiendo nuevos términos para designarlas.

MAIWALD, Manfred: «Der "dolus generalis". Ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung» (El "dolus generalis". Una contribución a la teoría de la imputación); págs. 30-58.

Se trata de un amplio y completo trabajo monográfico dedicado al estudio de las diversas teorías propuestas para resolver los casos del llamado “dolo general” (ejemplo: se cree haber matado a la víctima de un disparo, pero en realidad se pone fin a su vida cuando el autor arroja al herido, que erróneamente supone ya muerto, al río).

Maiwald estudia, en primer lugar, la opinión de los que estiman que en esos casos existe delito consumado. Esto se ha tratado de fundamentar de tres maneras: con la “solución de la acción”, con la “solución de la causalidad” y con la “solución de la adecuación”. Maiwald las rechaza todas argumentado, entre otras cosas, que en el momento de la muerte no existe dolo y que, por ello, esas tres posiciones operan, en definitiva, con ficciones.

En opinión de Maiwald, la solución correcta es la de castigar por un delito frustrado en posible concurso *real* con un delito culposo.

GROBE, Hannes: «Die allgemeine Vorsatzvermutung bei Feuerbach» (La presunción general de dolo en Feuerbach); págs. 59-66.

En la época de Feuerbach se suprime casi totalmente en Alemania—bajo la influencia de las ideas de la Ilustración—la tortura; en Baviera, por ejemplo, por influjo directo del mismo Feuerbach. La condena del acusado sólo podía apoyarse: bien en su propia confesión, bien en la declaración de por lo menos dos testigos.

Esos limitados medios de prueba parecía que oponían muy serias dificultades a la posibilidad de demostrar que el autor había actuado intencionadamente respecto del resultado típico por él causado.

De ahí que Feuerbach, al redactar el artículo 43 del Código Penal de Baviera, establezca la siguiente regulación: "En referencia al hecho antijurídico del que se ha probado que ha sido cometido por una persona, se presumirá legalmente que ha actuado también con dolo antijurídico, cuando de las especiales circunstancias del caso no resulte la certeza o posibilidad de lo contrario". Con este precepto Feuerbach no sólo pretendía solucionar las dificultades de prueba que acabamos de mencionar, sino también limitar al máximo, siguiendo las ideas de la época, el arbitrio del juez en orden a la libre valoración de la prueba.

La presunción de dolo de Feuerbach fue objeto de duras críticas por sus contemporáneos. Estas críticas llegaron a ser recogidas oficialmente; pues en la anotación oficial al artículo 43 se hacía depender la prueba del dolo de la valoración por el juez de todas las circunstancias que concurrieron en el hecho. En la praxis judicial bávara la contradicción entre el texto del artículo 43 y la anotación oficial produjo un considerable desconcierto, si bien parece ser que prevaleció la tendencia a prescindir de la presunción de dolo.

En 1828, Feuerbach, en la décima edición de su "Tratado", se retracta, "gustosamente", de la presunción de dolo. Y en el Proyecto de nuevo Código Penal de Baviera elaborado por Feuerbach, y que fue encontrado después de su muerte, no figuraba ya esa presunción de dolo, que, no obstante, no fue suprimida de la ley hasta el año 1848.

RUDOLPHI, Hans-Joachim: «Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?» (¿Es punible la participación en un hecho cometido en estado de necesidad en el sentido de los §§ 52, 53 párr. 3 y 54 del Código penal?); págs. 67-99.

La teoría dominante en Alemania distingue entre estado de necesidad excluyente de la antijuridicidad y de la culpabilidad, afirmando que la participación delictiva es impune en el primer caso y punible en el segundo: de acuerdo con esto, responde por inducción a homicidio el que, viendo a A y a B, que en un naufragio luchan por asirse a una tabla que sólo puede sostener a una persona, convence a A para que mate a B con un cuchillo.

Estiman, minoritariamente, que es impune también la participación delic-

tiva en el estado de necesidad sólo exculpante: Maurach, Maihofer y H. Mayer, entre otros.

La teoría dominante apoya su tesis en el § 50 del Código penal alemán, según el cual, si varios participan en un hecho punible, cada uno será castigado según su culpabilidad, sin tener en cuenta para nada la culpabilidad de los otros. De ahí se deduce por la doctrina mayoritaria que la participación es impune si el hecho es típico pero no antijurídico; y punible si el hecho principal es típico, antijurídico, pero no culpable.

Con Bockelmann, H. Mayer, Oehler y Roxin, Rudolphi opina que no es posible extraer esa consecuencia del § 50. El § 50 sólo dice algo negativo: que la falta o no de culpabilidad de un partícipe no influye en la responsabilidad de los otros. Pero no expresa nada positivo: no expresa que haya que castigar al partícipe siempre que el hecho principal sea típico, antijurídico e inculpable. Es la ciencia la que, caso por caso, ha de determinar cuándo es punible la participación en un hecho principal en el que concurre una causa de exclusión de la culpabilidad. Rudolphi, con nuevos argumentos, trata de confirmar esta doctrina minoritaria.

Como el § 50 no responde a la cuestión de si es o no punible la participación en un estado de necesidad exculpante, Rudolphi intenta llegar a una solución en base a un estudio sobre la esencia del estado de necesidad y de la participación delictiva. Para ello lleva a cabo, en primer lugar, un muy interesante y sugestivo examen del estado de necesidad inculpable, señalando que la situación del que, por ejemplo, mata a otro para salvar su vida supone una disminución de lo injusto del hecho y también de la culpabilidad, que lleva, en definitiva, a la irresponsabilidad del agente.

Contra los que, como Welzel y Bockelmann, alegan que el que induce o auxilia a otro a salvar su vida a costa de la de un tercero debe responder penalmente, ya que "nadie debe jugar a hacer de destino", responde Rudolphi que lo que caracteriza a la participación delictiva es precisamente que falta el "dominio del hecho" y que, por tanto, no es el partícipe, sino el autor directo quien se erige en "destino"; pero este último, sin embargo, esta libre de responsabilidad penal.

Rudolphi mantiene que mientras que es punible el que participa en el hecho principal del enajenado o del que actúa bajo un error invencible de prohibición (causas de exclusión de la culpabilidad) no lo es el que lo hace en la también causa de exclusión de la culpabilidad del estado de necesidad. En este último caso, a diferencia de lo que sucede con la inimputabilidad y con el error invencible de prohibición, el legislador se limita a describir una situación objetiva y no entra para nada en consideraciones individuales sobre si el sujeto concreto, a consecuencia de lo extremo de la situación, pudo o no actuar conforme a Derecho. Por consiguiente, aunque el legislador no aprueba expresamente el delito cometido en un estado de necesidad exculpante, sí que parece resignarse con su existencia. Al prescindir de todo examen personal del autor, el estado de necesidad se parece a las causas de justificación, en las que el legislador ha tipificado objetivamente situaciones generales de exclusión de la responsabilidad. De ahí que tampoco en el estado de necesidad exculpante sea punible la participación delictiva.

KAISER, Günther: «Zur kriminalpolitische Konzeption der Strafrechtsreform» (Sobre la concepción politicocriminal de la reforma del Derecho penal); págs. 100-152.

En su artículo, Kaiser excluye de la discusión todas las teorías que niegan el libre albedrío y trata de hacer una crítica immanente del Proyecto alemán de Código penal de 1962, aceptando el principio de culpabilidad y poniendo de relieve que, en cualquier caso, la teoría unitaria de la pena que sirve de base al Proyecto tiene que distinguirse, en su sistema de consecuencias juridicopenales, de los resultados a que llegarían las teorías absolutas.

BLAU, Günter: «Der Strafrechtler und der psychologische Sachverständige» (El penalista y el perito psicólogo); págs. 153-183.

Para algunos penalistas la irrupción del perito psicólogo—Licenciado en psicología—junto al viejo forense y al psiquiatra es un síntoma de la inflación de peritos en la praxis judicial; con estas palabras comienza Blau su artículo.

Algunos juristas quieren excluir como peritos a aquellos que—como la mayoría de los psicólogos que siguen la dirección freudiana—niegan conceptos como el de culpabilidad o de responsabilidad personal. Pero, dice Blau, las “interpretaciones” psicoanalíticas no vinculan al juez, y éste puede extraer del dictamen psicológico valiosos datos para excluir—negativamente—la existencia de enfermedad mental, o—positivamente—para hallar una pena adecuada a la personalidad del autor.

Los principales campos de la actividad del psicólogo son, en primer lugar, la investigación sobre la credibilidad de testigos infantiles en, sobre todo, delitos sexuales. Blau se muestra de acuerdo con esta práctica de los tribunales; manifiesta sus reservas, en cambio, en referencia a dictámenes sobre la credibilidad de testigos adultos, que en casos excepcionales es también admitida por los tribunales.

Los dictámenes psicológicos son también de interés para el examen de la personalidad del acusado. Finalmente, los psicólogos se encargan ocasionalmente de emitir dictámenes enjuiciando la madurez social de un menor o de un semiadulto en el sentido de los §§ 3 y 105 de la Ley de Tribunales Juveniles.

Blau es de la opinión que en el futuro los encuentros entre psicólogos y jueces serán mucho más frecuentes.

HATTENHAUER, Hans: «Die Begnadigung im Spiegel der Legende» (El indulto en el espejo de la leyenda); págs. 184-213.

El artículo, ilustrado con documentos literarios y gráficos de carácter histórico, se ocupa del indulto en la leyenda, poniendo de manifiesto que ese perdón era, primariamente, un asunto de la Iglesia: el resultado del conflicto entre la iustitia profana y la misericordia canónica.

En la parte bibliográfica de este fascículo doble, Roxin se ocupa de obras de Parte General.

* * *

En la sección de Derecho comparado figuran, entre otras contribuciones, las siguientes: un artículo de Middendorff sobre el Derecho procesal penal y la criminalidad en Formosa; otro, de Inbau, sobre la relación entre una persecución penal eficaz y la protección de los derechos fundamentales de la persona; Onder y Endruweit estudian en su trabajo las recientes tendencias del Derecho penal turco; y Herrmann da cuenta, en un amplio informe bibliográfico, de las más recientes obras norteamericanas de Derecho penal, Derecho procesal penal, Derecho penitenciario y criminología.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

ARGENTINA

Revista de Derecho penal y Criminología

Núm. 4, octubre-diciembre 1968

RIVACOBÁ, Manuel: «Bibliografía».

Rivacoba, español residente en Argentina y en Chile, ha tratado en Hispanoamérica de temas españoles (el Krausismo, que es español por adopción; Dorado Montero, Lardizábal), dedicándolos sendos libros. Rivacoba celebra en esta bibliografía la reproducción, en la "Revista de Estudios Penitenciarios", del *Discurso sobre las penas*, de Lardizábal, y la correspondiente separata, de la cual se dio cuenta oportunamente en el ANUARIO (1968, fasc. primero). Pondera su necesidad, ya que estaban agotadas las ediciones anteriores, el cuidado de la versión conforme a la edición *princeps* de 1782, y la magnífica empresa de ir publicando obras penalistas agotadas y olvidadas; idea y ejecución debidas a la inteligencia y perseverancia de don Francisco Bucno Arús, letrado del Ministerio de Justicia, profesor de la Facultad de Derecho y del Consejo asesor de aquella revista, donde se realizan bajo su cuidado dichas reproducciones.

Precedía al *Discurso sobre las penas*, en esta última edición, un estudio preliminar mío, donde, aludiendo al problema de la penetración del Iluminismo en España, examinaba someramente su influencia en las instituciones penales patrias del siglo XVIII, añadía algunos datos a las biografías de Blasco (1957) y de Rivacoba (1964) y comentaba brevemente el pequeño libro del magistrado y académico mejicano-español. No era mi estudio más que un prólogo.

Con acierto dice Rivacoba que los nuevos datos aportados no rectifican ni modifican la caracterización de Lardizábal dada por aquél en su libro,