

A L E M A N I A

Goltdammer's Archiv für Strafrecht

JAHRGANG 1959-HEFT 10-OKTOBER

Rer Versuch der Unterlassung

(La tentativa en la omisión)

Von Professor Dr. Werner Maihofer, Saarbrücken

Sobre la tentativa en la omisión, el autor del artículo desarrolla, sucesivamente, el tema, analizando el estado actual de la doctrina en relación al problema que plantea, acotando con el punto de vista de Zachariäs, Frank y Mezger, quien mantiene la tesis de que, en los delitos simples de omisión, no puede imaginarse la tentativa, ya que en ellos, cuando aparece el fundamento de la incriminación, el delito se ha consumado, frente a la posición de Frank, quien entiende que sería posible, al menos en el supuesto de que el obligado, habiendo decidido la omisión, fuera en el último instante compelido por un tercero al cumplimiento del precepto.

Analiza después Maihofer el problema en los delitos de falsa omisión o de comisión por omisión, y, después de distinguir entre el supuesto de frustración y de tentativa, establece la conclusión de que el precepto que impone determinadas conductas en los delitos de omisión igual que en los de acción positiva, no se imponen con el carácter de "siempre", sino con el de "ahora". Además de que en cualquier negativa en el cumplimiento del precepto, aunque pudiera ser rectificad, es tentativa, y termina manteniendo la posición de que la tentativa en la omisión es posible, aun con el carácter de frustración, tanto en los delitos de omisión simple como en los de falsa omisión.

No puede desconocerse el interés del problema tratado en este artículo, y, teóricamente, la solución puede ser irrefragable. Ahora bien, las dificultades prácticas, en la mayoría de los supuestos, sobre todo en los delitos de simple omisión, para llegar a la matización de la existencia de un delito intentado, son en todo caso notorias.

VALENTÍN SILVA MELERO

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Berlin, De Gruyter, 69 Band IV Heft, 1957

Comienza el último fascículo del año con las notas necrológicas del criminólogo Gotthold Böhne, de Colonia, y del penalista Gottfried Bodt, de Erlangen, ambos fallecidos en el transcurso del pasado verano.

OEHLER, Dietrich: «Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt»
 («El delito calificado por el resultado como delito de riesgo»).

La reciente reforma del parágrafo 56 del Código penal alemán, reservando las agravaciones por el resultado a la mínima culpabilidad de su previsión, no ha puesto fin a las disputas teóricas de los autores alemanes e intorno a los delitos calificados por el resultado, hoy tan vivas como antaño en opinión del autor de este trabajo. La bibliografía dominante gustó encuadrar dichas infracciones en la doctrina de la pluralidad de causas conforme a la de la condición o *Bedingungstheorie*, contra el proceder de la jurisprudencia del *Reichsgericht* y del Tribunal Federal. En lo que atañe a su naturaleza, Richard Lange, en su última edición de los *Comentarios de Köhlrausch*, ha expresado que la raíz de lo injusto en tales delitos hay que buscarla en el riesgo doloso de la acción, y que, en consecuencia, el haber desterrado con Engisch los elementos objetivos de la imprudencia en los tipos de injusto, equivale a equiparar la infracción de un deber de cautela y de la adecuación en las aquí típicas situaciones de riesgo doloso. Mezger, en el *Leipziger Kommentar*, no se satisface con la exigencia del dolo de peligro, pues entonces habría que prescindir de las formas culposas de los delitos calificados por el resultado, admisibles en la reforma del parágrafo 56; a este respecto reserva el dolo para el delito base, sobre el que el comportamiento del delincuente puede originar culposamente un resultado que por tanto le es imputable.

Historiando la evolución dogmática del concepto de delito calificado por el resultado lo enlaza con la doctrina del dolo directo e indirecto, con cita de nuestro Covarrubias, de quien lo tomó en Alemania Carpzovius derivando en Feuerbach al dolo eventual, y a su tesis de concurso entre dolo y culpa. Señala la abundancia de tipologías de resultado en la legislación antigua local de Alemania, notablemente en la figura de "lesiones con resultado de muerte", que deriva de una concepción francesa del dolo eventualis recogida en el artículo 309 del Código napoleónico, conocedor asimismo del incendio con resultado de muerte.

La esencia del injusto se sitúa, correctamente en la doctrina de Lange, dentro de la ideal de la "puesta en peligro" que la acción inicial entraña. Ahora bien, en tal noción de "puesta en peligro" hay que considerar asimismo relaciones causales logísticas y jurídicas, sobre todo, que el resultado peligroso que califica sea de la misma naturaleza que el delito base. De este modo lo será la muerte en quien quiso tan sólo una lesión, pero no, en cambio la muerte sobrevinida en un incendio causado involuntariamente por el ladrón que roba sustancias inflamables. Ha de tratarse, pues, de una acción típicamente adecuada.

Se estudia a continuación la extensión de las tipicidades de resultado y a la codelinuencia, donde otra vez se enfrentan las tesis de Lange y Mezger, pronunciándose Oehler por exigir en el copartícipe el conocimiento del peligro del acto perpetrado. Y los problemas plantean la concurrencia de resultados lesivos y la estimativa de la forma imperfecta de tentativa, generalmente denegada a esta especie de delitos, pero que

a veces se configura en tipicidades que tienen ya en cuenta la "puesta en peligro", como sucede en el incendio de casas habitadas, tratándose más bien de "tentativas típicas" apenas merecedoras de tal nomen.

SALM, Karl: «Zur Rechtsprechung des BGH über den strafbefreienden Irrtum» («Sobre la jurisprudencia del Tribunal Federal en torno al error eximente de pena»).

La ya conocida actitud revolucionaria adoptada por el Tribunal Federal en materia de error eculporatorio, frente a las tradiciones del antiguo de Casación imperial (Reichsgericht) ha motivado una constante preocupación en la doctrina penal alemana del último decenio. Al persistir reclamaba un estudio sistemático que lleva a cabo con gran riqueza de material jurisprudencial el Magistrado de Friburgo Dr. Salm, estudiando por separado los casos en que el error se ha estimado como eximente y los que ha permanecido invariable la tradicional idea de su intrascendencia.

Tras de examinar las raíces filosóficas del error y las vinculaciones del tema con la ética y la teoría de la culpabilidad, analiza la tradicional exigencia de inevitabilidad que suele requerirse en el error operante. Y acepta, con Welzel, la sutil tesis de que tal condición de inevitable no se valora tan sólo en relación con la realidad personal del sujeto, sino en la normativa de "haber podido ser evitado". Tal valoración requiere, por tanto, una contemplación de circunstancias sociales y culturales, para decidir si la mayoría de ciudadanos en iguales condiciones concretas hubiera incidido en idéntico comportamiento, que no sería ya injusto objetivamente por ausencia de reprochabilidad. De otro modo y tratándose tan sólo de una creencia subjetiva, la operabilidad pudiera intentarse por la vía de la inimputabilidad absoluta o relativa. Los supuestos de duda se acuerdan mejor con la doctrina de la imprudencia, siempre y cuando, naturalmente, que las infracciones sean susceptibles de dicha forma de culpabilidad en el sistema alemán de *numerus clausus*. En todo caso propugna el autor una mayor preocupación por las características objetivas del error, que considera hacedero sobre todo en las doctrinas de Mezger, Gallas, Spendel y Welzel. Por lo que atañe a la moderna jurisprudencia federal alemana en torno al error, el Dr. Salm la acepta como valiosa y acertada en sus resultados, aunque no siempre lo sea en sus fundamentos, precisamente por esa falta de objetivización de la doctrina del error no menos urgente, según él, en la práctica.

Concluye el número del *Zeitschrift* con un estudio informativo del Profesor Philippides, de Tesalónica, sobre el Código penal griego de 1951 (continuación del ya iniciado en el núm. 66, pág. 408), y con amplias reseñas bibliográficas sobre Filosofía del Derecho, debida a Engisch y Wellzel, y sobre Parte especial del Derecho penal, firmada por Bockelmann.

El acostumbrado Anejo del Grupo de la Sociedad de Derecho Comparado, inserta cuatro trabajos: de Andermaas, de Oslo, sobre Mensura-

ción de la pena, de Hideo Nakamura, de Tokio, sobre Derecho procesal penal japonés, del Dr. Leibinger sobre el húngaro y de H. Schweikert sobre la Reforma del Derecho procesal criminal en Francia.

HEINITZ, Ernst: *Der Entwurf des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches von kriminalpolitischen Standpunkt aus* («El Proyecto de Parte General del Código penal desde el punto de vista político-criminal»).

Alineado en parecida dirección crítica que la expresada anteriormente por Eberhardt Schmidt (en *Zeitschrift*, tomo 69, III, v. anterior ANUARIO), el Profesor de la Universidad Libre de Berlín no escatima tampoco sus censuras a la recién publicada primera redacción del Proyecto de la Gran Comisión, en la que, al contrario de Schmidt, no tomó tan activa parte. Circunscrito su estudio al aspecto político-criminal y prescindiéndose de consideraciones dogmáticas, hace ver Heinitz, ante todo, la trascendencia que dicho aspecto y el criminológico ofrecen en la doctrina y práctica modernas, subyaciendo en casi todas las cuestiones jurídicas o pretendidamente tales. Hasta en el finalismo detecta preocupaciones político-criminales, sobre las cuales, empero, renuncia a entrar en el presente trabajo, que primeramente figuró como Ponencia en la Dieta de penalistas de Würzburgo, de 1957. Considera, en primer término, que el Proyecto ha tomado partido demasiado visible, radical y unilateral en el mantenimiento del principio filosófico expiacionista de retribución, por cuanto que se proclama en el parágrafo 2 el dogma de la culpabilidad en un sentido de adecuación absoluta de la punición a ella. Lo que equivale a una primacía de la prevención general que parece al autor en contradicción con las tendencias modernas, justificando en parte la dura expresión del Fiscal de Frankfurt Bauer, de ser el Proyecto una "obra reaccionaria" que no tiene en cuenta los progresos científicos. Bien es verdad que a continuación mienta como tales "progresos científicos" las acostumbradas declamaciones de los corifeos de la Defensa social, lo que no añade demasiada fuerza al argumento. Quizá la tenga, en cambio, a los efectos políticos, tan en mala hora entreverados a los puramente técnicos y que de persistir hacen augurar no demasiada buena fortuna parlamentaria al Proyecto.

Pasando de los principios a cuestiones más concretas, merece nuevas acres censuras de tradicionalismo el mantenimiento de la pena deshonrosa de "Zuchthaus", equivalente por tal carácter de máxima dureza y reprochabilidad a nuestro presidio, que naturalmente contradice las entelequias del correccionalismo a ultranza. En cambio alaba como un progreso la introducción de la nueva pena de "Strafhaft" o "arresto penal", sobre todo cuando es susceptible de sustituir a la de "prisión", aunque duda, no sin razón, de que en la conciencia popular deje de operar tal arresto con los propósitos no deshonrosos que se pretende, por cuanto que toda pena privativa de libertad lleva inherente un inevitable menosprecio en el sentir aun dominante. De otra parte, el privilegio que se acuerda a dicho "arresto penal", añade de rechazo nuevas sombras morales de re-

proche a la pena de "prisión", acercándola aún más á la de "presidio" y volviendo a argumentar por la cruel supéfluidad de ésta.

Por lo que respecta a la condena condicional del Título IV, se dice haber adoptado el sistema de franco-belga de "sursis", pero con mejoras características de la "Probation" anglo-sajona, sobre todo en lo tocante a la ayuda profesional prometida al liberado en el parágrafo 79, que es la mejor preñd de éxito de la institución. Nó considera demasiado atrevida la innovación del parágrafo 73 que permite la aplicación de la suspensión de condena a delincuentes no primarios, con tal que no hubieren sido penados a determinadas penas en los cinco años precedentes, ni cree que ello pueda acarrear graves perjuicios a los fines de prevención general y de seguridad jurídica.

Resalta como importantes novedades en el Título V, dedicado a medidas de seguridad y corrección, entre las nueve del parágrafo 85, las de "vigilancia de seguridad contra los delincuentes de tendencia" y la de "custodia preventiva" respecto a los menores de veintisiete años desvalidos. Se muestra satisfecho con las previsiones y presupuestos legales, considerando una interesante y atrevida empresa legislativa, si bien censura la permanencia del binarismo entre penas y medidas de seguridad.

La mensuración de la pena, del Título segundo, es materia de suma trascendencia político-criminal y criminológico, por cuanto que continuamente se hace referencia a la estimativa del Juzgador con arreglo a motivaciones y circunstancias que, salvo la reincidencia del paragrafo 63, no obedecen a norma legal concreta. Alaba tan abierto sistema contra los que hubieran preferido, para asegurar la dogmática de legalidad, el italiano de prefijación casuística de agravantes y atenuantes en la Parte general. Con todo y con eso el "desideratum" de Heinitz, como el de Eb. Schmidt, consistiría en un precepto que se limitase a decir: "en la medida de la pena ha de considerar el Tribunal cuál sería la medida precisa para que el condenado tornase a una vida jurídica y ordenada". Claro es que un precepto de esta naturaleza estaría en contradicción con los principios de retribucionismo, culpabilismo y prevención general que informan el Proyecto.

LEFERENZ, Dr. Heinz: «Der Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuch in kriminologischer Sicht» («El Proyecto de Parte general de un Código penal en su aspecto criminológico»).

Obra de un doctor en Derecho y Medicina, docente de Criminología en la Universidad de Heidelberg, el artículo es otra Ponencia de la reunión de Würzburgo. Comienza con la salvedad de la diferencia entre Derecho penal y Criminología, siendo la una ciencia normativa y la otra experimental, autónoma aunque no positiva, como pueda serlo la Química o la Cirugía. Sistemáticamente comprende la criminología los tres espacios de Biología, Psicología y Sociología criminales, cada uno con sus peculiares problemas y medios de trabajo, pero con una neta prevalencia de la Psicología, por cuanto que el delincuente y el delito son antes que nada

fenómenos anímicos. En el Proyecto hay una cierta comprensión de este sentido predominantemente psíquico de la Criminología moderna, que se manifiesta en la nueva redacción de la causa de inimputabilidad del trastorno mental en el párrafo 23, de mucha mayor amplitud que el 51 del Código penal vigente, circunscrito a lo somático. En efecto, al hacerse referencia en el texto proyectado no solamente a las perturbaciones morbosas, sino a las degeneraciones congénitas o adquiridas y a las perturbaciones anímicas de la conciencia, parece admitirse sin dificultad y hasta de un modo expreso las neurosis y psicopatías, que a veces tan difícil encuadramiento hallan en el Derecho penal vigente. Sin embargo, no considera el autor feliz la expresión exculpatoria de "incapaz de culpabilidad", por ser este concepto, también en sentir de Kurth Schneider, imposible de precisar científicamente. En la práctica, esta referencia a la "capacidad de culpabilidad" ha de resolverse como sinónima a tenencia o carencia de libertad anímica de obrar, que es, más bien que un principio teórico, una premisa social de creencia y validez general, en el sentido de Jaspers, sin que proceda volver a la temática metafísica, que tanto dividió antaño los espíritus científicos.

Hace luego mención del reconocimiento expreso de la imputabilidad disminuida, a modo de atenuante, en el párrafo 24, ardientemente reclamada por algunos psiquiatras, pero no menos ardientemente censurada por otros, habiendo sido seguramente ideada para las personalidades psicopáticas no entañando signos somáticos, en el sentido de K. Schneider. Pero por práctica que sea la innovación, no es menos cierto que contradice las esencias, tan celosamente guardadas en otros aspectos, de la culpabilidad, puesto que en ella no cabe hablar de graduaciones, como tampoco en la libertad, que es su inmediata premisa psíquica.

Otras observaciones de matiz criminológico ofrecen los párrafos 16 y 17 del Proyecto, relativos a las definiciones de dolo y culpa; el 20, sobre relevancia del error de prohibición, y el 62, sobre normas a tener en cuenta por el juzgador en la medida de la pena. Considera que en sus textos prevalecen los criterios normativos, pero tampoco se hallan ausentes los psicológicos. Antes bien, en el párrafo 62 hay incluso un peligro de psicologismo, pues muchas de las consideraciones rebasan el cometido del juez jurista, y, al adentrarse en terrenos que no le son propios, existe el riesgo de divergencias de interpretación que se traslucirán en diferencias de trato, en daño de la seguridad jurídica. En cambio, tacha de "intelectualismo" la definición del dolo del párrafo 16, con su referencia al "saber" y al "querer", poco acorde, con las realidades de la vida y con los datos de la psicología científica, en que los sentimientos y reacciones pasionales son harto más eficientes y evidentes que las motivaciones racionales.

Resumiendo esquemáticamente sus puntos de vista criminológicos, el autor sostiene: 1. Una inclinación del Proyecto hacia el positivismo, singularmente en el problema de la capacidad de culpabilidad. 2. Tendencia demasiado marcada al psicologismo extraño a lo jurídico; y 3. No ha podido sobreponerse, en otras ocasiones, a fórmulas demasiado intelectualistas de racionalismo antipsicológico.

Completan el fascículo un estudio criminológico estadístico de Karl Alfred Hall sobre la custodia de seguridad y medidas análogas, otro sobre el "Dolus eventualis", de Arnim Kaugmann, tratando de adecuar dicha vieja figura de la culpabilidad a las novísimas doctrinas del finalismo y el culpabilísimo normativo, y otro, en fin, de Gerhard Luther sobre la nulidad de las sentencias, singularmente en el Derecho penal de menores. En el Anejo comparatista Marc Ancel da cuenta de las novedades penales de Francia, insertándose sendas crónicas sobre el VII Congreso de Derecho penal de Atenas y el V de Defensa Social de Estocolmo.

ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS

Revista Penal y Penitenciaria

Órgano de la Dirección General de Institutos Penales
Años XX-XXII, enero-febrero 1955/57, números 75/86

P. LAPLAZA, Francisco. Profesor titular de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires: «Las ideas criminalógicas de Ingenieros»; páginas 3 a 15.

Está dedicado este artículo a destacar la personalidad de Ingenieros y a exponer sus ideas criminológicas.

La esencia del artículo se encuentra en los siguientes párrafos, que reproducimos:

A falta de una verdadera escuela criminológica argentina, Ingenieros nos dejó sus obras y su ejemplo.

La clínica criminológica—concebida por él para estudiar científicamente "la forma de los delitos y los caracteres de los delincuentes, determinando su grado de inadaptabilidad social o de temibilidad individual"—fué instalada en este mismo Instituto que él fundó y dirigió medio siglo atrás.

Desde entonces se ha realizado en el Instituto de Criminología una larga y provechosa labor. Bajo la denominación inicial o con otras, con direcciones más o menos competentes, con colaboradores expertos o de buena o mala voluntad, se han reunido materiales preciosos que aguardan hoy a investigadores auténticos.

La Criminología sigue siendo una ciencia empírica. En una modernísima Criminología, Esteban Hurwitz—por ejemplo—afirma que la finalidad principal de esta disciplina "es la de recoger el material, describirlo y clasificarlo (criminografía)".

Tal es la razón de ser de este Instituto—como lo era en tiempos de su fundación—, el motivo del nombre que se le dió y lo que debe proponerse en cumplimiento de sus tareas específicas.

El estudio integral de la personalidad del delincuente—o, como nos parece preferible, de la conducta humana peligrosa—no ha de limitarse a la mera descripción del fenómeno, en sus campos individuales y socia-