

## A L E M A N I A

### Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Berlin, De Gruyter, 70 Band, Heft 2

**MAIHOFFER, Werner:** «Zur Systematik der Fahrlässigkeit» («Sobre la sistemática de la imprudencia»).

La doctrina de la culpa ha sufrido en los últimos tiempos en la ciencia y *praxis* alemanas una constante revisión, determinada, de un lado por la irrupción de los puntos de vista del finalismo, y del otro por el alcance que la jurisprudencia del *Bundesgericht* viene prestando a la trascendencia del error, tan íntimamente relacionado con el problema de lo culposo. A la luz de ambos fenómenos, el profesor de Sarrebruck Werner Maihofer reconsidera la sistemática de la imprudencia en un tono más bien conciliador frente al finalismo, dirección a la que antaño asestara algunos de los más ciertos golpes dialécticos, en su monografía *Der Handlungsbegriff*, de 1953. De entonces acá el finalismo ha sufrido no pocos avatares, precisamente en el terreno de la culpa los más significativos, y Maihofer, por su parte, ha ido ganando elasticidad en sus ideas unitarias entre lo formal y lo material que se acoplan en la estructura del concepto social de la acción. Un aspecto sumamente sugestivo, aunque excesivamente sutil, de esta doble evolución en el concreto terreno de la culpa, nos lo ofrece el actual estudio monográfico, de exposición en su primera parte, y de construcción dogmático-sistemática en la segunda.

Comienza Maihofer su trabajo exponiendo el estado actual de la cuestión de la culpa en la doctrina científica y jurisprudencial, sistematiza un tanto esquemáticamente en cuatro elementos, dos de naturaleza subjetiva y otros dos objetiva, a saber: I. El «antideber» (*Pflichtwidrigkeit*) objetivo de la actividad voluntaria. II. El antideber subjetivo de la actividad voluntaria. III. La previsibilidad objetiva de la realización típica, y IV. La previsibilidad subjetiva de la realización típica. Como se ve quedan coordinados los elementos subjetivos y objetivos, respectivamente, con los conceptos básicos del «antideber», de indubitada progenie normativista, y de la realización típica, más afín con las construcciones clásicas (belingenianas) del delito. En esta concepción el clasicismo, según el autor, situó los elementos en una perspectiva pura o predominantemente naturalista de la acción, pero siempre del lado de la culpabilidad como grados o formas de la misma (una forma o grado inferior o en todo caso diverso del dolo). Fué Engisch, en sus *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit* (de 1930), quien corrigió el uniteralismo naturalista incrustando los elementos de la culpa, como los de la culpabilidad en general, en la idea del injusto, sin por ello sacar todas las consecuencias sistemáticas de la innovación.

Expónese a continuación la variada evolución sufrida por la noción de la culpa en el finalismo de Welzel, y luego de Niese, Maurach y Welzel otra vez, que únicamente respetó la situación en el campo de la acción a la que se desplazó la culpa como el dolo abandonando su tradicional solar de la culpabilidad. En ello estriba, sin duda, la más profunda ortodoxia del finalismo, en la que Maihofer no llega a atacar, puesto que conviene, asimismo, a su sistemática de hipertrofia de la acción a costa de los demás elementos del delito. De ahí su mayor afinidad con las ideas de Maurach y últimamente de Boldt (en *ZeitStW*, 68, pág. 335, v. mi recensión en ANUARIO, 1957, página 211) que con las del propio Welzel, si bien la conciliación con éste sea posible vista la equivalencia de la teoría de la adecuación y de la llamada «finalidad objetiva» (o previsibilidad objetiva). Saluda Maihofer tales cambios en el seno del finalismo ortodoxo como otros tantos pronuncios de reconocimiento de su propia doctrina de la acción e injusto socialmente relevante, llegando a afirmar que, en lo que atañe a la imprudencia no existe actualmente otra divergencia entre su tesis y la finalista que la derivada del orden sistemático de sus elementos, singularmente los de la previsibilidad subjetiva. La plena ortodoxia welzeliana que ve en la previsión del resultado solo un momento del injusto como parte constitutiva del desvalor de la acción, vale únicamente, según el autor, para la denominada culpa inconsciente, pero no para la consciente como Welzel pretendiera, en base al «poder prever» y al «haber previsto», coordinados a la «previsibilidad subjetiva» y a la «previsión subjetiva», que Maihofer rechaza como artificios carentes de fundamento dogmático.

Para la propia construcción de la culpa en el marco del concepto social de la acción, que es objeto de la tercera parte del trabajo de Maihofer, apela éste a su fusión con la doctrina del injusto personal, quizá viendo en ello una nueva posibilidad de conciliación con el finalismo. Sin descuidar, sin embargo, el campo que posiblemente es el más fértil para tales propósitos conciliatorios, que es el del normativismo, que ya sirvió para otras aproximaciones aún más difíciles, entre las tesis de Welzel y Mezger. En él halla Maihofer nuevas ocasiones de aplicación a la culpa distinguiendo entre el desvalor social del evento procedente de las dos especies de imprudencia, de hecho y de derecho, que se corresponden con la duplicidad del *error facti* y *iuris*, con su diverso reflejo en el Derecho penal criminal y en el administrativo, al modo como lo entendiera la teoría dualista de Richard Lange.

**WIMMER, August: «Die Fahrlässigkeit beim Verletzungsdelikt» («La imprudencia en el delito de resultado lesivo»).**

Nuevamente la culpa o imprudencia sirve de tema para explanar una sedicente o real sistemática analítica del delito, que ya intentara el autor en trabajo anterior dedicado a la tipicidad del encubrimiento (en *NJW* 1955, página 321). Consiste tal sistemática, en gran parte nominalista, en hacer resaltar la relevancia de los denominados «factores reales del delito», que no son otra

cosa que los elementos fácticos constatables en el hecho delictivo y coordinados con los de la correlativa figura típica. De este modo el denominado «método de los factores reales» constituiría una especie de fusión de la tipicidad legal y la realización fenoménica de la acción delictiva, algo así como la confusión del tipo y el *corpus* o *actus delicti*. Abunda el artículo en la terminología a base del vocablo «real» («análisis real», «factores reales», «estructura real»), sin que parezca del todo convincente su trascendencia, al menos a los efectos allí perseguidos, que son los de la culpa. Se limita a glosar el texto de su definición en el párrafo 19 del Proyecto de Código penal alemán de la Gran Comisión de Reforma («obra imprudentemente quien deja sin tomar en consideración el cuidado a que sus condiciones personales le obligan»), sin que en verdad se desprenda el valor ni siquiera conveniencia de la nueva terminología. El «factor real» no es en definitiva otro que la lesión o daño, pero puede serlo, asimismo, el riesgo o peligro, con lo que la sedicente «realidad» queda algo malparada, a no pretender dar a los vocablos otro valor por encima del que normalmente tienen. Más sentido tiene, sin duda, la acepción realista de las valoraciones de conductas, ya que en la culpa se estima un desvalor del comportamiento productor de un resultado dañoso y típico, pero dicha valoración se lleva a cabo de modo más adecuado por el camino axiológico propio del normativismo, sin que proceda el rodeo ingenioso, pero intrascendente del realismo.

**KOHLHAAS, Max:** «Der Irrtum über das Vorliegen oder Nichtvorliegen von persönlichen Strafausschlussgründen» («El error sobre la procedencia o improcedencia de las excusas personales»).

Se trata en este artículo de un agudo estudio dogmático sobre el error en torno a la excusa absolutoria contenida en el párrafo 274 del Código alemán, semejante aunque no idéntica, por su mayor complicación, a la del artículo 564 del Código español (hurtos, robos o estafas a parientes en determinados grados o condiciones). Plantea el autor la hipótesis de un marido que vive en distinta habitación que la esposa y que sustrae de ella, creyendo que la pertenece, objetos que una amiga le había encargado guardar. El hurto se consuma, pues, objetivamente sobre cosa de extraño, es decir, con todos los requisitos típicos, pero viciado el acto por el error de creer que la cosa era propiedad de la esposa y por lo tanto salvaguardado su acto por la excusa absolutoria del parentesco. Acto, por lo demás, no solamente típico sino antijurídico y culpable, pero de dudosa punibilidad, lo que sirve al autor del trabajo para extremar las sutilezas en torno a tales conceptos y pasar en revista la doctrina científica y jurisprudencial, notablemente la tan reciente y revolucionaria sobre el error de prohibición, qué soluciones persigue, problemas y dificultades, algunos de los cuales servirían igualmente para nuestro derecho, pero otros nos son ajenos. Es evidente en esta construcción, como en muchas otras, el divorcio entre los elementos subjetivos y los objetivos del tipo, pues objetivamente el hurto aparece perfecto, siendo sustracción de

cosa ajena de extraño, pero en lo subjetivo hay una creencia errónea en lo tocante precisamente a esa ajenidad extraña. Ahora bien, es duro sostener que la excusa se extiende hasta el punto de conceder al pariente un «derecho a hurtar a los parientes», por lo que con todas reservas parece inaplicable al caso la doctrina de la relevancia del error, ni siquiera en los amplios límites que la nueva jurisprudencia del BGH le otorga. Por lo cual el autor cree preferible que el texto de la ley se pronuncie inequívocamente sobre el alcance del error.

**BAUMANN, Jürgen: «Kritische Gedanken zur Beseitigung der erfolgsqualifizierten Delikte» («Ideas críticas sobre la abolición de los delitos calificados por el resultado»).**

La ley tercera de reforma de 1953 que dió al traste con el vestigio de responsabilidad objetiva, encerrado en los repliegues de los llamados delitos calificativos por el resultado, al exigir en ellos una mínima culpabilidad de previsión e imprudencia en el agente, fué un resultado tardío de una larga campaña abolicionista cuya traza estudia este trabajo. Según su autor, docente de Münster, la enemiga contra los tales delitos comenzó sistemáticamente con Von Liszt apenas promulgado el Código imperial de 1871, y en dicho maestro, como en general en la Escuela moderna, se fundamentaba en la intrascendencia del resultado y en la creciente preocupación por la personalidad del autor. El clasicismo mostróse, asimismo, opuesto a la calificación por el resultado, si bien desde otro punto de vista más espiritual, el de la culpabilidad estrictamente personal, por entender que un Derecho penal moderno debe ser antes que nada culpabilista y no atenerse a la materialidad de un resultado («Derecho penal de culpabilidad, frente a Derecho penal de resultado»). Debe contarse también entre los enemigos manifiestos los campeones de la dirección sintomática Tesar y Kollmann, y más cerca de nosotros los de la llamada «culpabilidad de autor» Mezger y Bockelmann. En estas condiciones y ante ataques provenientes de campos científicos tan diversos e influyentes no puede por menos de extrañar que la desaparición de los delitos calificados por el resultado haya perdurado hasta 1953, en vísperas de la reforma total del Código. Se interpreta por el autor tan dilatada tardanza como un triunfo de las ideas político-criminales de reacción ante el aumento de la criminalidad, así como a la ausencia de otros medios más eficaces de lucha contra el crimen. El que se haya podido llegar a la abolición, *eadem ratio*, ha sido la consecuencia del incremento tomado, de un lado, por las medidas de seguridad, singularmente en el campo de los habituales, y del otro por lo dilatado del arbitrio judicial, que permite tomar en consideración el resultado entre otros factores sin necesidad de una pre-determinación legal agravatoria de sabor objetivo. Es dicho arbitrio y la confianza en el juzgador el complemento necesario de la reforma legislativa

en este orden de cosas, por ser la dirección culpabilista inseparable del juicio de valor judicial.

---

Continúa en este número la detallada comunicación del doctor Dreher sobre los trabajos y acuerdos de la Gran Comisión de reforma, comprendiendo las sesiones del 2 al 8 de diciembre de 1956, que versaron sobre penas pecuniarias, irresponsabilidad de los parlamentarios, aplicación de las penas y tratamiento penal de las personas jurídicas.

En la sección comparatista se incluyen tres trabajos: de Philippides, sobre la influencia de la ciencia penal alemana en Grecia, de Oender, sobre la recepción del Derecho penal en Turquía, y la acostumbrada reseña de publicaciones.

### ZEITSCHRIFT... 40 Band, Heft 3

Comienza el fascículo con un extenso artículo del profesor Werner Niese, de Maguncia, sobre Derecho procesal fiscal que no estimo de demasiado interés para el penalista español.

### HELLMER, Joachin: «Kriminalpolitik und Sittenstrafrecht» («Política criminal y Derecho penal moralizante»).

Se ocupa este trabajo de los aspectos criminológicos y éticos de los llamados «Delitos contra el matrimonio y la familia», del título XII, libro II del Código penal alemán, tan intensamente reformado por la Ordenanza de 18 de marzo de 1943 que, pese a su origen nacionalsocialista, permanece en vigor en la Alemania federal. Es esta consideración la que presta singular interés al trabajo en vísperas de una radical reforma del Código.

La primera cuestión que se plantea es sistemática, pues en el título subsisten, asimismo, figuras delictivas que atañen exclusivamente al estado civil de las personas, sin inmediato contenido familiar o moral, muchas de las cuales figuraron en la redacción originaria de 1871. Su indiscriminado tratamiento no es aconsejable vista la diversa entidad de bienes jurídicos e intereses que vulneran o arriesgan, asunto singularmente complejo tratándose, sobre todo, de un delito tan típicamente pluriobjetivo como es el de bigamia del párrafo 171. El de mayor novedad es el de abandono de familia, de los párrafos 170 en sus variedades de las letras a), b), c) y d), que comprende desde los malos tratos familiares al abandono de la mujer embarazada fuera de las relaciones estrictamente conyugales. El tema sirve al autor para señalar los límites precisos a que debe llegar el propósito moralizador del Derecho penal en un sistema de Estado de derecho, aludiendo a los graves peligros que finalidades demasiado ambiciosas pueden ocasionar, precisamente en el terreno de la moral que se pretende proteger. Hace suyo y de nuestro tiempo el pensamiento de Feuerbach sobre la necesidad de una esfera de libertad

individual, legalmente garantizada, en la que pueda desenvolverse un actuar libre y, por tanto, moral. Y hace ver cómo, so pretexto de tutelarse penalmente la moralidad, lo que se consigue es vulnerar la libertad sin beneficio para aquélla, máxime que la libertad es, asimismo, una fracción capitalísima de lo moral.

**SCHWEIKERT, Heinrich:** «*Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten?*» («¿Cabe una responsabilidad penal por conducta arriesgada?»).

La III ley de reforma de 1953, exigiendo en la nueva redacción del párrafo 56 del Código penal alemán una mínima previsibilidad culposa para la imputación de un resultado lesivo, da lugar a dificultades prácticas que la jurisprudencia ulterior a dicha disposición trata de orillar con diversa fortuna. Comentando a este respecto una sentencia del Tribunal Federal, de 8-IV-1957 (cuyo texto no reproduce, con lo cual es difícil comprender el alcance de sus argumentos) el autor ve en la decisión judicial ciertas concomitancias con la doctrina del *versari in re illicita*. Para salvaguardar a la vez las esencias de la culpabilidad y los de la seguridad jurídica, considera Schweikert que es insuficiente la clásica dualidad de conductas de dolo y culpa, proponiendo una tercera que denomina «conducta arriesgada» o *riskante Verhalten*. Los esfuerzos dialécticos del articulista no llegan a ser lo suficientemente convincentes para probar que dicha «tercera forma de conducta» es diversa de las tradicionales figuras de delitos de peligro o riesgo.

**GRUNWALD, Gerald:** «*Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte*» («Sobre la regulación legal de los delitos de comisión por omisión»).

El tema de los delitos de comisión por omisión, o como en léxico alemán se denominan «de falsa omisión», no son tratados ni comprendidos en el Código vigente. Sí, en cambio, en algunos de los antiguos proyectos y también en el actualmente elaborado por la Gran Comisión, donde el párrafo 13 limita la incriminación omisiva únicamente a los casos en que el resultado motivado por el no hacer dependiese de una obligación legal de actuar (inciso primero) o bien que el no actuante hubiere ocasionado la situación de riesgo (inciso segundo). Comenta y coteja estos textos el autor con los de proyectos anteriores y con la situación actual de la jurisprudencia, que pese a la inexistencia de un precepto positivo ha encontrado a veces medios para incriminar conductas comisivo omisivas.

---

El acostumbrado *Bericht* del doctor Dreher registra las discusiones y acuerdos de la Comisión de reforma del 2 al 8 de diciembre de 1956, com-

prendiendo las cuestiones relativas a la querrela y a la sistemática de la Parte general.

El repertorio bibliográfico, por Karl Peters, se refiere al Derecho penal de menores.

En la sección del grupo comparatista se inserta un estudio de Jiménez de Asús sobre «El pensamiento jurídico español y su influjo en Europa», fruto de una conferencia pronunciada por el autor como apertura de la reunión de la «Sociedad criminológica» en Friburgo i Br. No se limita al pensamiento jurídico penal sino que se extiende al internacional filosófico, político, militar y canónico. Es de destacar la toma de posición en favor de la tesis del hispanismo de Séneca y los hispanorromanos, prefiriendo el punto de vista de Sánchez Albornoz al de su extranjería de Américo Castro.

Se publican, asimismo, un estudio del doctor Heldmann sobre el Homosexualismo en el Derecho penal inglés, otro de Grunau sobre el control jurídico de la ejecución de las penas, y uno final de Catsantonis sobre las novedades penales en Grecia entre 1953 y 1957.

ANTONIO QUINTANO RÍPOLLES

## ARGENTINA

### **Revista del Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas**

La Plata (Argentina). Año II. Núm. II. 1958.

**LUDER, Italo A.:** «La ley penitenciaria nacional complementaria del Código penal»; págs. 9 a 23.

El autor estudia y expone a grandes rasgos el Decreto-ley de 14 de enero de 1958, que lleva el título que rubrica su artículo, última realización de la reforma penitenciaria argentina, que continúa en pleno desenvolvimiento

El primer problema que se plantea es el de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del Decreto-ley, el de si dada la naturaleza del derecho ejecutivo penal que para el autor es el de una rama del Derecho Administrativo, puede tener la consideración de ley suprema y entrar por ello en las que considera el artículo 31 de la Constitución, creyendo, tras el recuerdo de la enmienda Avedaño al proyecto Herrera que resolvía de otro modo más constitucional en problema del ambito territorial que habia de tener su proyecto, que no basta para ello el artículo 131 del Decreto-ley y su título diga que es complementaria del Código penal, pues para tener tal carácter ha de versar sobre la misma materia que un código fundamental, que para el autor ya hemos dicho que es distinta a la del Código penal.

Salvado este reparo del presupuesto político, al articulista alaba sin reservas sus aciertos en lo que respecta a su orientación criminológica y a los me-