

ción de justicia no pueden correr plazos de ninguna clase. En un Estado, como el hitleriano, que no reconoce la independencia de los jueces no existe —por lo menos para los delitos cometidos por los que están en el poder— una Administración de justicia; por ello, al paralizarse ésta se paralizan también los plazos de prescripción.

En opinión de Arndt, el fin de la prescripción es el de evitar errores judiciales, es una de las pocas —demasiado pocas, piensa Arndt— instituciones penales que persiguen tal propósito, tomando en consideración las dificultades de prueba que surgen necesariamente cuando se juzga sobre hechos cometidos hace mucho tiempo. El convencimiento de que los crímenes nazis constituyen los más terribles de la Historia no es una garantía, escribe Arndt, de que en los procesos que se vayan a celebrar después de más de veinte años se condene a los auténticos culpables y no se produzcan errores judiciales.

El artículo 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental de Bonn se opone, piensa Arndt, a una prolongación de los plazos de prescripción. Según este artículo, «un hecho sólo puede ser castigado si la punibilidad ha sido dispuesta legalmente antes de que el hecho fuese cometido». No es correcto, escribe Arndt, que la palabra «punibilidad» del artículo 103 haya de ser interpretada en un sentido técnico-penal. En contra de la opinión dominante, Arndt piensa que es indiferente el que se considere a la prescripción una institución de Derecho material o de Derecho procesal; en cualquier caso, el artículo 103 se opone a una prolongación de los plazos. Para el articulista, el fin de dicha disposición constitucional es simplemente el de limitar la potestad penal del Estado. Como la potestad penal del Estado ha surgido limitada temporalmente por los §§ 61 y siguientes del StGB (los que los plazos de prescripción), el artículo 103 impide reforzar, posterior y retroactivamente, dicha potestad mediante la ampliación de su límite temporal.

Una vez afirmada la anticonstitucionalidad de la «prolongación» de los plazos de prescripción, examina Arndt la tesis que sostiene que, debido a su condición de potencia ocupada, la Administración de justicia de Alemania continuó paralizada después de la capitulación. Si ello fue así, opina Arndt, los plazos de prescripción siguieron interrumpidos después de 1945; pero Arndt tiene sus dudas de que sea cierta esa supuesta paralización, posterior a la terminación de la guerra.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG.

Juristische Schulung

ROXIN, Claus: «Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit» («Contribución a la delimitación entre dolo eventual y culpa consciente»), *Juristische Schulung* 1964, págs. 53-61.

Una famosa sentencia del Bundesgerichtshof de 1955 sirve de base a Roxin para hacer balance sobre las teorías que tratan de definir el dolo eventual. A raíz de dicha sentencia, Engisch escribió que podía constituir el punto de partida para una nueva discusión sobre los límites del dolo. Y no se equivocó, pues después de 1955 han aparecido sobre la cuestión aporta-

ciones tan interesantes como las de Armin Kaufmann, Stratenwerth, Schmidhäuser y ahora la de Roxin.

El supuesto de hecho de aquella sentencia es el siguiente: A y B deciden robar a su amigo C. A propone utilizar un cinturón con el que apretar el cuello de la víctima y privarla así de sentido; B está de acuerdo; los dos coautores no ignoran que tal método puede llevar a la muerte de C. A y B visitan a C; pero a A le falta el ánimo para ejecutar el hecho y entrega el cinturón a B; B tampoco se decide a utilizarlo. Durante los siguientes días los dos delincuentes no abandonan el plan, pero ante el temor de matar a C si utilizan el cinturón, deciden dejarle sin sentido golpeándole con un saquito de arena; se procuran uno que pueda adaptarse a la cabeza del agredido, a fin de no causarle lesiones serias. Al cabo de unos días, A y B vuelve a visitar a C; B golpea a este último dos veces con el saquito de arena, pero no sólo no consigue privarle de sentido, sino que, además, el saquito revienta comenzando entonces una lucha entre los tres. A interviene y trata de aturdir a C utilizando el cinturón que —sin conocimiento del otro delincuente— había llevado al lugar del delito. Mientras A rodea el cuello de C con el cinturón, B le sujeta los brazos; entonces cada uno de los delincuentes tira de un extremo hasta que C pierde, aparentemente, el sentido. Pero se vuelve a incorporar; al verlo, y mientras B sujeta a C, A oprime de nuevo el cuello de la víctima con el cinturón. Cuando ésta deja de moverse, B le dice a A que no apriete más y A así lo hace. Los dos delincuentes se apoderan acto seguido de los objetos que les interesaban. Una vez hecho esto, se les presenta la duda de si C sigue viviendo; entonces intentan reanimarle, pero es en vano. El Bundesgerichtshof estimó que la muerte de C había sido ejecutada con dolo eventual.

Roxin agrupa las teorías sobre el dolo eventual en dos grandes grupos.

La del consentimiento exige que el autor haya «aceptado interiormente» el resultado no perseguido para el caso de que se produzca, que esté «de acuerdo» con él. En base a esta teoría, en el caso expuesto habría que negar la existencia de delito doloso, pues los coautores no estaban de acuerdo con que el resultado mortal se produjera, sino que trataron de impedirlo. Con algunas modificaciones, es ésta también la teoría que defiende Engisch. La característica de la doctrina del consentimiento se halla en que para determinar si existe o no dolo eventual pregunta por la posición del autor frente al resultado. Si lo aprueba, o está de acuerdo con él, hay dolo (eventual). Si lo lamenta, si lo desaprueba, no.

Frente a esta doctrina, existe otra que prescinde de la posición del agente respecto del resultado y que sólo opera con este criterio: ¿qué grado de posibilidad cree el autor que existe de que el resultado se produzca? Si lo estima «probable» y no sólo «posible» (H. Mayer); si «toma en serio» que la consecuencia se produzca y a pesar de ello actúa (Stratenwerth, Germann); si «cuenta con» la causación del resultado —el agente imprudente, en cambio, «confía en que» no se produzca— (Welzel); existe dolo eventual. Dentro de la misma línea, aunque introduciendo importantes modificaciones, se hallan Armin Kaufmann, Schmidhäuser y Schröder; a estos dos últimos penalistas les basta con que el autor se haya representado el resultado como posible, con lo que parece que para ellos la culpa consciente es siempre dolosa,

quedando para la imprudencia sólo la culpa inconsciente. Para todas estas teorías es evidente que en el supuesto de hecho del BGH existió dolo eventual; pues hasta tal punto «tomaron los autores en serio» la posibilidad de que el resultado se produjese, «contaron con» éste, que en principio desistieron de utilizar el cinturón.

La distinción entre dolo eventual y culpa consciente, escribe Roxin, tiene que expresar la diferencia de culpabilidad que justifica que el delito doloso se castigue más durante que el culposo. Si el motivo que ha llevado al legislador a imponer una pena menor (o incluso ninguna pena) al autor imprudente es el de que el agente esperaba que todo fuese a salir bien y el resultado no se produjese, entonces, dice Roxin, la teoría del consentimiento es la que tiene razón. Por el contrario, si lo que fundamenta la menor pena de la imprudencia es que el autor negligente ha calculado mal las consecuencias de su comportamiento y, por ello, ha creído no tener que tomar en consideración que se fuese a producir el resultado, entonces tienen razón las teorías que prescindan de la «posición interna» del delincuente frente a la consecuencia típica.

El primer punto de vista lo defiende Engisch. Roxin afirma que es cierto que es menor la culpabilidad de aquel que no desea un resultado típico. Los dos autores de la sentencia del BGH que esperaron con toda su alma que el cinturón no causara la muerte no son tan depravados como si desde un principio les hubiera sido indiferente la posibilidad de un resultado mortal o incluso lo hubiesen perseguido. No obstante, Roxin no cree que sea esto lo que constituye la diferencia entre la culpabilidad dolosa y la culposa.

El catedrático de Göttingen se inclina por la segunda tesis; esto es: la imprudencia se castiga más levemente (o no se castiga) que el dolo porque en la primera el delincuente piensa, erróneamente, que el resultado no se va a producir. Apoya esta tesis, escribe Roxin, la circunstancia de que el Derecho penal está orientado, primordialmente, a la protección de los bienes jurídicos: «Para el Derecho penal no puede ser lo primordial impedir que alguien cometa la lesión de un bien jurídico en base a una actitud interior especialmente condenable: lo que hay que impedir es que se cometa. Si se concede ésto, entonces deriva de ahí una distinción fundamental de las formas de culpabilidad según que el agente (sin importarnos con qué sentimientos, esperanzas o deseos) se haya decidido o no en favor de la posible realización del tipo» (pág. 58). Si el delincuente, a pesar de saber que puede muy bien causar el resultado, sigue actuando, se ha decidido con ello en contra del bien jurídico. «Su esperanza íntima de que el resultado no se produzca no cambia en nada las cosas. Ni aprovecha tampoco, como el agente bien sabe, a la víctima. Por ello es razonable asignar tales casos a la forma más grave de culpabilidad» (pág. 58). En definitiva, pues, la posición de Roxin es ésta: como lo que justifica la distinta penalidad del dolo y la culpa es la decisión de actuar a pesar de contar con que la acción puede producir el resultado típico, las teorías que exigen, además, que se consienta o apruebe dicho resultado deben ser rechazadas. A continuación, en las páginas 59-61, Roxin entra en la cuestión de cuándo se puede hablar de que el agente se ha «decidido por la posible lesión del bien jurídico»; a pesar de la importancia que tiene esta tarea de concretización del principio establecido por

Roxin, no es posible, dentro del marco de esta recensión, dar noticia de ella.

* * *

El artículo de Roxin constituye un verdadero progreso en la comprensión del problema del dolo eventual. Al llamar la atención sobre el hecho de que, antes de nada, es preciso determinar cuál es el criterio decisivo que ha llevado a la ley a castigar con menos rigor la imprudencia que el dolo, pone de manifiesto cuál es el auténtico trasfondo de las diversas teorías que intentan establecer el límite entre dolo eventual y culpa consciente. Cualquier estudio sobre el dolo eventual deberá enfrentarse, de ahora en adelante, con esta cuestión previa.

El autor de esta recensión quiere aprovechar esta oportunidad para hacer algunas consideraciones sobre el problema del dolo eventual en Derecho español. Ejemplos de supuestos de hecho dudosos hay muchos; citemos algunos clásicos: ¿Es dolosa o culposa la conducta del que, para ganar una apuesta, dispara sobre la bola que en una barraca de tiro sostiene en la mano la encargada y, en vez de ganar el dinero que se jugaba, arranca un dedo del disparo? ¿Hay dolo o imprudencia en la conducta del automovilista que pasa a la una de la tarde a gran velocidad por la calle principal de un pueblo?, etc. Casos límites análogos a éstos existen; no son invención de la doctrina. Desgraciadamente, la palabra dolo eventual no aparece en las sentencias de nuestro Tribunal Supremo y no sabemos de qué modo se solucionan en la práctica estos supuestos de hecho. Probablemente reinará el casuismo y con ello —inevitablemente— la inseguridad jurídica también. Casos idénticos se castigarán unas veces como dolosos y otras como culposos. Ignorando el problema no es como se le hace desaparecer del mapa; pues aun cuando se evite establecer principios para resolverlos, estos supuestos límites están ahí y de ellos se tienen que ocupar, tanto si lo quieren como si no, nuestros Tribunales. Si nuestra jurisprudencia se decidiese a afrontar el problema, de ahí sólo podrían derivarse beneficios: ello sería establecer las bases para que pudiese surgir un diálogo entre práctica y doctrina —hoy en día inexistente sobre este extremo—, aumentando, con ello, las posibilidades de superar la dificultad que representa el establecimiento de una línea que separe el dolo de la culpa.

Sólo respecto de una clase de delitos se rompe el silencio de nuestra jurisprudencia en torno al dolo eventual: en los delitos cualificados por el resultado. Y las alusiones son entonces tan frecuentes que, a juzgar por la jurisprudencia, parece que no existe delito cualificado en el que no haya habido voluntad eventual de producir el resultado cualificante. Tomemos un ejemplo entre los innumerables: La S. de 3 de diciembre de 1964 (Repertorio Aranzadí núm. 5.155), sobre robo con homicidio. En dicha sentencia el Tribunal Supremo apoya el supuesto dolo eventual de la coautora Pilar A. V. respecto de la muerte del señor R. en la circunstancia de que el ocasionamiento de la muerte «era previsible». Esta argumentación es sorprendente, porque, fuera de los cualificados, el criterio de la previsibilidad lo utiliza el Tribunal Supremo para decidir algo muy distinto: si existe imprudencia o caso fortuito; y, naturalmente, un mismo criterio (el de la previsibilidad)

no puede servir para fundamentar dos cosas como el dolo y la imprudencia que se excluyen entre sí.

El peligro encerrado en esta dirección jurisprudencial de mantener que en todos los delitos cualificados existe dolo eventual reside en que, con ello, se oculta uno de los mayores defectos de nuestro Código. Precisamente lo que hace urgente la desaparición de los cualificados es que en ellos se castigan con la misma pena de los delitos dolosos hechos que, si bien algunas veces se han cometido con dolo eventual, otras muchas veces son sólo imprudentes e incluso fortuitos. Esta es la situación real; la postura jurisprudencial de ver erróneamente un dolo eventual en todos los cualificados está justificando, indirectamente, la existencia de esta clase de delitos; pues si en el aborto con resultado de muerte, por ejemplo, existe siempre dolo eventual respecto de la muerte de la mujer, entonces no puede decirse que la pena de reclusión menor que señala el último párrafo del artículo 411 sea exagerada. La alusión al dolo eventual precisamente —y únicamente— en los delitos cualificados por el resultado es, pues, además de infundada, inoportuna, ya que tiende a justificarlos cuando lo que procede es suprimirlos; cuanto antes, mejor.

E. G. O.

B E L G I C A

Revue de Droit Pénal et de Criminologie

Mayo 1965

La parte fundamental y destacada de esta revista, la que se corresponde con la Sección Doctrinal de nuestro Anuario, está dedicada a la ley belga referente a la suspensión y remisión condicionales de 29 de junio de 1964, de la que antes de la aparición de este número de la revista belga, que con comentarios necesariamente sucintos dimos noticia a nuestros lectores en nuestro número anterior. Esta dedicación tiene no sólo los aspectos legal y práctico de su transcripción literal y de unos comentarios de P. van Drooghenbroeck que recomendamos por su acierto y claridad de exposición, sino el trabajo que lo encabeza que destacamos.

CORNIL, Paul: «Déclin ou renouveau de la répression pénale». Págs. 715-731.

El autor, tras subrayar al estudiar la ley la extensión de la «sursis» a penas de más larga duración no obstante la existencia de antecedentes penales e inexistencia de publicidad de los debates en caso de posible aplicación de la suspensión de la condena, vuelve sobre el tema al llegar a su meditación final, interesante por sí misma y por la personalidad del que la hace, a considerar el excepticismo de esta ley respecto a las penas de prisión y a ciertos formalismos legales, que debe ser considerado en su perspectiva general de acrecentamiento de este excepticismo, sobre todo, respecto a las penas cortas de privación de libertad manifestado no sólo en lo considerado, sino en lo demás de la reciente legislación belga, estableciendo el régimen de semilibertad y los arrestos de fin de semana.