

sos semejantes nadie podría apelar, en el futuro, a que había obrado de buena fe.

El segundo caso sobre el que sé refiere Simson es el de la muerte por omisión de una anciana de 80 años, sin posible salvación médica, a la que el doctor que la cuidaba interrumpió la administración de alimentación intravenosa. El Tribunal absolvió al médico, estimando que en su comportamiento no existía una lesión del deber profesional, pues, según la sentencia, un tratamiento que prolonga artificialmente la vida puede ser interrumpido por serios motivos humanitarios si el paciente sufre grandes dolores y la muerte es, en cualquier caso, irremediable.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft

Tomo 76, 1964, fasc. 3.º.

ROEDER, Hermann: «Der Landesverrat nach dem deutschen und österreichischen Strafgesetzentwurf» (El delito de traición según los Proyectos alemán y austriaco de nuevo Código penal).

En el Derecho penal alemán y austriaco se ha conservado la distinción, introducida por primera vez por el Allgencines Landrecht prusiano de 1794, entre los delitos de alta traición (Hochverrat) y traición (Landesverrat). El delito de alta traición consiste en el ataque a la seguridad interna del Estado, especialmente a su Constitución y a su territorio. El delito de traición consiste, en cambio, en el ataque a la seguridad exterior y a la posición del Estado en la Comunidad internacional.

Los Proyectos alemán y austriaco se atienen a esta distinción fundamental, aunque como consecuencia del moderno desarrollo de las actividades subversivas han surgido figuras de delito que tienden a difuminar las diferencias entre ambos conceptos.

Roeder lleva a cabo un estudio comparativo minucioso y exhaustivo de las figuras delictivas de traición en los dos Proyectos, poniendo de relieve sus coincidencias y diferencias. Considera que el defecto fundamental de ambos Proyectos es el de no haber comprendido en sus tipos todas las conductas punibles. Este defecto está más acusado en el Proyecto austriaco, en el que deberían incluirse, según Roeder, varias figuras delictivas perfiladas por la dogmática en atención a las exigencias de la política criminal. Deben ser punibles, según Roeder, el que descubre o retiene secretos de Estado (*sin* intención de revelarlos) para utilizarlos de un modo peligroso para el bien del Estado (art. 386 del Proyecto alemán); la creación traicionera de un peligro para la paz del artículo 388 del Proyecto alemán (equivalente al art. 100 d, párrafo 1.º del Código penal alemán vigente); "el que establezca o mantenga relaciones con un gobierno, un partido, otra asociación u organización exteriores al ámbito de validez espacial de esta Ley o con uno de sus agentes

y con ello desarrolle o apoye intencionadamente o a sabiendas actividades dirigidas a desencadenar una guerra o un ataque armado contra la República federal alemana"; la simulación de secretos de Estado (el Proyecto alemán la castiga en el artículo 389 cuando la falsificación o transmisión de los supuestos secretos de Estado cree un peligro concreto para el bien de la República federal o uno de sus Estados, y aunque el engaño no surta efecto; el engaño consistente en simular frente al propio gobierno secretos de Estado extranjeros u otras noticias falsas de considerable importancia para la política exterior (art. 391 del Proyecto alemán) (esta figura delictiva es subsidiaria de la anterior); infidelidad cometida uno una persona encargada de un asunto de política exterior (especialmente en la negociación de tratados) que actúa intencionada o conscientemente en perjuicio de los intereses de su Estado (art. 392 del Proyecto alemán, correspondiente al art. 100 f) del Código penal vigente), y a la revelación dolosa de secretos de Estado por cualquier persona, sin la voluntad de crear un peligro concreto para la seguridad del Estado (art. 385 del Proyecto alemán, párrafo 1.º).

En el Proyecto alemán observa Roeder la falta de dos figuras delictivas muy importantes contenidas en el Proyecto austriaco: la prestación de servicios en lo ejércitos enemigos o el levantarse en armas contra la República austriaca durante una guerra o conflicto armado en que aquélla tome parte (párrafo 1.º del art. 293); y la ayuda al enemigo; es decir, la prestación de ayuda a las fuerzas enemigas o la causación de un perjuicio a las fuerzas nacionales durante una guerra o conflicto armado en el que tome parte la República de Austria (a los extranjeros sólo se les castiga, según esta disposición, si realizan el hecho cuando se encuentren en territorio austriaco o en un territorio ocupado por el ejército austriaco (párrafo 2.º del art. 293).

Roeder considera más correcto el concepto formal de secreto de Estado contenido en el Proyecto austriaco, que el concepto material formulado en el Proyecto alemán (arts. 291 y 393 de los Proyectos austriaco y alemán, respectivamente). El primero se extiende sólo a lo que *de hecho* se quiere guardar en secreto, mientras que el segundo se extiende a todo lo que es *necesario* guardar en secreto por el bien del Estado. Este concepto material de secreto de Estado es impreciso y su adopción es contraria, dice Roeder, al principio de legalidad de los delitos y de las penas establecido en el artículo 1.º del Proyecto alemán y en el artículo 103, párrafo 2º, de la Constitución de la República federal alemana.

Roeder propugna al final de su trabajo una fusión de lo que hay de bueno en ambos Proyectos.

TIELSCH, E.: «Zwei metaphysische Grundvorurteile der segenanten «modernen» Strafrechts-Handlungstheorie des 19 und 20 Jahrhundert» (Dos prejuicios metafísicos fundamentales de la llamada teoría «moderna» de la acción del Derecho Penal de los siglos XIX y XX).

Cuando Tielsch habla de la teoría de la acción y de la culpabilidad de los siglos XIX y XX, se refiere a una concepción que ha inspirado todos los códigos europeos o de los países influenciados por la codificación europea: que

el derecho de castigar se basa en último término en la culpabilidad del autor y que ésta es causa de la acción. Esta causalidad de la culpabilidad y la culpabilidad, como hecho, tienen que ser demostradas científicamente, sin embargo, dice Tielsch, si no queremos basarnos exclusivamente en principios metafísicos.

Los conceptos jurídico-penales de la causalidad (espiritual) y culpabilidad tienen aún su raíz, según Tielsch, en determinadas concepciones filosóficas del alma, la libertad o la necesidad, cubiertas por un velo de falta de claridad y de rigor científicos.

Las últimas fuentes de estos conceptos filosóficos no se encuentran en la edad moderna (entre Kant y Sartre), donde pretenden encontrarlas a menudo los penalistas contemporáneos, sino en la antigüedad griega o en las culturas anteriores.

Es en la antigüedad griega y en las culturas anteriores donde se encuentra el origen del prejuicio metafísico —combatido yo por los antiguos empíricos, Pretágoras, Epicuro, etc.—, del dualismo insalvable entre la culpabilidad y la causalidad científico-natural. En este dualismo se sigue basando, según Tielsch, la moderna doctrina del Derecho penal. Se parte de un concepto artificialmente restringido de la causalidad natural y se excluye, más o menos, de la naturaleza y la ciencia las doctrinas de la culpabilidad y la libertad de las llamadas ciencias del espíritu.

Si el Derecho penal quiere construir una doctrina de la acción de la libertad y de la culpabilidad realmente modernas tiene que someter a revisión, en primer lugar, la teoría de la causalidad de las ciencias de la "naturaleza". En la previsión, planificación y decisión humanas no se da una interrupción de un presunto nexo causal "natural" que se extienda más allá del presente y pueda ser objeto de conocimiento en un sentido rigurosamente empírico. En el futuro no hay cosas, ser, ni causas. El saber y la ciencia humanas sólo pueden tener por objeto el pasado. En relación con el futuro sólo sabe una previsión, aunque esté científicamente fundada, una opinión, la fe y la religión.

Las categorías del conocimiento y de las leyes de la causalidad son válidas, pues, sólo para los efectos y los hechos ya sucedidos. El hombre no es una excepción de las leyes de la causalidad. Sin salvodad metafísica alguna pueden descubrirse todas las causas de sus acciones pasadas.

Las causas en sentido mecánico, científico—"natural", no nos sirven, sin embargo, para la representación y comprensión del acontecer en el sistema humano de preparación de la acción. No bastan para comprender los fenómenos específicos del quehacer espiritual humano, positivos o negativos, porque la misma teoría científico-natural de lo que sea un hecho es, desde hace mucho tiempo, demasiado restringida. La Ciencia del Derecho Penal tiene que elaborar, por ello, una teoría propia del hecho espiritual de la energía espiritual y de la causa. A mi juicio, en esta dirección discurre ya la corriente más importante de la moderna Antropología (Scheler, Gehlen, Rethacker, Lorenz, Storch, Lersch y Welzel).

NAUCKE, Wolfgang: «*Über das Regressverbot in Strafrecht*» (Sobre la prohibición del retroceso en el Derecho Penal).

Naucke defiende en este artículo, frente a la opinión dominante en la doctrina alemana, la prohibición del retroceso, basándose en la teoría de la imputación objetiva. Para ilustrar su exposición cita el caso, tomado de la jurisprudencia del Reichsgericht, del marido que dio muerte a su mujer dolosamente envenenándola. El marido había recibido el veneno de su amante. A ésta no se le pudo probar en el proceso que hubiera inducido al marido a matar o le hubiera prestado ayuda dolosamente. La amante no podía ser castigada como partícipe culposo, porque la participación culposa es impune en el Código penal alemán. Fue condenada por el Reichsgericht como autora de homicidio culposo.

Naucke hace un análisis crítico de las razones dogmáticas (teoría de la equivalencia de las condiciones), de Derecho positivo y de política criminal que aduce la opinión dominante el excluir la prohibición del retroceso. Expone también algunos intentos aislados de oposición a la exclusión de la prohibición del retroceso que no hallaron eco en la doctrina.

Naucke dice que la teoría de la imputación objetiva es la única que en la época reciente se ha manifestado decididamente en favor de la prohibición del retroceso y la única que puede tener aún esperanza de ser discutida.

La doctrina de la imputación objetiva parte de la consideración de que al Derecho penal le interesa saber qué acciones y qué consecuencias de estas acciones le pueden ser imputadas al hombre, es decir de qué acciones y de qué consecuencias de estas acciones se le puede hacer responsable. Esta doctrina sustentada principalmente por Larenz y H. Mayer— distingue luego entre una imputación objetiva o imputación del hecho y una imputación subjetiva o imputación de la culpabilidad.

La doctrina de la imputación objetiva rechaza la equiparación de responsabilidad objetiva y causalidad, especialmente si se interpreta esta última en el sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones. La causalidad y la responsabilidad objetiva se extenderían entonces hasta el infinito.

La doctrina de la imputación objetiva parte del concepto de la acción como conducta señorable por la voluntad. Sólo cabe hablar de responsabilidad objetiva si la conducta humana o el resultado derivado de ella pueden ser concebidos como efectos de una voluntad humana. El ámbito de lo dominable por la voluntad se determina, según esta teoría, no según la capacidad del autor (imputación subjetiva), sino la capacidad de un hombre medio.

Naucke cree que de esta teoría de la imputación objetiva se deriva, sin duda, la prohibición del retroceso. La producción del resultado es obra de la voluntad del autor que actúa dolosamente; es independiente, en cambio, de la voluntad del que puso culposamente una condición de la producción del resultado. La amante, en el caso citado, es impune porque no podía dominar, teniendo en cuenta la capacidad de un ciudadano medio, la conducta del marido, es decir, el envenenamiento doloso de la esposa. Este resultado no se le puede imputar de un modo objetivo.

Esta tesis me parece, sin embargo, discutible. Si se equipara —como hace

Larenz y no rechaza, en principio, Naucke— la posibilidad objetiva de dominio con la previsibilidad objetiva, ¿puede decirse que la utilización del veneno por el marido para dar muerte a su esposa, habiendo recibido él primero el veneno de su amante, no es objetivamente previsible? Y esto sin necesidad de recurrir al criterio de Larenz —que tilda Naucke de inconsecuente— de afirmar la responsabilidad objetiva cuando la acción del autor doloso, según su fin, guarda una conexión “interna” con la acción del que actuó en primer término, de modo que aparezca como provocada por ésta.

Naucke pretende demostrar que los tipos de los delitos culposos del Código penal alemán, interpretados con arreglo a su sentido histórico, llevan implícita la prohibición del retroceso. Su argumentación es convincente en lo que respecta a los tipos del Código prusiano de 1851. Es decisivo a este respecto el artículo 185, que trataba de determinar las heridas de carácter letal. Este precepto exigía para que se diera el tipo de homicidio doloso o culposo que el autor hubiera causado por sí mismo, personalmente, alguna herida o lesión en el cuerpo de la víctima, no importando, en cambio, que la muerte se hubiera producido después o en virtud del concurso de otras circunstancias. En los códigos de la Federación alemana del Norte y del Imperio (Código vigente de 1871) no se recoge este precepto. En la Exposición de motivos del Código de la Federación alemana del Norte se hace referencia al artículo 38 del Código penal de Sajonia, que contenía una doctrina causal esencialmente coincidente con la teoría de la equivalencia de las condiciones. No se considera oportuno, sin embargo, introducir un precepto en materia de causalidad y se expresa la creencia de que la doctrina del artículo 38 del Código de Sajonia no será discutida. Para la solución de los casos dudosos se hace remisión a la jurisprudencia. En el Código del Imperio no se hace ya ninguna referencia a estos problemas. Naucke pretende que en el Código de la Federación alemana del Norte y en el Código del Imperio se deja abierto únicamente el problema causal para aquellos casos en que sea discutible el carácter letal de las heridas. El art. 38 del Código de Sajonia sólo se había aplicado en estos casos y nunca se consideró que excluyera la prohibición del retroceso. Sólo en este reducido marco debía aplicarse la teoría de la equivalencia de las condiciones, pero debía quedar en pie, según Naucke, el requisito de que el autor haya causado por sí mismo heridas o lesiones en el cuerpo de la víctima. Naucke demuestra, pues, que el fin de la modificación no era el de excluir la prohibición del retroceso. Pero lo cierto es que ahora *cabe* interpretar la conducta típica de los delitos culposos con arreglo a la teoría de la equivalencia de las condiciones. Por otra parte, si se mantuviera la restricción de que el autor ha de haber causado personalmente heridas o lesiones en el cuerpo de la víctima quedaría excluida la autoría mediata en los delitos dolosos.

No me parece convincente tampoco el argumento de Naucke de que el castigo como autor del delito culposo (homicidio, lesiones o incendio) del que por *imprudencia* o *negligencia* ponga una condición del correspondiente delito doloso cometido por otro, sea contrario a las exigencias de la seguridad jurídica e incompatible con el principio de legalidad. Me parece exagerada también la afirmación de que la aplicación de la pena sea superflua desde

el punto de vista de la prevención general. Desde el punto de vista de la prevención especial es cierto, como señala Naucke, que se tratará muchas veces de personas no necesitadas de una reeducación o readaptación social, pero lo mismo cabe decir de gran parte de los autores de delitos culposos.

TREPLIN, Heinrich: «Der Versuch. Grundzüge des Wesens und der Handlung» (La tentativa. Rasgos principales de su esencia y de la acción).

Este artículo ofrece en primer lugar el interés de estar escrito por un penalista de la Alemania Oriental (República Democrática Alemana) y de ser el primero, según creo, que se publica en las páginas de la "Z. Str. W.", después de la escisión de Alemania en dos Estados. En este artículo demuestra Treplin un perfecto conocimiento de la moderna literatura juridicopenal de la República Federal Alemana (Alemania Occidental).

Treplin considera que la razón por la cual los problemas de la tentativa no han recibido todavía una solución satisfactoria, estriba en que se trata de resolver dichos problemas en función de las teorías de la tentativa, en vez de proceder de modo inverso, es decir, partiendo de los casos que se presentan en la jurisprudencia y tratando de deducir de ellos los criterios rectores de la regulación jurídica.

Parte Treplin del concepto de la tentativa del artículo 43 del Código penal alemán y considera que el motivo de la punición de la tentativa consiste en el peligro de la producción del resultado, implícito en el principio de ejecución. En la tentativa hay que distinguir, como en el delito consumado, un tipo subjetivo, la resolución delictiva, el dolo y un tipo objetivo, una acción que implique un principio de ejecución del delito. La tentativa inidónea es impune pues no contiene un peligro del bien jurídico protegido y no puede ser subsumida, además, en el concepto de la tentativa del Código, pues éste exige que se dé un principio de ejecución del delito en sentido objetivo. El castigo de la tentativa inidónea implicaría, incluso, según Treplin, una infracción del principio de legalidad. Para el castigo de la tentativa es preciso que se dé el tipo subjetivo y el objetivo de la misma.

Treplin parte aquí de un presupuesto no demostrado. Que el requisito del principio de ejecución implique necesariamente el de la idoneidad de los actos. La distinción acto preparatorio y acto ejecutivo no coincide, a mi juicio, con la de acto idóneo e inidóneo. Tanto el acto preparatorio como el ejecutivo pueden ser idóneos o inidóneos. Por otra parte, es discutible que aun siendo la tentativa, ex ante, idónea (ex post toda tentativa es inidónea), puede hablarse de una realización parcial del delito.

El autor lleva a cabo después un examen crítico de las teorías objetiva y subjetiva (en sus diversas versiones), así como de algunas teorías mixtas y la del Mangel am Tatbestand (falta de tipo). Esta crítica no está exenta de observaciones agudas y originales. Treplin formula también algunas críticas a la regulación de la tentativa en el Proyecto 1962 de nuevo Código penal alemán (Alemania occidental).

Las teorías de la tentativa no conducen a resultados satisfactorios porque no se adaptan a la esencia y a la punibilidad de la tentativa. Para el enjuiciamiento de los casos de tentativa, así como para la reforma de las disposiciones vigentes hay que partir de la experiencia de la práctica y de un adecuado sentimiento jurídico. El fundamento del castigo de la tentativa, de acuerdo con la definición del artículo 45 del Código penal alemán, es la realización de la voluntad criminal mediante un principio de ejecución del delito, objetivamente peligroso. De aquí se deduce la impunidad de la tentativa inidónea, dice Treplin, pero debe examinarse la posibilidad de autorizar al tribunal en algunos casos a intervenir de otro modo. Cuando el delincuente sea peligroso deben aplicarse, según Treplin, medidas de seguridad (vigilancia de seguridad del artículo 91 y, en casos especialmente graves, la custodia de seguridad del artículo 85, ambos del Proyecto 1962 de nuevo Código penal alemán) o corrección (internamiento en una casa de trabajo o en un establecimiento asistencial).

Treplin propone, además, una ampliación del tipo objetivo de la tentativa. Este no comprende todos los casos punibles, al exigir que se dé un principio de ejecución del delito, objetivamente peligroso. Es preciso ampliar el tipo objetivo, mediante el concepto jurídico-material de la tentativa, de modo que comprenda todo ataque doloso y objetivamente peligroso al bien jurídico protegido. Se trata de casos en que por un defecto en la ejecución no se da el peligro en el momento del comienzo de ejecución del delito, pero sí se daba en un momento anterior, en actos que implicaban ya un ataque al bien jurídico protegido: confusión de objetos o medios, situados todos ellos en la zona de peligro; medios insuficientes, error sobre el momento o lugar adecuado para la ejecución del delito (por ejemplo, meter la mano en el bolsillo o cartera vacía, disparar en el lecho vacío, etc.).

En cuanto a la delimitación del principio de ejecución del delito, Treplin estima que se da cuando el autor pasa al ataque, entabla relación con el objeto del delito mediante una acción que lleve implícita la probabilidad de la producción del resultado. Treplin hace también un análisis crítico de las diversas teorías para la delimitación del principio de ejecución, haciendo algunas observaciones muy acertadas. De *lege ferenda* propone que se permita a los tribunales aplicar una pena adecuada a una medida de seguridad o corrección a los autores de actos preparatorios de delitos especialmente graves, que además de revelar la peligrosidad del delincuente impliquen un peligro objetivo del bien jurídico protegido.

Por último, se ocupa Treplin del desistimiento y del arrepentimiento activo, que en el Código penal alemán vigente (artículo 46) y en el Proyecto 1962 (artículo 28) son excusas absolutorias. El fundamento de la exclusión de la pena se encuentra en la decisión voluntaria del autor de desistir de la ejecución o impedir el resultado, eliminando con su conducta el peligro objetivo que había anteriormente creado para el bien jurídico protegido. Rechaza Treplin otras fundamentaciones dadas a la excusa absolutoria.

En cuanto a la distinción de tentativa acabada (delito frustrado) y no acabada, Treplin se manifiesta en favor del criterio objetivo de distinción. De lo contrario, cuando el autor crea erróneamente que la ejecución no ha con-

cluido y decida simplemente permanecer inactivo quedaría exento de pena, siendo así que era preciso que desarrollara una conducta activa para evitar la producción del resultado (que no se ha producido por otras causas). Esto sería injusto, pues el autor no habría compensado la lesión producida en el sentimiento jurídico por su conducta anterior.

Particular atención dedica Treplin al problema de la voluntariedad del desistimiento. La índole de los motivos no influye, según él, ne la voluntariedad. Se opone Treplin a la tesis de que el autor ha de obrar impulsado por un motivo moral. En la disposición referente al arrepentimiento activo (párrafo 2, art. 46) no se exige de un modo expreso que el arrepentimiento sea voluntario. Podría pensarse que se presume la voluntariedad siempre que la conducta sea anterior al descubrimiento. Treplin rechaza esta interpretación. También aquí, en la tentativa acabada, es presupuesto inexcusable de la excusa absolutoria la voluntariedad de la decisión.

Critica, por último, Treplin, la disposición del artículo 28 del Proyecto de 1932 de nuevo Código penal alemán, según la cual la excusa absolutoria se extiende al caso en que el autor desiste o trata de evitar la producción del resultado y éste no se produce, pero por otras causas independientes de su voluntad o se produce por la intervención de otras personas. La impunidad no está justificada en este caso, dice Treplin, pues el autor no ha conseguido una compensación en su conducta anterior. Sería suficiente una atenuación de la pena.

* * *

Las recensiones bibliográficas versan esta vez sobre Historia del Derecho y corren a cargo del profesor Thomas Würtenberger.

* * *

En la Sección de Derecho comparado se incluyen los discursos de los profesores Graven y Germann y del doctor Schafheule con motivo del 25 aniversario del Instituto de Derecho penal extranjero e internacional de Friburgo y la apertura del Coloquio de la Asociación internacional de Derecho penal sobre el tema "Los efectos internacionales de las sentencias penales".

Se incluyen también un interesante artículo del profesor Stefan Glaser, "Die Gesetzlichkeit in Wölkerstrafrecht" ("La legalidad en el Derecho internacional penal") y una recensión del doctor Mario Porzio, Privatdozent en la Universidad de Nápoles, del libro de Dannert: "Die finale Handlungslehre Wezels im Spiegel der italienischen Strafrechtsdogmatik" ("La doctrina de la acción finalista de Welzel en el espejo de la dogmática del Derecho penal italiano).

JOSÉ CERRZO MIR