

# REVISTA DE REVISTAS

## A L E M A N I A

### Monatsschrift für deutsches Recht

**RUDOLPHI, Hans-Joachim:** «Die Strafbarkeit des versuchten unechten Unterlassungsdelikts». (La punibilidad de la tentativa del delito de omisión impropia). *Monatsschrift für deutsches Recht*, 1967; páginas 1-6.

A la pregunta de si es punible la tentativa de un delito de comisión por omisión cree Rudolphi que no se le puede dar una respuesta unitaria, y distinguen, por ello, varios grupos.

El primer grupo lo constituyen aquellos casos en los que los bienes jurídicos que ha de proteger el garante no han corrido peligro alguno; lo que ha sucedido es que el garante se ha imaginado erróneamente que se daba un supuesto de hecho que, de haberse dado efectivamente en la realidad, hubiera creado un deber de evitar el resultado. Ejemplo de este primer grupo es el de la madre que, creyendo equivocadamente que un tirador—que en realidad apunta a un ciervo—va a disparar sobre el hijo de aquélla, no hace nada para impedirlo porque quiere que el hijo muera. Rudolphi cree que en este supuesto la tentativa de madre es impune, pues aquí no hay peligro objetivo alguno, sino sólo un ánimo que, por tratarse de una omisión, no se ha traducido en ninguna clase de actividad en el mundo exterior. Esta solución la confirma, dice Rudolphi, el siguiente argumento: Si la madre hubiese hecho algo más que quedarse quieta y hubiese entregado al tirador el arma, dicha conducta sería impune, ya que en Derecho alemán (como en el español, por lo demás) la complicidad intentada no se castiga.

En el segundo grupo que hace Rudolphi de la omisión impropia intentada, consiste en el supuesto de que, si bien existe un peligro real que lleva a la lesión de un bien jurídico, este peligro no amenaza—como equivocadamente creía el que omitió— a un bien que él haya de proteger. Ejemplo: El padre ve, sin intervenir, porque quiere que muera, cómo se ahoga un niño que él erróneamente cree que es su hijo. En base a consideraciones análogas a las empleadas para fundamentar la impunidad en el primer grupo, Rudolphi cree que tampoco aquí se puede castigar el comportamiento.

En el tercer grupo, formado por aquellos supuestos en los que un tercero pretende realmente, pero sin conseguirlo, lesionar un bien jurídico que ha de proteger el garante—ejemplo: una persona dispara contra el hijo del garante, sin alcanzarle, y éste no interviene—, Rudolphi distingue según que la tentativa del tercero sea idónea o absolutamente inidónea. En el primer supuesto cree que el hecho del garante es punible como tentativa de delito de omisión impropio, y en el segundo supuesto, que no lo es.

Ejemplo del cuarto grupo distinguido por Rudolphi es el de la madre que, para matarlo, deja de dar de comer a su hijo, salvándose éste porque unos vecinos intervienen a tiempo. Rudolphi piensa que aquí el garante responde también. Y la misma solución defiende para un último quinto grupo,

en el que el garante no interviene, creyendo que podía impedir el resultado, siendo así que, en realidad, ello le era imposible.

Finalmente, Rudolphi estima que cuando la tentativa de omisión impropia es punible, debería castigarse con la pena de complicidad en delito intentado. Y ello porque Rudolphi piensa, con un sector cada vez más importante de la doctrina alemana, que incluso el delito de comisión por omisión consumado debe de ser penado con una pena más benigna que el delito de acción.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

### Neue Juristische Wochenschrift

**WOESNER, Horst: «Grundgesetz und Strafrechtsreform». (Ley Fundamental y reforma del Derecho penal). Neue Juristische Wochenschrift, 1966; páginas 1729-1734.**

Más aún que otras leyes, escribe Woesner, el Código Penal debe ser de una ley que desarrolle y dependa de los principios rectores de la Constitución. Por ello, el Derecho penal, si bien no debe ser benigno a cualquier precio, sí que ha de evitar toda tutela innecesaria de hombres libres. De la Ley Fundamental de Bonn, escribe el articulista, derivan, entre otros, los siguientes principios:

Los principios del Estado de Derecho y del Estado social. Por lo que al primero se refiere, Woesner estima que, en la órbita penal, exige conformar el orden jurídico de tal forma que, dentro del ámbito de su dominio, haga posible una convivencia y una colaboración saludables. El principio del Estado social impone al legislador la obligación de tratar al delincuente como miembro impeccto de la sociedad y de prepararle, mediante medidas asistenciales adecuadas, el camino de la reincorporación social, o de excluirle de una futura actuación antisocial.

El principio de la proporcionalidad exige que la índole y medida de la pena dependa de la gravedad del ataque y de la peligrosidad del delincuente.

Conforme al principio de la tolerancia, las bases para las decisiones legales concretas han de venir dadas por la sociología y por la investigación criminológica; pero no por la religión ni por la moral, que únicamente actúan, parcialmente, a través de la conformación de las relaciones sociológicas. En opinión de Woesner, este principio exige una mayor tolerancia que la del vigente Código Penal alemán ante la esfera de la personalidad. "La ley penal ha de detenerse ante la puerta de la alcoba de los adultos." Por ello, el legislador ha de contemplar la decisión del matrimonio de determinar el número de hijos aplicando métodos modernos de contracepción o de inseminación, no desde el punto de vista de la utilidad social, sino desde el punto de vista del derecho de los sujetos a conformar su vida. A una legislación basada en el principio de la tolerancia, expone Woesner, el aborto producido por una mujer víctima de un delito contra la honestidad no le parece sólo una infracción del mandato de salvaguardar la vida, sino también una reacción sensible y tolerable de una persona atormentada y desbordada por las circunstancias.