

atribuye a los actos que motivan sanciones juridicopenales. Erik Wolf se ha referido también a una diferenciación cualitativa, diferencias todas ellas que han motivado la competencia de distintas autoridades para juzgar ambos supuestos punibles. En un caso, los Tribunales de justicia, en el otro, autoridades administrativas. Las diferencias de orden cualitativo se mantienen en la esfera doctrinal y en las tendencias de reforma legislativa.

Después de referirse el autor a distintas normas vigentes en Alemania alude a la diferente valoración del concepto de la culpabilidad en ambos supuestos de ilicitud jurídica, citando a Welzel, Bockelmann y Maurach entre otros, en relación a una voluntariedad en sentido natural, a la conciencia y conocimiento de todas las consecuencias del acto y al aspecto doloroso del problema.

VALENTÍN SILVA MELERO

Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft

Berlin De Gruyter, 1957. 69 Band. Heft 1.

SAUER, Dr. W.: «Tatbestand, Unrecht, Irrtum und Beweis». («Tipo, injusto, error y prueba».)

Tras una diatriba contra el formalismo belinguiano y su pretendida invención del elemento de lo típico que se incrusta inorgánicamente en la teoría jurídica del delito, echa de menos en ella W. Sauer una jerarquía de elementos que estima indispensable para llenar las exigencias lógicas de la construcción. No cree que lo salve la ulterior propuesta de incluir en el tipo los elementos objetivos y los subjetivos del injusto, que en su sentir, conduciría a la recusable conclusión de situar en él, asimismo, el dolo y aun la imprudencia. Lo cual, a su vez, destruiría la laboriosa construcción doctrinal y legislativa que distingue entre los elementos generales del delito y los meramente especiales.

Defiende, en consecuencia, el Profesor de Münster, su tesis dualista que apareció por primera vez en sus *Grundlagen* de 1921, procurando armonizarla y aun apoyarla con arreglo a la nueva estimativa del error en sus dos vertientes de error de tipo y de prohibición. El dualismo de Sauer reposa en los dos pilares del delito: injusto y culpabilidad, a los que deben ser subordinados todos los otros elementos secundarios. El injusto constituye el objeto y se manifiesta en la acción (*Handlung*); la culpabilidad, por su parte, en lo subjetivo del querer (*Wollen*). En dicho dualismo fundamental, el papel de la tipicidad se reduce a constituir los tipos legales meros («tipos del injusto») (de carácter negativo las causas de justificación).

En lo tocante a la acción procura S, acabar con su concepción neutra e incolorada y, en nombre del finalismo, pretende rellenarla con lo que denomina «concepto material» a base de contenido «ontológico-psicosociológico», amalgamado un tanto confusamente con una reivindicación de la doctrina civilista de la jurisprudencia de intereses. De esta inmersión en lo extrajurídico deduce que el punto de vista a adoptar en materia de causa-

lidad es el de la «adecuación» o de la causalidad adecuada, a la que asimila la mezeriana de la «relevancia», por cuando que la misma tiene su fundamento en la equidad, aunque quizá no en la dogmática vigente (que es el reproche fundamental que sus enemigos le hacen).

La concepción material del injusto comprende, sobre todo, su aspecto objetivo, lo que denomina «antijuricidad del acto», y, por tanto, la ausencia de las causas de justificación. Esta forma de entender el «injusto material» le sitúa nuevamente en dimensiones metajurídicas, postulando en él tres elementos: justicia, bien común y unidad de ordenamiento, equivalente a seguridad jurídica. De observar es que la idea saueriana de Justicia no es óntica, sino sociológica, puesto que expresamente la identifica con la de utilidad social; de donde, a *contra sensu*, el injusto material concuerda con la dañosidad o peligrosidad social. Ahora bien, conviene situar tales concepciones en un plano de generalización y de uniformidad, con el fin de que no sufra la seguridad jurídica. Y que sirvan no solamente para refinamientos de sistemática, sino para la real vida de la administración de justicia. A estos efectos el concepto material del injusto es aplicable: a) para la interpretación de los tipos, sirviendo para diferenciar, por ejemplo, los puros delitos de ataque de los que integran lesión o peligro de intereses, e incluso para permitir legítimo empleo de la analogía dentro de los límites de la ley; b) para el uso de determinadas causas de justificación, notablemente la del estado de necesidad supralegal; c) para la estimativa de la gravedad en la aplicación de la pena, independientemente incluso de la cuestión de la culpabilidad; d) para concebir la imputabilidad a modo de capacidad para entender lo materialmente injusto del acto; e) para situar el dolo a modo de exigencia del conocimiento del injusto material, y f) el conocimiento de las lagunas y contradicciones de la ley para su eventual corrección por vía de analogía o de reforma legislativa.

Por lo que atañe a la culpabilidad, es susceptible igualmente de una doble perspectiva en la contemplación del jurista. La ordinaria formal, de reprochable voluntad libre de conceder o deber conocer lo injusto; y la material, según la cual, la culpabilidad es libre actividad de la voluntad de infringir deberes tipificados, con conocimiento o deber de conocimiento del injusto, asimismo material. De ahí que se den grados en el dolo y en la culpa. Y que, con ayuda de las ciencias criminológicas se haya llegado a una específica forma de culpabilidad, la «culpabilidad de carácter», propia del delincuente habitual, concepto que permite hablar de él sin necesidad de vaciarlo de contenido de culpabilidad, siempre y cuando que la misma, se entienda como «culpabilidad de conducta de vida» o *Lebensführungs-schuld*.

En relación con la doctrina del error, esta tesis lleva al convencimiento de que el error sobre el tipo excluye el dolo, mientras que el error de prohibición es susceptible de excluir la culpabilidad o de atenuarla, aun con posible subsistencia del dolo, considerando éste como mero «dolo de acto» o *Tatvorsatz*, vinculado a la acción o al tipo. Lo cual conduciría a hablar de una «doctrina de la culpabilidad» frente a la corriente «doctrina del dolo», a lo que parece tender, según el autor, sentencias del Tribunal Federal, a partir de la famosa 2.194, al menos en lo relativo a presupuestos positivos,

aunque todavía no en cuanto a las causas de justificación. En todo caso considera la terminología de error de tipo y error de prohibición como ambiguas y propicias a malentendidos, habida cuenta que lo que, en definitiva se hace sobre tales conceptos, una labor de valoración, de sí hay o no reprochabilidad en la conducta errada. O lo que es lo mismo, una operación axiológica que sirve mejor que otra a las exigencias de la Justicia, conectada con los datos científicos aportados del campo criminológico. Aspecto de la cuestión que asimismo afecta a lo judicial y probatorio, que es siempre concreción de modalidades abstractas legislativas.

PIOTET, Paul: «Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre». (Sistemática de los elementos del delito y teoría de la participación).

El propósito del autor de este artículo es poner de manifiesto las íntimas relaciones existentes entre la categoría general del delito y sus elementos, de un lado, y la de la participación del otro. Ello se pone singularmente de manifiesto en lo tocante al tipo y a la culpabilidad, manteniéndose el punto de vista de que la accesoriedad de la participación reposa en el principio de «a cada cual su culpabilidad». De ahí que la inimputabilidad del agente principal no excluya para nada la responsabilidad criminal del partícipe; y que, en cambio, la falta de tipificación en el acto principal excluya sin más la de todos los demás copartícipes. Tanto si se acepta la tesis finalista de situar el dolo y la culpa en la tipicidad (más exactamente debiera haber dicho en la acción), como si se les incluye, al modo tradicional, en la culpabilidad, lo cierto es que lo que, en definitiva, interesa es que el acto principal sea doloso o culposo. El sumo papel asignado a la tipicidad se delata a los afectos de caracterizar la autoría, que formalmente no es otra cosa que la realización plena de la descripción legal típica. Materialmente, empero, la noción de autor nos la presta la consideración subjetiva que deriva de considerar el delito como su «obra propia». Es a la defensa de este punto de vista subjetivo y a la crítica del formal objetivo a lo que tiende el trabajo de P. Piotet, acentuando la diferencia existente entre los elementos reales y personales del delito. El subjetivismo por el propugnado ofrece inmediato terreno de aplicación en lo que toca a los delitos de propia mano o *delicta propria*. En ellos el *extraneus* no puede, evidentemente, realizar las condiciones del tipo; de donde se deduce la imposibilidad de que en tal especie de delitos el partícipe obre como coautor *stricto sensu*, aunque sí pueda ser inculpatado a título de instigador o de cómplice. Estima, contra Welzel, la posibilidad de participación de un *extraneus* en tanto que autor mediato (es decir, sirviéndose de un inimputable), así como la tesis de la irresponsabilidad del *extraneus* cuando el *intraneus* no obró dolosamente. Piotet tiene por posible la participación del extraño en tanto que autor mediato, siempre y cuando que haya utilizado al autor real a modo de instrumento de su propia voluntad criminal encarnable en un tipo. Concluye el trabajo con unas sugerencias *de lege ferenda* en que se espera la autoría de la instigación y de la complacencia, atribuyendo a esta última una atenuación meramente facultativa.

LESS, Güner: «Der Unrechtsharakter der Anstiftung». («El carácter del injusto en la instigación»).

Contémplese la situación dogmática y sistemática de la instigación que en el derecho alemán, al contrario que en el español, no tiene la categoría morfológica de autoría. Estima que en ella hay una doble condición de injusto, pues, si bien el instigador posee un *minus* de voluntad real de ejecución, ostenta un *plus* de responsabilidad en cuanto que influye en la voluntad ajena, pervirtiendo al autor material y directo. Que es lo que explica, según Less, la aparente anomalía de castigar las instigaciones sin resultado con arreglo al parágrafo 49 *a* del Código penal alemán. Combate el punto de vista de Bockelmann, tendente a separar las voluntades del instigador y del autor material, acusándole de irreal y de no sujetarse al verdadero proceso psíquico de la participación, tema que le sirve para adentrarse en los campos filosóficos de la sugestión y participación de voluntades. Lo que realmente vincula al instigador y al autor no es la coincidencia en lo típico, que puede faltar, sino la «identidad del resultado querido».

Inserta este número el acostumbrado *Bericht* del Dr. Dreher, dando cuenta de los trabajos de la Comisión de Reforma del Código alemán, referido a su décima Sesión, que tuvo lugar entre el 9 y 14 de julio último. Se trató de los siguientes temas: Custodia preventiva de los jóvenes delincuentes, a modo de medida de seguridad a añadir eventualmente a la pena pronunciada, Privación del permiso de conducir, asimismo como medida de seguridad, inhabilitación profesional, validez de las normas penales en el espacio, y, sobre todo, de la imputabilidad, tema este último bajo magistral Ponencia de Mezger. La inimputabilidad por edad fijóse en los catorce años, considerándose incapaces de culpabilidad a los que no la hubieren cumplido. En lo tocante a la inimputabilidad por estado mental, habiendo mediado hasta siete propuestas, se acogió por mayoría de votos la fórmula más tradicional, haciendo referencia a los «trastornos morbosos del ánimo o de la consciencia».

La reseña bibliográfica se refiere a obras de Criminología y Criminológica y está hecha por el Profesor Bohne, de Colonia. En la sección comparatista se insertan dos trabajos sobre el tratamiento de menores, uno el Dr. Simson y otro, referido a Polonia, de G. Geilke.

ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS