

# REVISTA DE REVISTAS

## ALEMANIA

### Juristenzeitung 1967

**SCHRÖDER, Horst:** "Abstrakt-konkrete Gefährungsdelikte? (¿Delitos de peligro abstracto-concreto?), en *Juristenzeitung* 1967; págs. 522-525.

El delito de peligro abstracto es uno en el que es la misma ley la que determina los indicios de la peligrosidad. En el delito de peligro concreto, en cambio, la producción de un peligro es un elemento del tipo que el juez debe constatar en cada caso concreto. En el delito de peligro concreto el legislador ha renunciado a enjuiciar los indicios de la peligrosidad: la decisión del juez ha de basarse en la consideración de todas las circunstancias del caso concreto; ha de constatar si, teniendo en cuenta todos los factores individuales, en este caso y respecto de este sujeto es posible la producción de un daño.

A continuación de esas definiciones, Schröder pasa a examinar algunos delitos sobre cuyo enjuiciamiento como de peligro abstracto o concreto han surgido algunas dudas.

El delito tipificado en el § 229 del StGB ("El que, dolosamente y para dañar la salud de otro, le administre veneno u otras sustancias apropiadas para destruir la salud...") es, piensa Schröder, uno de peligro concreto, pues en el enjuiciamiento de la peligrosidad de las sustancias se han de tener en cuenta todas las circunstancias del caso individual.

Otro tipo que Schröder somete a examen es el del § 233 a: Lesión causada mediante un arma, un cuchillo u otro instrumento peligroso. Si el tipo sólo abarcase la lesión mediante un arma, estaríamos ante uno de peligro abstracto, estima Schröder, pues entonces no haría falta comprobar, para admitir la conducta típica, si en concreto el empleo del arma suponía un medio peligroso: en base a una presunción legal "iuris et de iure" el arma sería siempre un instrumento suficientemente peligroso para cumplir el tipo. Pero sistemáticamente, y en contra de la enumeración seguida por el StGB, el concepto base no es el de "arma", sino el de "instrumentos peligrosos"; de ahí que cuando haya habido un uso de armas o de cuchillos haya siempre que preguntar si, teniendo en cuenta la naturaleza concreta de su aplicación y todas las circunstancias individuales, se ha dado el riesgo de que se produjesen lesiones de importancia.

Es respecto del § 308 párrafo I del que Schröder afirma que no se trata ni de un delito de peligro abstracto ni de uno de peligro concreto, sino de peligro abstracto-concreto. Según esa disposición se castiga al que incendia objetos que "son apropiados por su naturaleza y por su situación para comunicar el fuego" a otros objetos determinados (entre ellos: edificios destinados a servicios religiosos, edificios que sirven de viviendas a personas, etc.).

Parece a primera vista, escribe Schröder, que ahí estamos ante un delito de peligro concreto; pues la cuestión de si de la naturaleza y situación se deriva el peligro de extensión del fuego a otros objetos es una que el juez ha de decidir en el caso individual. No obstante —y por eso hay que hablar de delito de peligro abstracto-concreto—, las circunstancias que el juez debe examinar únicamente son la “naturaleza” y la “situación” del objeto incendiado; otras, como las características del viento o la situación atmosférica en general, caen fuera de los datos a examinar, aunque en el caso concreto excluyesen el peligro creado por la naturaleza y situación de los objetos.

Finalmente Schröder, tras de mencionar las objeciones dirigidas contra los delitos de peligro concreto, estima que, lo mismo que sucede con éstos, también en los de peligro abstracto-concreto será posible en ocasiones, y mediante una interpretación correctora, rectificar las injusticias que pueden presentarse en el caso individual.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

**LANCKNER, Karl:** “Der Alternativentwurf und die praktische Strafrechtspflege” (El Proyecto Alternativo y la Administración práctica de la justicia penal), en *Juristenzeitung* 1967; págs. 513-522.

El Proyecto Alternativo de Código Penal, elaborado por 14 juristas de la nueva generación (Baumann, Brauneck, Hanack, Arthur Kaufmann, Klug, Lampe, Lenckner, Maihofer, Noll, Roxin, R. Schmitt, Schultz, Stratenwerth y Stree) constituye, sin duda, uno de los mayores acontecimientos de la vida penal alemana de los dos últimos años. En el último Congreso de penalistas alemanes celebrado del 8 al 11 de octubre de 1967 en Münster todas las ponencias estuvieron dedicadas al estudio de los aspectos dogmáticos y políticocriminales del Proyecto Alternativo; hasta ahora sólo se ha redactado la Parte General pero la Especial está ya en preparación.

Una primera disposición del Proyecto Alternativo de la que se ocupa Lanckner en su artículo es la del § 2 párrafo II (“La pena no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad por el hecho [Tatschuld]”). La positivación de este principio —con “culpabilidad por el hecho” los autores del Proyecto Alternativo han querido dejar en claro que la llamada “culpabilidad por el carácter” o “por la conducción por la vida” no debe desempeñar ningún papel en la medición de la pena— le parece a Lanckner irrelevante para la praxis judicial: “El principio no es más que una declamación correcta materialmente y teóricamente fundamentada, pero sin repercusión perceptible en la práctica cotidiana de los tribunales”. Pues, eso estima Lanckner, es imposible determinar en un proceso penal, con los medios que el Derecho penal pone a disposición del juez, cuál es exactamente la medida de la culpabilidad del acusado. Nunca se ha ca-

sado una sentencia, dice el articulista, porque el Tribunal "a quo" haya impuesto una pena superior a la culpabilidad del autor.

Lanckner estima que si se juzga humanamente y de acuerdo con los principios del Estado de Derecho difícilmente se correrá el riesgo de que el juez lesione de tal manera los límites impuestos a su arbitrio que se le pueda hacer el reproche de que ha sobrepasado la medida de la culpabilidad del autor. Lo funesto del § 2 párrafo II es, sin embargo, estima el articulista, que promete al ciudadano una garantía jurídica que parece fijar estrictos límites a la potestad penal del Estado, pero que, en realidad, no puede desplegar ningún efecto limitador.

A Lanckner no le gustan tampoco los principios fijados por el Proyecto Alternativo en los §§ 2 párrafo I y 59 párrafo II. Según estas disposiciones, la pena sirve a los fines de protección de los bienes jurídicos y de resocialización del delincuente. La culpabilidad sólo representa el límite máximo de la pena; un límite máximo que no siempre hay que agotar: el juez debe imponer una pena en armonía con la culpabilidad del delincuente sólo si ello es necesario para la salvaguarda de esos dos fines. Para los autores del Proyecto Alternativo, pues, lo que importa es que la pena sirva a la protección de la Sociedad y a la resocialización del delincuente; esto es lo fundamental, aunque para lograrlo haya que imponer un castigo considerablemente inferior al merecido por el autor. La idea de la retribución como fin de la pena es absolutamente ajena a los autores del Proyecto Alternativo.

En realidad, piensa Lanckner, el conflicto característico consiste en que la pena adecuada a la culpabilidad y exigida por los fines de prevención general se halla a menudo en contradicción con las exigencias de resocialización; este conflicto sólo puede resolverse mediante una ponderación de los fines de la pena, dado que el de prevención general suele exigir un castigo superior al que se requiere en base a consideraciones de prevención especial. Por ello, el articulista piensa que lo que en realidad hace el Proyecto Alternativo es ocultar la verdadera problemática de la medición de la pena.

Una innovación revolucionaria del Proyecto Alternativo se que suprimen radicalmente todas las penas de privación de libertad inferiores a seis meses. Contra esto, Lanckner opone dos objeciones. En primer lugar, Lanckner pone de relieve que la judicatura alemana es, en su mayoría, conservadora y que su sentido de la justicia se traduce en una acentuación de la idea de la retribución; al desplazar el Proyecto Alternativo el acento a los fines de prevención especial está exigiendo un fundamental cambio de orientación de los jueces; un cambio así, dice Lanckner, sólo se puede lograr en virtud de una paulatina evolución y no de manera súbita. Por otra parte, estima el articulista, prácticamente la única pena sustitutiva de la corta de privación de libertad es la multa; y como la multa no es adecuada ni para todos los hechos ni para todos los autores, con la supresión de las penas cortas surgiría una penosa laguna.

**Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**

Tomo 77 (1965), fascículo 1

**NOLL, Peter: "Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung". (Tipo y antijuricidad: La ponderación de valores como principio de justificación.)**

Comienza Noll su artículo con unas consideraciones metodológicas. Preconiza un método que llama del pensamiento jurídico funcional. Los conceptos jurídicos deben ser configurados y aplicados en atención a la función que deben cumplir. No debe olvidarse nunca esta relación funcional y pretender aplicarles con otro fin, es decir para desempeñar una función diferente de aquella para la que fueron creados. Debe huírse del realismo conceptual, de considerar los conceptos como realidades ónticas, de cuya "esencia" se pueden derivar todo género de consecuencias. En el Derecho penal todo concepto o categoría que establezca una distinción entre conductas punibles o impunes, o una punibilidad mayor o menor, sólo será admisible cuando esta distinción en las consecuencias jurídicas resulte explicable con arreglo a un principio general, como el de culpabilidad, el del resultado (que explica la menor punibilidad de la tentativa) o el principio de la seguridad jurídica. El principio de la consecuencia sistemática tiene sólo para Noll una importancia secundaria, un valor meramente estético... Ilustra Noll su criterio con varios ejemplos, como el concepto de delito continuado, el tratamiento de los casos de "aberratio ictus" y la distinción de error sobre el tipo y error de prohibición. En este último caso, la distinción del tipo y la antijuricidad (causas de justificación) no debe servir de criterio para deslindar las circunstancias que deben ser comprendidas por el dolo; es decir, para distinguir el error sobre un elemento del tipo y el error de prohibición (Noll parte de la teoría pura de la culpabilidad). Más bien hay que preguntarse cuál es la causa del tratamiento más riguroso del error de prohibición (cuando es vencible no excluye la responsabilidad dolosa) en relación con el error sobre un elemento del tipo (si es vencible puede dar lugar únicamente a una responsabilidad culposa. La razón no es otra, que según el ordenamiento y el sentimiento jurídicos al individuo se le exige que conozca las valoraciones ético-jurídicas más elementales que informan el orden jurídico de la comunidad. Por ello debe hablarse más que de error de prohibición, de error de valoración; y deben considerarse como un error de prohibición los casos de error sobre elementos del tipo que impliquen valoraciones ético-jurídicas (acción deshonesto) y como error sobre el tipo (que excluye el dolo) el error sobre los mandatos o prohibiciones éticamente indiferentes del Derecho penal administrativo. En este ejemplo se advierte el defecto de la argumentación de Noll. Este tiene razón al defender una configuración y aplicación funcional de los conceptos jurídicos, pero hay que evitar el partir para la resolución de cada problema de criterios valorativos distintos e incompatibles entre sí. La distinción