

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

entre tipo y causas de justificación se basa en la diferencia entre normas prohibitivas (o mandatos) y normas permisivas, es decir, entre conductas prohibidas y excepcionalmente permitidas y esta diferencia valorativa no puede luego ser ignorada, sin incurrir en grave contradicción, al deslindar el error sobre el tipo y el error de prohibición. Es cierto que la corrección de una solución no viene garantizada únicamente por la ausencia de contradicciones; pero ésta debe darse, además, pues constituye una exigencia de la justicia, porque se trata no sólo de contradicciones lógicas, sino valorativas.

Noll entra a continuación en el tema que constituye el objeto de este trabajo: tipo y antijuridicidad y la ponderación de valores como principio de justificación. La justificación de una conducta típica implica desde el punto de vista formal, según Noll, el conflicto entre una prohibición y un mandato o una autorización. Existe un tipo de la prohibición y un tipo de las causas de justificación. Desde el punto de vista material, la justificación de una conducta típica implica una colisión o conflicto de valores.

La ponderación de valores es, según Noll, el principio general de justificación. La ponderación de valores no debe ser confundida, sin embargo, con la ponderación de intereses o bienes. Es un concepto más amplio, pues la doctrina moderna ha puesto de manifiesto la existencia de un desvalor de la acción y un desvalor del resultado. Una acción puede seguir siendo antijurídica por su desvalor de la acción, aunque el desvalor del resultado resulte compensado por la ponderación de intereses. Esta es una de las razones por las que ha sido abandonado por la opinión dominante en la doctrina alemana el viejo principio de la ponderación de intereses y ha sido sustituido por el del medio adecuado para el fin justo (que procede de Kant y Stammler y ha sido consagrado expresamente en el art. 39 del Proyecto de nuevo Código penal alemán de 1962).

La justificación se diferencia de la realización incompleta del tipo porque implica un conflicto o colisión de normas o valores. Aunque a veces algunos elementos del tipo implican ya una ponderación de valores. Esto sólo debería suceder, sin embargo, cuando el concepto utilizado en el tipo comprenda, como concepto genérico, los dos valores en conflicto y éstos pertenezcan al mismo sujeto (como en el concepto de "daño a la salud" en el delito de lesiones corporales, en relación con el tratamiento médico).

Según Noll, incluso la causa de justificación del consentimiento del ofendido se basa en el principio de la ponderación de valores. No es cierto que se base en el principio de la ausencia de interés. De lo contrario no podría explicarse por qué la tutela penal depende de que su destinatario la quiera o no y por qué en unos casos su voluntad es relevante y en otros no. El particular puede decidirse también en contra de sus intereses. En el consentimiento del ofendido entran en colisión los desvalores de la acción y del resultado de la acción típica y el valor de la libertad. Cuando el bien jurídico protegido sea la libertad, el con-

sentimiento elimina el mismo bien jurídico. En otro caso el consentimiento del ofendido funciona, o no, como causa de justificación según que el bien jurídico protegido sea o no más valioso para el Derecho que la libertad humana. La peculiaridad del consentimiento del ofendido, en relación con las demás causas de justificación, reside en que en ese caso entran en colisión valores de una misma persona y no los de una persona con otra.

Las causas de justificación se componen, dice Noll, de varios elementos de diversa entidad o importancia para la exclusión de lo injusto. En caso de realización parcial del tipo de la causa de justificación debería apreciarse una atenuante. Debería llevarse a cabo un análisis de los elementos constitutivos, cuantitativos y de mera ordenación. (Es decir, una regulación semejante a la existente en nuestro Código para las eximentes incompletas en el número 1.º del artículo 9.º, donde la distinción de elementos esenciales—que no pueden faltar—e inesenciales ha sido llevada a cabo por la doctrina y la jurisprudencia.) También debería dar lugar a una atenuación de la pena la causa de justificación cuando, a pesar de darse todos los elementos, queda un remanente de injusto no cubierto por ella (exceso en la legítima defensa, por ejemplo).

Según el principio de la ponderación de valores, debe compararse la suma de todos los elementos de lo injusto con la de los elementos de las causas de justificación. Noll dedica el resto de su artículo a demostrar cómo de este modo pueden resolverse todos los problemas que plantean la eximente del consentimiento del ofendido, del consentimiento presunto, del estado de necesidad (según él, el artículo 54 del C. p. alemán comprende casos en que el estado de necesidad funciona como causa de justificación—conflicto de valores desiguales—y otros como causa de inculpabilidad—conflicto de valores iguales—), del riesgo permitido y de la defensa de intereses justos.

Al artículo de Noll sigue la segunda parte de un artículo del profesor Richard M. Honig, "El Proyecto de un Código penal modelo norteamericano (Model Penal Code)".

* * *

En la Sección de Derecho comparado se incluyen artículos del profesor H. H. Jescheck en colaboración con Heinz Gerd Goldmann, "El tratamiento de los delitos de omisión en el Derecho penal alemán y extranjero"; de Zvonimir Separovic, "El tratamiento de los delitos de omisión en Yugoslavia", y de G. Simson, "La Ley nórdica de ejecución de las penas promulgada en Suecia" (que es una ley de cooperación con los demás países nórdicos en la ejecución de las penas).

* * *

Las reseñas bibliográficas corren esta vez a cargo del profesor Claus Roxin y versan sobre obras de Parte General del Derecho Penal.

JOSÉ CEREZO MIR

E S P A Ñ A**Revista Española de Derecho Militar**

Número 23. Enero-junio 1967

Contiene este número los siguientes trabajos en materia penal:

GOMEZ CALERO, Juan: "El "Versari in re illicita" en el Código de Justicia Militar"; págs. 9 a 32.

Este trabajo sobre "El *Versari*", que al estudiarlo, creo que por primera vez, en Derecho Militar, completa la literatura que sobre él se ha producido en España, sin duda como empieza advirtiendo el autor, resultado de un interés que pueda ser hallado, a título informativo, en la ley positiva y en las decisiones judiciales, por ser, continúa, en nuestra jurisprudencia, como en la inglesa, en las que conserva sus más rancios fueros.

En una que podríamos llamar parte o planteamiento general se estudia el origen de la locución y del problema, encontrados por el Padre Pereda en ciertos cánones conciliares, siguiendo el autor su evolución histórica en las Decretales hasta que es desplazado como norma positiva por la aceptación y generalización del principio de culpabilidad, dedicando lo demás de dicha parte a estudiar la posición de los autores españoles de las más variadas tendencias y opiniones ante este problema, análisis exhaustivo que se acentúa cuando se le estudia en relación con los delitos calificados por el resultado.

Ya al contemplarlo en la Ley Penal Militar, por no existir en ésta precepto parecido al párrafo 3.º del artículo 1.º, ni atenuante de preterintencionalidad del Código penal ordinario, circunscribe su estudio al caso fortuito (núm. 8 del art. 8 del C. P. O. y del art. 185 del C. de J. M.), realización de un delito distinto del querido (párr. 1.º del art. 50 C. P. O. y 2.º del 238 del C. de J. M.) y a los delitos calificados por el resultado, trasladando lo dicho sobre el primero al estudio del segundo, en el que la voluntariedad y la culpabilidad son esenciales para la existencia del delito militar. Es en esta parte por la novedad, que yo sepa, de este estudio donde el muy meritorio y claro trabajo hace necesaria su lectura y meditación.

RODRIGUEZ DEVESA, José María: "Exposición de síntesis al IV Congreso Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra"; págs. 33 a 42.

En mayo de 1967 se celebró en Madrid el IV Congreso Internacional de la Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre, de que se da noticia en otra sección de este número de la revista. Este artículo, como se advierte por nota, si el título no lo dijera, es la