

# Los trabajos de la Comisión de Reforma del Código penal alemán. La segunda sesión plenaria

ANTONIO QUINTANO RIPOLLES

Tuvo lugar la quinta sesión de la Comisión de reforma del Código penal alemán entre los días 21 a 24 de marzo de 1955, versando los trabajos sobre las cuestiones de participación criminal (pendientes de la sesión anterior), legítima defensa, estado de necesidad, otras causas de justificación y exculpación, tentativa y actos preparatorios.

## I. *Participación criminal.*

A instancias del Ministerio de Justicia Federal, volvieron a reconsiderarse algunos aspectos de la cuestión, ya tratados en la sesión de febrero, a cuyo efecto se habían hecho nuevas propuestas de textos por la Subcomisión *ad hoc*. Pronuncióse la mayoría de los miembros por la no definición de la autoría y, en caso de exigirse alguna, por la más simple de las propuestas, votándose la que dice así: «Será penado como autor quien perpetrare por sí mismo o por medio de otro una infracción penal.»

En lo tocante a otras formas de participación se aprobaron, por unanimidad o mayoría de votos, los textos siguientes: «b) *Coautoría*.—Realizándose conjuntamente una infracción penal por varias personas, cada una de ellas será penada como autora.»

«c) *Inducción*.—Será penado como inductor, con igual pena que el autor, quien dolosamente haya determinado a otro a la comisión de un acto doloso y antijurídico.»

«d) *Complicidad*.—Será penado como cómplice quien preste ayuda dolosamente a otro en la comisión de un acto doloso y antijurídico. La pena del cómplice se atenuará computándose en relación con la que correspondiere al autor.»

«e) *Error sobre el dolo del autor*.—Los párrafos c y d serán respectivamente aplicables aun en el caso en que el autor del resultado típico no haya llevado a cabo dolosamente lo propuesto por el inductor o el cómplice.»

«f) *Características personales especiales*.—1. Caso de no concurrir en el inductor o cómplice las características personales especiales que fundamentaren la punibilidad del autor, debe de atenuarse la pena de los participantes en que no aparecieren dichas características. 2. Las causas personales de agravación, atenuación o exclusión de penalidad solamente son computables para los participantes en que concurrieren.»

«g) *Punibilidad autónoma de cada partícipe*.—Cada partícipe en la infrac-

ción penal será penado autónomamente, sin consideración a la culpabilidad de los demás.»

## II. *Legítima defensa.*

El primer Ponente en el tema, profesor Eb. Schmidt, defendió en términos generales el *statu quo* de la fórmula de legítima defensa hoy vigente, aunque acentuando expresamente su carácter de exclusión de la antijuridicidad. Defiende una concepción lo más amplia posible del instituto de defensa, especialmente en lo tocante a la no exigibilidad de la proporción de los medios con los del ataque, estimando que, al menos en caso de duda, ésta ha de resolverse en favor del que legítimamente se defiende, pues esta causa de justificación, al eliminar lo injusto, interesa tanto al valor de la pura Justicia como al de la seguridad jurídica. El exceso, en todo caso, debe computarse en favor del defensor, no solamente en los supuestos de alteración de ánimo, sino asimismo en aquellos en que no fuere atribuible al defensor la situación de hecho que determinó la defensa. A falta de exención de la punibilidad, el exceso ha de estimarse como atenuación.

Coincide en lo esencial con la Ponencia del profesor de Heidelberg el segundo Ponente, Juez Dr. Baldus, suscitándose objeciones, en cambio, por el profesor Lange, el diputado Czermak y otros en torno a la conveniencia de prever expresamente la clase de bienes sobre los que resulta lícita la defensa, la cualidad y entidad de los mismos y la proporcionalidad de los medios. Mezger, por su parte, pidió una mayor consideración hacia los supuestos de agresiones provenientes de niños o inimputables, y Gallas reclamó la atención sobre la posibilidad y conveniencia de amparar por la legítima defensa situaciones provocadas no dolosa, sino culpablemente.

Prevalcieron, también en este caso, las soluciones simplistas y amplias contra los casuísmos, limitándose la Comisión a definir la legítima defensa como la «exigible para rechazar un ataque actual y antijurídico contra el defensor u otra persona», afirmándose expresamente que «quien se defiende legítimamente no obra de modo antijurídico».

Sólo por un voto de diferencia se mantuvo la tesis de Gallas (apoyada por Jescheck) en lo referente al exceso en la legítima defensa, acordándose su atenuación facultativa y hasta su eventual impunidad en los supuestos de obcecación o temor. Dejó de mencionarse, en cambio, la hipótesis de error como proponía el Ponente.

## III. *Estado de necesidad.*

Ponente asimismo Eb. Schmidt, parte en esta materia de un criterio diferencial, en el sentido de estimar que la mayor parte de los supuestos de estado de necesidad, notablemente los de tratamiento médico y aborto provocado, corresponden a la tipología de la parte especial, por lo que resulta impertinente su inclusión en la general. Critica por su casuismo la fórmula propuesta por la Comisión Ministerial (que habla de peligro para la vida, la integridad, la libertad, el honor, la propiedad u otro *bien* jurídico), y entiende que el actual parágrafo 54 debe ser modificado, con el fin de otorgar mayor amplitud a los agentes sujetos a necesidad, para comprender no sólo a los parientes, sino a otras personas. Considera artificiosa la distinción ministerial entre esta-

do de necesidad como causa de justificación o de exculpación—según la entidad de los bienes en pugna—, estimándola como superflua en su obligado relativismo. Se inclina más bien por la calificación de causa de exculpación, eliminadora de la antijuridicidad, en base al motivo de no exigibilidad de otra conducta.

La tesis diferenciada halló eco principalmente entre los miembros de la Comisión pertenecientes a la Magistratura, así como en Mezger. Por la de uniformidad y exculpación se pronunciaron, entre otros, Gallas y Bockelmann. A la hora de la votación de conclusiones la mayoría adoptó el punto de vista de la Ponencia del no tratamiento del estado de necesidad genéricamente en la parte general; pero, en el caso de que se estimase preferible definir tal estado, se recomendó mantener la fórmula de la Comisión ministerial, es decir, la duplicidad como causa de justificación y de exculpación, según la entidad de los bienes en pugna.

En materia de error en el estado de necesidad, se aprobó con gran mayoría (de diecisiete votos contra siete) la propuesta del Ponente Eb. Schmidt, que dice así: «El autor es exculpable si ha considerado erróneamente y sin propia culpa la situación de peligro. Caso de no ser disculpable, puede ser atenuada la pena.»

#### IV. Otras causas de justificación y exculpación.

La Ponencia, encomendada al profesor Lange, de Colonia, tuvo más bien un carácter negativo, en el sentido de aconsejar no incluir en la Parte general del Código un catálogo cerrado de causas justificativas o exculpatorias, por entenderse que un tal sistema apriorístico (como el seguido, entre otros, por nuestro Código español) está abocado al fracaso. Unánimemente se rechazaron las causas de consentimiento expreso o presunto del ofendido, el derecho de corrección, la llamada defensa civil o *Selbsthilfe*, la obediencia debida y el ejercicio de un deber o cargo. Únicamente en la referente al ejercicio de un derecho, público o privado, se manifestaron seis votos favorables a la tesis de la inclusión expresa, entre ellos el del propio Lange, apoyado por el de Mezger.

#### V. Tentativa.

Los dos componentes de la cuestión, Bockelmann y von Sackelberg, se mostraron discrepantes en sus respectivas tesis de subjetivismo finalista y de objetivismo material, no llegándose a un acuerdo ni en las formulaciones teóricas ni en las consecuencias prácticas. Se adhirieron al criterio subjetivo en su forma más pura y absoluta Eb. Schmidt y Jescheck, en tanto que reclamaron atención hacia los factores objetivos Gallas y Mezger, temiendo que el subjetivismo degenerase en un recusable derecho penal voluntarista y de mera intención. Una solución ecléctica, de combinación del subjetivismo y objetivismo, sugirieron Lange y Sievert.

La Subcomisión redactó hasta cuatro conceptos alternativos, aprobándose por mayoría de un sólo voto el subjetivista puro de Schmidt y de Jescheck (no el Subjetivista finalista de Bockelmann), concebido así: «Comete una tentativa quien, con el dolo de consumar el acto, realizare acciones que formen un comienzo de ejecución o que la llevaren a cabo según su representación de las

circunstancias de hecho, no realizándose, sin embargo, la consumación del tipo. Comienzo de ejecución es todo acto mediante el cual el autor da principio a la realización del tipo.»

En lo tocante a la punición, se adoptó por gran mayoría (con sólo dos votos en contra, entre ellos el de Mezger) la atenuación facultativa y no la obligatoria. Se mantiene en el Proyecto la clásica sistemática alemana de castigar la tentativa en todo caso en los delitos graves (*Verbrechen*) y únicamente en los casos previstos en los menos graves (*Vergehen*).

La Comisión acordó, conforme a la recomendación del Ponente Bockelmann, la no precisión de fijar el concepto de delito imposible (tentativa inidónea en la terminología alemana).

En cuanto al desistimiento en la tentativa, se acogió por gran mayoría (con los votos en contra de Mezger y Fränkel) la propuesta de la Ponencia, redactada así: «No será penado por tentativa quien voluntariamente cese en los ulteriores actos de ejecución o evite la consumación de la acción. Caso de participar en el acto varias personas, únicamente se beneficiarán del desistimiento aquéllas que voluntariamente eviten la consumación. Continuándose la acción o consumado sin una actividad del desistente o independientemente de su anterior conducta, bastará para su impunidad la constatación de esfuerzos voluntarios y serios para impedir la consumación.»

\* \* \*

No hubo tiempo para tratar completamente la cuestión relativa a los actos preparatorios del parágrafo 49, acordándose la formación de una nueva propuesta por parte del Ministerio de Justicia. Lo único que se votó fué la inclusión de su tratamiento en la Parte general del Código.