

Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft

Berlín. De Gruyter, 69 Band, II Heft, 1957.

WEIBLINGER, Max: «Subjektivismus und Objektivismus in der neuen Lehre und Rechtsprechung vom Versuch». («Subjetivismo y objetivismo en la moderna doctrina y jurisprudencia de la tentativa»).

Texto de una conferencia pronunciada por su autor, profesor de la Universidad de Berna, y en la de Friburgo en Brisgovia, el propósito confesado por él es el de arbitrar un punto de contacto o puente entre las concepciones cerradas del subjetivismo y el objetivismo, tan visibles en la materia concreta de la tentativa. Entendida ésta extenso modo, en el sentido de ejecución incompleta, claro está, no en el restrictivo de una de sus formas, frente a la frustración, comprendido pues, a ambas, todas las consideraciones que en el interesante trabajo se hacen. Comienza éste con una referencia general al problema del subjetivismo y el objetivismo en derecho penal, haciendo ver cómo el primero ha ido ganando adeptos en la doctrina suiza, mientras que el segundo se va adueñando de la alemana de la postguerra, posiblemente como reacción a los abusos pretendidamente subjetivistas de la época del tercer Reich. Hacer ver a este respecto que, salvo posturas extremistas de uno u otro lado, subjetivismo y objetivismo son susceptibles de conciliación, contra la opinión de Maurach, siendo impertinente situar el problema en una disyuntiva fatal entre Política criminal o Estado de Derecho. Siempre y cuando, naturalmente, que no se despoje por un prurito de objetivismo cerril el elemento de culpabilidad personal, perfectamente compatible con él, ni que en el subjetivismo se lleguen a perder de vista las esencias del legalismo y la tipicidad, así como las de expiación y de pena; que es por lo que el profesor Weiblinger, al exponer las doctrinas del subjetivismo, relega a una mera nota el extremismo de *Société Internationale de Défense sociale*, limitándose a decir que tal movimiento nada tiene que ver con el Derecho penal, cuya abolición propugna.

Ya dentro del tema de la tentativa, el autor reprocha a la tesis formal-objetiva tradicional de Beling y Hafter, triunfante en los códigos alemán y suizo, la difícil coordinación con las tipologías de la Parte especial. Pues al considerarse la tentativa como «comienzo de ejecución de la acción típica», lo decisivo ha de ser la dinámica asignada a ésta en la redacción de las diversas figuras delictivas. Lo que puede dar lugar y de hecho así sucede en Suiza, a resultados insatisfactorios y hasta absurdos, como el señalado de que ciertas tentativas de hurtos cualificados, como el de fractura, no puedan ser inculpas a título de tales tentativas, sino por daños o allanamientos de morada consumados; resultados que han obligado a buenas parte de la doctrina y de la jurisprudencia suizas a inclinarse por soluciones subjetivistas. En cuanto a la fórmula de Frank, basada en la «homogeneidad» o *Zusammengehörigkeit*, sólo *prima facie* puede ser considerada como objetiva, o serlo en un sentido «material-objetivo», ya que admite frecuentes extensiones o matices subjetivistas, que prueba con varias sentencias, tanto del *Reichsgericht* como del *Bundesgericht*. Sirve, sobre todo, para una extensión del concepto de tentativa a actos que en puridad de

principio debieran ser considerados como preparatorios y no de ejecución, pero ello es siempre en base a los matices subjetivos a que acaba de hacerse mérito, y que ha llevado a la jurisprudencia alemana a considerar como tentativa de paso ilegal de divisas el coser monedas en una mantá, aun antes de ponerse en viaje hacia la frontera.

Los riesgos del punto de vista subjetivo no son menos evidentes, también en éste aspecto de desorbitadas extensiones, pero son susceptibles corregirse mediante una referencia al acto y, sobre todo, como suele hacerse en la casación suiza, al momento de decisión que no deje lugar a dudas respecto a la perseverancia en la voluntad criminal por parte del agente, el «paso decisivo», según la fórmula de Germann. Tal condición de irrevocabilidad en la determinación, presenta la ventaja de cerrar el paso a la excusa del desistimiento en la tentativa, en el sentido de que solamente ha de estimarse que la hay cuando no cabe ya desistir, lo cual en la práctica, muy pocas veces podrá ser objeto de prueba convincente, resolviéndose, como siempre, en condiciones de puro azar. Cítase como postura subjetiva extrema, del todo excepcional en la jurisprudencia helvética, una Sentencia de la casación de Ginebra, 49 de 1947, según la cual ha de considerarse como tentativa del artículo 21 del Código penal suizo, toda actividad que en el plan del autor, y aun en su fuero interno, constituya el paso decisivo del cual no se pueda ya retroceder en la vía del resultado. La rechaza el profesor Weiblinger por erigirse en ella al autor como juez de sí mismo.

La conciliación entre los puntos de vista objetivo y subjetivo ha de llevarse a cabo, por lo que respecta a la distinción entre actos preparatorios impunes y ejecutivos punibles, sobre la base siguiente: 1. Que la voluntad criminal se manifieste por actos externos inequívocamente objetivos; 2. Exigencia de una decisión irrevocable, y 3. Que para la estimativa de la irrevocabilidad de esta voluntad no basten ni sean decisivas las representaciones subjetivas del propio agente, sino las objetivamente valoradas sobre su personalidad por el juzgador.

Falto de espacio para explanar sus ideas sincretistas en torno al tema del delito imposible o tentativa inidónea, el autor hace ver cómo en Alemania predomina, en absoluto, el criterio subjetivo, por entenderse que en este punto no corre riesgo alguno el legalismo, como sucede en el caso de la incriminación de actos preparatorios. Una referencia a lo objetivo la considera absolutamente necesaria, siquiera sea en el sentido de distinguir entre inidoneidad absoluta por falta de objeto o relativa por insuficiencia de medios, conforme a la clásica tesis de Germann.

ROEDER, Hermann: «Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt». («Autor en sentido estricto y participación en delicta propia»).

Constituye este artículo del profesor de Viena una glosa entusiasta al nuevo parágrafo 50 del Código alemán, tal como quedó redactado por la Ordenanza de 29 de mayo de 1943, es decir, reservando a cada partícipe en el delito su propia culpabilidad y computándose a cada cual las circunstancias personales. Precepto, por cierto, que en forma equivalente en el fondo figuró tradicionalmente en los códigos españoles, en el artículo 80 del 1870, concordante con el 60 del vigente, bien que referido tan sólo a lo circuns-

tancial. Según Roeder, la redacción del párrafo comentado constituye una feliz limitación de la accesoriadad de la participación, frente a la extrema e ilimitada, antes dominante. Con todo y con eso, el progreso logrado no resuelve tampoco todas las dificultades y dudas que la participación plural plantea, persistiendo, entre otras, la siempre batallona de si cabe o no hablar de participación en los delitos culposos, materia en que Roeder se pronuncia por la afirmativa, con Schönke-Schroeder y Mezger, contra la dirección finalista, sin recoger sobre tan interesante tema las discusiones que mediaron en el reciente Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal de Atenas, donde pocos meses después fué planteado en toda su magnitud. Tampoco estima que la nueva redacción haya hecho supérflua la construcción de la «autoria mediata» o *mittelbare Täterschaft*, tan grata a la doctrina y *praxis* alemanas, bien que la califique de «homunculus salido de la retorta de los doctrinarios».

Entre la doble posición de la doctrina, la restrictiva del concepto de autor, personificada por Beling, Frank, Hegler y Zimmerl, y la extensiva, que lo es por Eberhardt Schmidt y Mezger, en base por este último a sus ideas sobre la antijuricidad objetiva, Roeder busca una conciliación relativamente extensiva. La de considerar autor no solamente al realizador material del acto, sino al partícipe cuya cooperación no sea de inducción o complicidad, concepto como se ve de carácter más bien negativo, que mantiene la tradición alemana de dejar fuera de la autoría propiamente dicha a la inducción (*Anstiftung*).

Por lo que se refiere a los *delicta propria* en la acepción alemana del *Sonderdelikt*, se mantiene la tesis de la no consideración del *extraneus* como coautor ni como autor mediato, por «incapacidad personal» (*untaugliches Subjekt*) y por obrar el mismo de forma atípica (*nicht tatbestandsmäßig*). Claro es que para ello es preciso que se trate de *delicta propria* efectivos y no de los aparentemente tales, cuestión a resolver concretamente en cada dogmática. Distingue entre los *delicta propria* y los «propria meno», según la terminología de Binding, estimando que en estos últimos es aún de más imposible extensión al extraño el concepto de partícipe y el de mediatez del autor.

La negación de la coautoría no presupone en modo alguno la impunidad para el partícipe *extraneus*, a quien es exigible la responsabilidad a título de inductor (el inductor no es autor en la dogmática alemana) o en el de cómplice (*Gehilfe*). Para ello es menester, sin embargo, que el *intraneus*, autor propiamente dicho, sea responsable, puesto que en caso de irresponsabilidad, por su parte no estima posible su exigencia al *extraneus*. Soluciones de *lege data* que con sobrada razón no le parecen al profesor Roeder libres de tacha, singularmente la segunda en que la irresponsabilidad del *intraneus* no debiera en modo alguno entrafñar automáticamente la del extraño.

La sección de bibliografía, encomendada a Bockelmann, se ocupa extensamente de las publicaciones de Parte especial a partir del *System* de W. Sauer, de 1954, figurando, asimismo, el segundo tomo del *Lehrbuch* de Maurach, la quinta edición del Welzel, así como el Manual de Hinüber y algunas monografías.

En la *Mitteilungsblatt* comparatista, el profesor Grehard O. W. müller, de West Virginia, da cuenta de la evolución del Derecho penal federal norteamericano, sobre todo, a partir de la revisión de 1948, y el Presidente Franz Marcus, de Copenhague expone los principios fundamentales de la Ley danesa sobre el embarazo, de 23 de junio de 1956, una de las más avanzadas en la materia con la consignación de indicaciones, legalizando el aborto en la triple dimensión médica, ética y eugénica.

ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS

BELGICA

Revue de Droit Penal et de Criminologie

Octubre 1956 a septiembre 1957.

DE WAELE, Jean-Pierre: «Considerations sur l'exhibitionnisme», XXXVII (1956-1957); pág. 3.

El autor sitúa el exhibicionismo en el plano médico y en el criminológico, señalando la importancia de los problemas jurídicos planteados.

Examina la evolución histórica de la incriminación y punición de estos actos no como historia de los delitos contra las costumbres, sino para destacar la diferencia entre el exhibicionismo como hecho de comportamiento y el proceso social a través del cual se ha tomado conciencia de su existencia.

Con abundancia de datos estadísticos y detenido análisis morfológico llega el autor a la clasificación y sistematización de las diversas formas clínicas del exhibicionismo, pronunciándose por la necesidad de introducir nuevas fórmulas jurídicas inspiradas a la vez en una concepción científica y humanas de la Defensa Social, elaboración que, para ser válida, debe hacerse inductivamente mediante el estudio clínico y social de casos concretos, particularmente representativos.

LEGROS, Robert: «Essai sur l'autonomie du droit pénal», XXXVII (1956-1957); pág. 143.

El autor, profesor en la Universidad Libre de Bruselas, sitúa desde el comienzo de su estudio el tan debatido problema de la autonomía del derecho penal, destacando la existencia de valores morales y sociales que con total independencia de las instituciones de derecho civil o constitucional, son penalmente protegidos. Pero, asimismo, afirma también el carácter sancionador de este derecho, y recordando a Trousse concluye: una definición de infracción sin referencia a la pena, sería necesariamente incompleta.

El carácter auxiliar del Derecho Penal es, señala el autor, en muchos casos, una mera apariencia hasta el extremo de que se castiga en la tentativa de robo, por ejemplo, un hecho que no ha producido lesión al Derecho civil; aunque ambos derechos, civil y penal, defiendan el derecho de