

WESSELS, Johannes: Strafrecht, Allgemeiner Teil (Derecho penal, Parte General), «Schwerpunkte», Verlag C.F. Müller Karlsruhe, 1970, 150 págs.

El profesor ordinario de Derecho penal en la Universidad de Münster ha publicado en 1970 una Parte General de Derecho penal, si bien reducida a su mínima expresión, por cuanto el autor no sólo renuncia de modo expreso a la exposición del material bibliográfico, etc..., que suele ocupar un lugar preferente en dicha parte y es de gran utilidad para el estudioso, sino que también —y ello no deja de resultar sorprendente, a pesar de la crisis que, materia de Penología, existe en la Ciencia jurídico-penal alemana— prescinde por completo de las llamadas “consecuencias jurídicas del hecho”, rúbrica que, aunque no exenta de cierta belleza gramatical, no hace sino agrupar las penas, las medidas de reforma y seguridad y la denominada suspensión condicionada de la ejecución de la pena unida a un régimen de prueba (*Aussetzung zur Bewährung*), temas que, como hemos dicho, el autor soslaya por completo.

Se trata, en definitiva, de unos *Grundzüge* dirigidos especialmente al alumnado, razón por la cual, el autor ha evitado recurrir a una exasperante abundancia de bibliografía, utilizando, por otro lado, el método del caso (no de casos), pues, al frente de los capítulos suele hallarse un caso práctico; aparte de que, al final, se incluye un apéndice con una serie de reglas relativas a la enseñanza o aprendizaje de la resolución de los casos prácticos. Pues bien, esta finalidad pedagógica a la que, sin lugar a dudas, trata de servir el compendio y que es digna de loa, así como lo es también la envidiable capacidad de síntesis de Wessels, no hacen, empero, desaparecer de la obra ciertos defectos de fondo que, a mi juicio, obstaculizan por sí solos el nivel pedagógico del propio libro, ya que en ciertos momentos dificultan la comprensión de su contenido no sólo a los estudiantes, sino también a los estudiosos del Derecho penal.

De las cinco partes esenciales en que se estructura el libro, la primera (*Strafrecht und Strafgesetz. Der Mensch als Rechtssubjekt ≡ Derecho penal y Ley penal. El hombre como sujeto del Derecho*), se asemeja, en el fondo más que en la forma, a la *Introducción* de la Parte General, por cuanto se estudian en ella los conceptos fundamentales o básicos del Derecho penal, así como las cuestiones relativas al método y fuentes del mismo, al cual define Wessels como “aquella parte del ordenamiento jurídico que establece las características particulares de la conducta merecedora de pena, la conmina con penas determinadas y prevé como posibles consecuencias del hecho medidas de reforma y de seguridad”. A continuación, esboza el autor una distinción entre *delito o Straftat* (entendido como “una acción antijurídica y culpable que realiza el tipo de una ley penal”) y acto o *hecho antijurídico* (“*rechtswidriger Tat*”), concebido como una “acción típicamente antijurídica”, aunque no se ha cometido culpablemente. Ambos conceptos vienen, pues, unidos de modo inseparable a fin de establecer la distinción entre lo injusto y la culpabilidad, ya que “mientras lo injusto cometido inculpablemente colma los requisitos de un hecho antijurídico”, “el concepto de delito (*Straftat*) comprende únicamente lo injusto cometido culpablemente”; *injusto*, cuyo contenido viene determinado por el desvalor del resultado y el desvalor

de la acción. Al objeto del juicio de culpabilidad reserva Wessels el desvalor del sentimiento jurídico (*Gesinnungsunwert*), esto es, el defecto o falta del sentimiento jurídico, defecto o falta que se ponen de manifiesto en el hecho delictivo concreto realizado por el autor; por lo que, destaca Wessels, el Derecho penal alemán es un Derecho penal de la culpabilidad por el hecho, no por el autor, aunque, a decir verdad, subsiste en todo caso la laguna que supone rellenar el contenido de esa genérica y vaga fórmula que es la de la *Gesinnungsmerkmale* y que el autor de este Compendio refiere al “defecto del sentimiento jurídico”, fórmula que, en suma, es todo a lo que se reduce el contenido de la culpabilidad.

Al tratar del individuo como sujeto del Derecho, estudia el profesor de Münster la *teoría de la acción jurídico-penal*, por cuanto el comportamiento humano es el *substratum* básico del delito. Después de sintetizar las tres teorías fundamentales que, a grosso modo, se han producido sobre la acción como elemento del delito, es decir, la naturalística o causal, la doctrinal final y el concepto social de la acción, el autor las agrupa orgánicamente, según que sustenten un concepto de acción como “*categoría del Ser*” —concepto ontológico— o un concepto de acción como “*categoría del Derecho*” —concepto jurídico de la acción—. Wessels opta, según declaración expresa, por la teoría social de la acción, a la que concibe como una síntesis de la teoría causal y de la doctrina finalista; mas, a decir verdad, lo que hace el autor del Compendio no es otra cosa que partir de una de las muchas *variantes* que integran hoy la teoría finalista, por cuanto su concepto social en el sentido de “acción u omisión con relevancia social” —que “comprende el actuar como factor que da sentido a la realidad social con todos sus aspectos personales, finales, causales y normativos”— no dice realmente nada, sino que, más bien, viene a poner de manifiesto que es cierta la afirmación de Michaelowa (en *Der Begriff der strafrechtswidrigen Handlung. Zugleich ein kritischer Versuch zur Systematik des Schuldstrafrechts*, Berlín, 1968, 15 ss.), según el cual, “si realmente existe hoy acuerdo en algún punto, es precisamente en que la acción es por lo general un concepto fundamental, sino la piedra angular, del sistema del Derecho penal”, porque no se trata ya solamente de ver en ella uno de los elementos del delito, sino, antes bien, que básicamente se ha aceptado la tesis de Welzel de que “la teoría de la acción desarrollada es la teoría del delito misma” (en *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW., 58 (1938), 497); por ello se manejan conceptos de acción ya matizados cuando no predeterminados, por alguno de los restantes elementos del delito.

Una prueba inconcusa de lo dicho es la tesis sustentada por Wessels en su Compendio, para el que la acción es un evento social, de forma que, “habida cuenta de que el Derecho penal solamente amenaza con pena las formas de comportamiento socialmente dañosas, no hay relevancia jurídico-penal sin relevancia social”. Ahora bien, como demostración de que en el contenido de la acción no subyace, sino “algo contrario a la norma (*Normwidrigkeit*) e imputable” (de acuerdo con la tesis de zu Dohna, en *Zur Systematik der Lehre vom Verbrechen*, ZStW., 27 (1907), 331) puede aducirse el hecho de que, sin lugar a dudas, la acción ha dejado de ser ya la piedra angular de la teoría jurídica del delito, pues, como precipitado de la concepción finalista,

el acento se ha puesto —tal y como lo había notado Jescheck, en *Die Entwicklung des Verbrechensbegriff seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehren*, ZStW., 73 (1961), 179 ss., esp. 184, al expresar que más que de una teoría de la acción finalista debería hablarse de un sistema de la antijuridicidad personal—, y sigue poniéndose todavía en el concepto de antijuridicidad. De ahí que, de acuerdo con tales coordenadas, la división estructural del compendio que ahora reseñamos responda a la sistemática típica de la teoría finalista, al distinguir entre delitos dolosos y delitos culposos. En esta parte —la segunda—, se ocupa Wessels de los delitos dolosos, tratando, en primer término, de “la realización del tipo”; después, del tipo objetivo y del tipo subjetivo, para finalmente aludir al dolo y al “error sobre el tipo”.

A propósito del tipo, sostiene la distinción, formalmente tan sólo, entre *tipo en sentido amplio* (*Tatbestand i. w. S.*) y *tipo en sentido estricto* (*Tatbestand i. e. S.*), viniendo el primero de ellos —tipo penal propiamente dicho o *Straftatbestand*— caracterizado por ser “la suma o conjunto de todos los presupuestos o requisitos de la punibilidad, entre los cuales entran a formar parte las características del tipo de lo injusto, de la antijuridicidad y de la culpabilidad, al igual que las condiciones objetivas de punibilidad”, a juicio del profesor de Münster; de aquél difiere el llamado *tipo en sentido estricto* o *tipo de lo injusto* (*Unrechtstatbestand*) —al que suele referirse por lo general el autor cuando habla del tipo—, el cual se agota en aquellas características que prestan a cada delito su cuño particular y caracterizan su típico contenido de lo injusto en comparación con otros delitos. La función asignada al tipo de lo injusto estriba, en definitiva, en comprender todas aquellas características o elementos que fundamentan el contenido típico de lo injusto de la conducta prohibida y dan forma y desarrollo al especial tipo de delito. Su función es, por tanto, doble: la de seleccionar las formas de comportamiento típicas de las atípicas (irrelevantes desde el punto de vista jurídico-penal); y la de indicar (función indiciaria del tipo) donde se halla la antijuridicidad.

Ahora bien, a juicio de Wessels, “la tipicidad en sentido estricto es un elemento de lo injusto, pero solamente uno junto a otro elementos; son precisos aún dos presupuestos fundamentales para caracterizar la antijuridicidad del delito: de un lado, la realización del tipo de lo injusto y de otro la ausencia de causas de justificación”.

Rechaza la teoría de los elementos negativos del tipo por creer que significaría la reducción de la tipicidad y de la antijuridicidad a un solo elemento, con lo que se llegaría a una concepción bipartita: *tipo general de injusto y culpabilidad*. Asimismo, al tratar de los elementos (descriptivos, normativos, objetivos y subjetivos) que integran el tipo de lo injusto, destaca nuestro autor que del mismo modo que no siempre es posible deslindar de un modo claro los elementos descriptivos de los normativos dentro del tipo, tampoco se puede aceptar que los elementos objetivos del tipo de lo injusto abarcan siempre la esfera de los objetos perceptibles en el mundo exterior. De ahí que el significado del tipo objetivo de lo injusto de los delitos dolosos estriba en que todos los elementos del tipo objetivo —subraya Wessels— deben ser comprendidos por el dolo del tipo. El dolo pertenece, pues, al tipo subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos y todo error sobre esta relación excluye el dolo del tipo, se trate de un error vencible o invencible. Respecto a si la

antijuridicidad debe ser o no comprendida por el dolo, señala el autor del libro que aquélla es un *elemento general* del delito, pero no del tipo, por lo que habrá que distinguir entre dos supuestos; según que dicho elemento aparezca como atributo de una circunstancia de hecho —en cuyo caso, se trata de un elemento del tipo propio y debe entonces ser abarcada por el dolo del tipo— o, por el contrario, se trate solamente de un juicio valorativo genérico, supuesto en el que la antijuridicidad no debe ser abarcada por el dolo del tipo.

Aceptando la teoría de los elementos subjetivos del tipo de lo injusto, examina el profesor de Münster, acto seguido, el ámbito de la culpabilidad. ¿Qué es lo que queda reservado para la culpabilidad...? Los elementos o circunstancias relativos a la actitud defectuosa por parte del autor respecto a las exigencias que la comunidad jurídica impone sobre su comportamiento y, en definitiva, “el sentimiento jurídico defectuoso del autor”, fórmula que nada indica por sí sola. Pese a partir de un concepto personal de lo injusto —y aceptar, además, que el dolo pertenece o forma parte del tipo de lo injusto en la tentativa, concepción que hunde, sin duda, sus raíces en la obra de los posthegelianos, especialmente de Zachariá y de Köstlin (1)—, Wessels no parece satisfecho con las conclusiones que se derivan de una concepción personal de lo injusto, por lo que llega a la increíble y por demás confusa “variante”, según la cual “la incardinación al tipo de lo injusto no tiene forzosamente como consecuencia que el dolo haya perdido todo significado en la esfera de la culpabilidad, sino, antes bien, hay que partir de que el dolo ha de cumplir una *doble función*”: como *forma de comportamiento* (*Verhaltensform*) y como *forma de la culpabilidad* (*Schuldform*). En el primer aspecto, pertenece al tipo de lo injusto, en el cual el dolo, como forma de comportamiento, es portador del sentido jurídico-social de la acción, que comprende las relaciones psíquicas del autor con el acontecimiento fáctico externo (“= Saber y querer la realización del tipo” (*sic*)). En la esfera de la culpabilidad y como forma de esta última, el dolo es portador del desvalor del sentimiento, el cual pone de manifiesto el sentimiento jurídico defectuoso

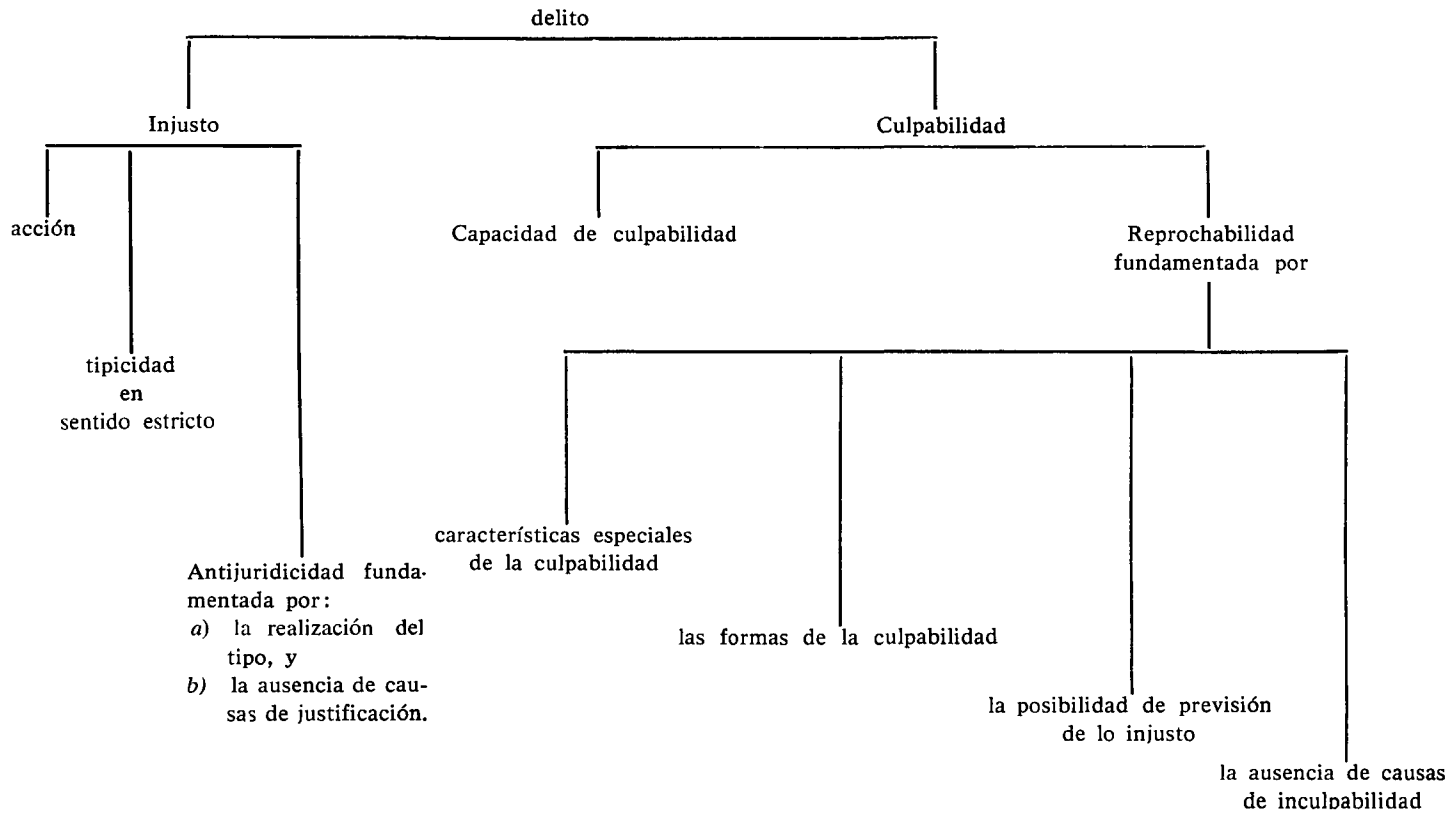
(1) KÖSTLIN (en *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, 1845, págs. 339 y ss., § 118 ss., esp. pág. 340. § 119) destaca: «Han de distinguirse en el concepto de la tentativa los momentos siguientes: el momento de la voluntad se determina como *dolus*: pues la voluntad manifestada en forma activa positiva puede trascender como determinante del lado del hecho externo como dolo (*Vorsatz*) e intención (*Absicht*), mientras que, al revés, la voluntad negativa culposa es determinada por el momento del hecho, de donde tentativa y culpa se repelen mutuamente y una identidad entre ambas encerraría una contradicción. Pero, el momento de la voluntad en la tentativa no puede, en cambio, ser el *dolus* como *Vorsatz*, sino únicamente el dolo como *intención* (*Absicht*), pues, en el primer caso, el concepto de la tentativa dependería del arbitrio casual de la voluntad individual, mientras que dicho concepto y en virtud de su relación con el concepto de acción, ha de tener necesariamente asimismo una certeza o certidumbre objetiva.» En suma, para KÖSTLIN, aspecto externo e interno vienen en la tentativa unidos por el momento de la voluntad que, en la tentativa, se determina como intención (*Absicht*), por lo que la intención representa la unidad lograda del aspecto subjetivo (dolo) y del objetivo (existencia de actos externos ciertos). En idéntico sentido, afirma KÖSTLIN, se ha pronunciado ZACHARIÁ (en *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*), 2 vols. 1836, 1839, vol. I, § 23 ss. al sostener que la tentativa incluye necesariamente el *dolus*.

unido en una forma típica con la realización dolosa del tipo". Al igual que la realización del tipo "indica" la antijuridicidad del hecho, del mismo modo también el dolo del tipo en cuanto elemento del tipo subjetivo de lo injusto arroja solamente un indicio para el tipo de la culpabilidad correspondiente. También aquí toma cuerpo la tesis de Köstlin (en *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, 1845, págs. 223 y ss.), para el cual "los dos aspectos de la acción (*Tatmoment* y *Willensmoment*, dice refiriéndose al aspecto objetivo y al subjetivo) son una totalidad en sí mismos" y además (*vide, Ob. cit.*, § 114, págs. 335 y ss.) "la objetividad de la acción reflejada en sí misma frente al aspecto subjetivo da como resultado la existencia del momento del acto (*Tatmoment*) como aparición exterior de un delito, que, por ello, se comporta de forma indiferente frente a lo meramente interno. Mas, esta indiferencia no puede ser total. Más bien existe aquí... la exteriorización de una voluntad criminal. Este principio se revela —dice Köstlin, al aludir al predominio del aspecto objetivo o externo— como general o abstracto, pero cambia bruscamente en el concepto de la tentativa" (2).

En fin, el concepto de lo injusto en Wessels es, pues, fundamentalmente, personal y su argucia en asignar al dolo una doble colocación sistemática no sólo repugna a cualquier sensibilidad media, sino que, aparte de ser además un claro exponente de los resultados a que ha conducido la dirección analítica arribando con cualquier intento de construir unitariamente el concepto de delito, produce resultados enteramente insatisfactorios, por cuanto el mero hecho de estructurar el concepto del delito en un tipo objetivo y un tipo subjetivo hace quebrarse el fundamento material y sistemático que sirve de soporte a las causas de justificación y a las de inculpabilidad que, a partir de ahora, no desplazarán ya, en consecuencia, lo mismo que hasta ahora, de acuerdo con la concepción tripartita clásica, venían desplazando, puesto que antijuridicidad y culpabilidad vienen constituidas por elementos distintos de aquellos que suelen por lo general verse desplazados por una u otra clase de circunstancias. Ello, aparte también de que, con arreglo a la normativa que en el Código penal alemán regula la aplicación judicial de la pena, la concepción esgrimida por el profesor de Münster acarrea ciertos problemas de cara a la aplicación del § 13, 4 del *StGB*, según el cual, las circunstancias que forman parte de los elementos del tipo legal no deben ser tomadas en consideración en la medición judicial de la pena, por cuanto ello equivaldría a una doble valoración.

Finalmente, y ello no deja de resultar curioso, los defectos que hemos apuntado y que parecen abrir de nuevo las puertas hacia una concepción bipartita del delito encuentran una demostración de este último aserto en el concepto que Wessels maneja en cuanto a la estructura del delito, y que apunta, como puede verse en el esquema siguiente, a una clara concepción bipartita, de la que, según él, pretende huir:

(2) "Hiernach sind im Begriffe des Versuchs folgende Momente zu unterscheiden: 1) Das Willensmoment bestimmt sich notwendig als *dolus*". Cfr. KÖSTLIN, C. R.: *System des deutschen Strafrechts*, Tübingen, 1855, página 220 ss.



Pese a todo, no deja de sorprender la capacidad de síntesis de que hace gala Wessels y que presta al libro un indudable valor científico, y, por supuesto, una innegable utilidad como Compendio de Derecho penal, por cuanto reúne las cualidades de un verdadero manual.

PEDRO-LUIS YÁÑEZ ROMÁN

ZAGREBELSKY, Vladimiro: «Reato continuato» (Delito continuado). Studi di Diritto penale raccolti de Giacomo Delitala, 8, Dott. A. Giuffré editore (Milano, 1970), 229 págs.

Dentro del primer capítulo comienza el autor por la determinación de aquellos elementos que deben ser objeto de estudio: "La pluralidad de delitos, el elemento unificador y el tratamiento unitario más favorable que aquél que se derivaría de las disposiciones relativas al concurso de delitos" (páginas 2).

Continúa luego, ya dentro de la evolución histórica del instituto, por negar la existencia de norma alguna que regulase el delito continuado en Derecho romano, trayendo a colación, no sólo aquellas normas que a primera vista pudiesen parecer relacionadas con él (v. gr.: D. 47.2.68.2.), sino también aquellas claramente contrarias en algún sentido (D. 47.1.2. pr.; D. 47.2.46.9.; D. 47.2.57. pr.).

La misma afirmación hace respecto de los estatutos municipales italianos, ya que en aquellos en que pudiese parecer que se daba una entrada al delito continuado, faltaba la pluralidad de delitos unificados a los fines de la pena, por tratarse de actuaciones que, si bien individualmente consideradas constituirían diversos hechos ilícitos, en su conjunto no eran sino un único delito (v. gr.: las lesiones ocasionadas por distintos y repetidos golpes).

Tampoco entre los glosadores y postglosadores se encuentran vestigios de esta figura, ya que, si bien sentían la exigencia de reducir las consecuencias que, en cuanto a la pena, suponían las reglas del concurso de delitos, las soluciones por ellos propuestas fueron diversas.

La primera norma legal en que aparece regulado el delito continuado es, para el autor, el artículo 80 del Código penal toscano de 1853, en que se habla ya de varias violaciones de una misma ley penal, atribuyéndose a un elemento subjetivo —la misma resolución criminal— la función unificadora (1).

Analiza luego las posiciones de los diversos proyectos del Código penal unitario hasta llegar a la redacción del artículo 79 del Código penal de 1889, y las diversas posturas adoptadas con posterioridad —Proyecto Ferri de 1921, Proyecto preliminar del nuevo Código penal de 1927—, hasta la regulación actual.

En el segundo capítulo —diseño delictivo (*disegno criminoso*)— exami-

(1) Hasta entonces esa función correspondía al transcurso del tiempo. Así, en el reino de Toscana la Ley de 30 de agosto de 1795 y la circular de 29 de febrero de 1821 exigían que las diversas acciones se realizasen dentro del plazo de 20 horas.