

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

ANTONIO QUINTANO RIPOLLES

Resumiendo, como de costumbre, las luminosas comunicaciones periódicas proporcionadas por el miembro de la Comisión Dr. Dreher, la cuarta sesión plenaria de la Comisión de reforma, que tuvo lugar en los cuatro primeros días del pasado mes de febrero, versó sobre algunos de los capitales temas de la dogmática penal, tales como el tratamiento del dolo y el error, la imprudencia y la participación criminal.

I. EL DOLO Y EL ERROR

En esta primera cuestión, tan cardinal para la teoría jurídica del delito como para la estimativa de la responsabilidad, tuvieron ocasión de enfrentarse las opiniones tantas veces adversas de los dos ponentes designados: Haas Welzel y Edmundo Mezger. En la ponencia del primero se hace ver, ante todo, la improcedencia de suministrar en un texto legal la definición del dolo, que puede y debe ser tratada legislativamente sólo por la vía indirecta, a través del tratamiento del error, y concretamente del error de prohibición, ya que sobre la relevancia del error de tipo o hecho todas las opiniones se hallan concordes. Combate la tesis bindinguiana, que es en lo esencial la de Mezger, de restringir la concepción del dolo a la conciencia de la antijuridicidad, que implica una paralela reducción del error a los supuestos de las denominadas «ceguera jurídica» y «adversión jurídica», lo que Welzel estima atentatorio al principio básico de la culpabilidad. Atribuye tal concepción a la ya superada y semitotalitaria idea de Binding de la culpabilidad a título de desobediencia, aceptada en el Proyecto nacionalsocialista de 1936. En lugar de ella propone considerar el asunto desde el punto de vista axiológico, decidiendo el juicio de valor en vez del de conocimiento; y ello tanto en los supuestos de dolo como de culpa. Combate la tesis de que el error de prohibición pueda influir en la transmutación del dolo en culpa, sosteniendo que tales valoraciones nada tienen que ver con la presencia del error, el cual debe excusar o atenuar, pero no influir en la naturaleza propia de la culpabilidad de la acción.

No mejor parada queda en la ponencia de Welzel la doctrina mezgeriana en torno al error sobre los elementos de las causas de justificación, en base a su conocida concepción de las circunstancias negativas del acto (*negative Tatumstände*). Patrocina, por el contrario, la sistemática del Proyecto de 1927, de clara diferenciación entre el error de tipicidad y el de prohibición,

asimilando a este segundo la errónea estimativa de una causa de justificación, aunque reconoce no resultar del todo satisfactoria en los casos de legítima defensa putativa y otros de imperfección de las hipótesis de necesidad.

No menos combativa, la ponencia de Mezger versó principalmente sobre la crítica del finalismo, a la que acusa de confusionismo al comprender fatalmente en su concepto de acción tanto las culpabilidades del dolo como las de imprudencia. Distingue, a su vez, en la doctrina del error de prohibición una doble presentación del dolo: el dolo como objeto de valoración u objetivo, al que correspondería la vieja noción del llamado «dolo natural», y el dolo de valoración del objeto. Distinción sutil que, según él, posibilita la única solución correcta, fiel a un criterio objetivo de la antijuridicidad, sin el cual quedaría borroso y prácticamente inexistente la diferenciación entre antijuridicidad y la culpabilidad. A esta última pertenece primordialmente el dolo (en vez de a la acción, como en la tesis welzeliana), de donde resulta clara la trascendencia acordada en su formulación al conocimiento del injusto.

Por lo que toca a la estimativa del error de prohibición, entendido como error sobre lo prohibido de la acción de que se trate, se muestra de acuerdo con la reciente doctrina del Tribunal Federal que lo estima posible motivo de exclusión del dolo, concordándolo con la jurisprudencia suiza e italiana, en una razón de coincidencia que, según él, responde más bien a las exigencias de justicia que a razones de pura teoría. Niega la filiación bindinguiana que a su teoría señala Welzel, diciendo que no deriva de sistema positivo alguno, sino meramente de consideraciones de derecho ultralegal subyacentes en la comunidad.

El punto de vista oficial del Ministerio de Justicia lo expresa el Dr. Dreher, considerando inoportuno la fijación legal de un concepto de dolo, pero estimando deseable la diferenciación entre el dolo condicional y la culpa consciente. Apunta que quizá el vocablo que mejor sirva para discriminar ambos conceptos sea el de «sabiendas» o *wissentlich*, en su sentido más corriente, pero lo que en verdad debe quedar claramente consignado es que únicamente ha de ser punible el acto doloso o imprudente. Se muestra partidario de admitir en el futuro código penal alemán una fórmula amplia del error, semejante a la del artículo 19 del vigente suizo, es decir, que ponga el acento sobre el factor cognoscitivo. Solución que, como es natural, se acercaría más a la teoría de Mezger que a la de Welzel, por lo que se renueva la discusión entre ambos maestros; aquél defendiendo y éste combatiendo la redacción del citado artículo del Código helvético.

En vista de los dispares criterios manifestados en el seno de la Comisión se propusieron varias fórmulas de votación en lo tocante a la caracterización del error, de las cuales reproducimos sólo las dos más características y extremas; la de Welzel y la de Mezger, ya que las otras no constituyen, en el fondo, más que variaciones sutiles sobre los mismos principios.

La propuesta de textos de Welzel dice así (*Error sobre una circunstancia de hecho*):

- «1. En el caso de errar el autor sobre una circunstancia de hecho de las descritas en el tipo legal, queda excluida la punibilidad del mismo a título doloso;

2. Caso de reposar el error sobre imprudencia, serán de aplicar las normas correspondientes a esta responsabilidad; y
3. En el caso de referirse el error a una circunstancia a la que la ley atribuye una atenuación de la responsabilidad, es de operar dicha circunstancia.»

Error sobre la antijuridicidad:

- «1. Caso de errar el autor sobre antijuridicidad de su acto, no será considerado culpable si su error no le fuere reprochable; en el supuesto de serle reprochable dicho error, la pena puede ser atenuada; y
 2. Lo mismo ha de suceder en el caso de que el autor yerra sobre la procedencia de las causas que pudieran justificar o disculpar su acto.»
- La propuesta de Mezger, a su vez, fué la siguiente:

- «1. No obra dolosamente quien, al perpetrar un hecho delictivo, no conoce los elementos que pertenecen al tipo legal. La punibilidad a título de imprudencia queda intacta en tal supuesto; y
2. Quien en la comisión de una infracción yerra en la estimativa de una circunstancia a la que va ligada la apreciación de una responsabilidad atenuada, puede serle computada tal circunstancia, pero siempre a título doloso en su culpabilidad.»

A la hora de la votación recogió más número de sufragios el texto propuesto por Mezger (de nueve vocales), consiguiendo el de Welzel solamente siete. Fué unánime la aceptación de la propuesta ministerial de que únicamente fuesen punibles los actos delictivos a título de dolo o de culpa, así como el rechazar una definición legalista del dolo.

II. IMPRUDENCIA

El tema de la delincuencia culposa tan relacionado con el anterior, fué objeto de menos apasionadas discusiones, por cuanto que en muchos de sus aspectos había sido ya prejuzgado. Tuvo como ponentes a los Profesores Sieverts y Dahs, el primero de los cuales rechazó la idea de redactar una definición legal de la imprudencia, mientras que el segundo proclamó la utilidad de la misma, bien que en términos amplios que no supongan una posición en las pugnas doctrinales. Triunfó rotundamente en la votación el primer criterio, y la propuesta de definición del Dr. Dahs, inspirada en el Proyecto de 1936, fué rechazada por la casi totalidad de los miembros de la Comisión (con sólo tres votos a favor).

III. CODELINCUCENCIA

El primer ponente del tema, Profesor Gallas, prescinde de tomar parte en las cuestiones teóricas tocantes a la objetividad o subjetividad de estimativa de la delincuencia con sujeto plural, pero en lo tocante a autoría se muestra contrario a quienes propugnan una solución unitaria. Aun reconociendo sus ventajas de simplificación y salvamento de lagunas, considera que la autoría debe mantener sus signos diferenciales legales, ya que dejar la materia al criterio del juzgador y a la culpabilidad personal de cada sujeto conduciría a recusables e impopulares recaídas en el voluntarismo y subjetivismo. Propugna la reforma del

segundo párrafo del parágrafo 50, en el sentido de espiritualizar su contenido y comprender presupuestos de intención que actualmente se hallan ausentes y que deben ser exigibles tanto si se consideran éstos un elemento del injusto, a lo Wenzel, como uno de la culpabilidad. Estima que la atenuación prevista en favor del autor motor o *Anstifter* debiera ser tan sólo facultativa. En cambio, la atenuación de los cómplices debiera ser obligatoria en todo caso.

Se propone en la ponencia de Gallas la irresponsabilidad de los autores secundarios y de los cómplices en el supuesto de que al autor principal le beneficie una causa de justificación. Las de inculpabilidad, en cambio, operan únicamente sobre la persona en quien concurren. En las hipótesis de delitos culposos es posible la atribución de culpabilidad por imprudencia a quien culposamente participa en la acción dolosa ajena.

El segundo ponente, Presidente Schäfer, se muestra aún más conservador en la materia de codeincuencia, rechazando las reformas de fondo y estimando preferible un sentido de continuidad conforme al sistema existente. Sugiere únicamente modificaciones de detalle y redacción. Estima preferible, sin embargo, el mantenimiento de la culpabilidad personal de cada participante independiente de las de los demás concurrentes en el acto delictivo.

Las encontradas opiniones motivan una nueva redacción de ponencia confiada a una subcomisión en la que se prevén varios cuestionarios sometidos a votación. Se acuerda, por gran mayoría de votos (el total menos uno en contra, de Eb. Schmidt), el mantenimiento de la actual sistemática de autor directo, inductor y copartícipe cómplice. Por unanimidad se acuerda asimismo el mantenimiento del concepto de coautoría. En cambio, sólo por un voto, se acepta la distinción legal precisa entre autor mediato e inductor.

En lo que respecta a la exigencia del dolo en el acto del autor principal, determinante del de los partícipes, se acuerda su consignación por mayoría de doce votos contra cuatro. Mayoría de diez contra seis obtuvo la propuesta de establecer la atenuación legal obligatoria en favor de los cómplices. Esta atenuación se propugna aun en el supuesto de que no concurren en el cómplice circunstancias personales de atenuación.