

Tratado de la obra en el original alemán
**Lehrbuch des gemeinen in Deutschland
gültigen peinlichen Rechts**
(Giessen, 1801)

Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS

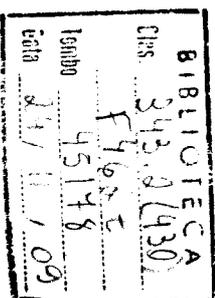
Tratado de derecho penal

común vigente en Alemania

Traducción al castellano de la 14ª ed. alemana
por **Eugenio Raúl Zaffaroni** e **Irma Hagemeyer**



criminalistas perennes | 1 Eugenio Raúl Zaffaroni - Francisco Muñoz Conde dirección



hammurabi
JOSE LUIS DEPALMA ♦ EDITOR



© Copyright by
editorial hammurabi s.r.l.

Talcahuano 481 - 4º piso
C1013AAI - Buenos Aires - Argentina
Tel.: (54-11) 4382-3586 (líneas rotativas)
E-mail: info@hammurabi.com.ar
www.hammurabi.com.ar

Producción integral



concept design

de **Fernando Lucas Depalma**

Tel.: 4382-2080 (líneas rotativas)
E-mail: info@cdesign.com.ar
www.cdesign.com.ar

Esta edición de 500 ejemplares,
más sobrante para reposición
se terminó de imprimir
en el mes de enero de 2007
en los talleres gráficos «St Gráfico»
San Antonio 834, Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito de ley 11.723
Derechos reservados
Prohibida su reproducción total o parcial

Impreso en Argentina / Printed in Argentina

ISBN-10: 950-741-286-7 (edición rústica)

ISBN-13: 978-950-741-286-8 (edición rústica)

ISBN-10: 950-741-287-5 (edición encuadernada)

ISBN-13: 978-950-741-287-5 (edición encuadernada)

Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von

Tratado de derecho penal

1ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2007

368 ps., 23 x 16 cm. [Criminalistas perennes / 1, dirigida por Eugenio Raúl Zaffaroni y Francisco Muñoz Conde]

Traducido por: Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer

ISBN: 950-741-286-7 [edición rústica] 950-741-287-5 [edición encuadernada]

1. Derecho Penal. I. Zaffaroni, Eugenio Raúl, trad. II. Hagemeyer, trad.

CDD 345

Fecha de catalogación: 23/11/2006

Presentación

La perennidad no denota sólo continuidad en el tiempo, sino asimismo prestancia en la entidad y significación; no es solamente duración, sino también excelencia. Algo es perenne, cuando, además de representar un hito señero en su momento, conserva luego un valor permanente, que le hace siempre contemporáneo, siempre actual; y de un libro de—digámoslo con una antigua y elocuente palabra— jurisprudencia se puede predicar la perennidad, cuando, sin dejar de ser un documento de su época y mostrando o reflejando, por ello, los rasgos que la perfilan e identifican, presenta una vivacidad y una fecundidad incesantes, que, muy lejos de encerrarse en los límites de un período determinado, ayudan a comprender problemas jurídicos de hoy y suministran criterios que mantienen aptitud para resolverlos, y, más todavía, permiten captar problemas y soluciones de vigencia constante, verdaderamente constitutivos del derecho.

Sin embargo, tales obras no suelen ser fáciles de encontrar, o, por lo menos, suele resultar difícil adquirirlas y disponer de ellas como instrumento de estudio y trabajo sin trabas y con comodidad. Es, pues, prestar un servicio a los estudiosos ponerlas de nuevo al alcance de todos.

Bajo este signo y con este designio nace la colección Criminalistas perennes. Circunscribiéndonos al modesto ámbito del saber que nos es propio, con ella se pretende hacer accesibles, para cuantos dentro del mundo de habla castellana desean en nuestros días ahondar en el conocimiento del derecho penal, los textos más significativos, decisivos y fundamentales de la disciplina; textos que bien se podría calificar de clásicos, como la serie podría denominarse de Criminalistas clásicos, si tal adjetivo no estuviese desnaturalizado para los iuspenalistas por la fantásica y arbitraria idea que lo empleó para motejar una unidad —la famosa Escuela Clásica de FERRI— que no existe. De ninguna manera, pues, tendrán cabida en la colección sólo todos los llamados clásicos, ya que, aparte de la disparidad de sus raíces y concep-

rable en el pensamiento penal, lo que, si bien implica evidentemente la posesión de sólidos conocimientos en este campo, no requiere, en casos insignes, haber pasado por las aulas de ninguna Facultad de Ciencias Jurídicas, ni haber alcanzado borla ni licencia en ella.

Lo importante y determinante es que tales obras hayan constituido monumentos decisivos en la evolución de dicho pensamiento y que conserven, por lo mismo, valor perdurable para la comprensión adecuada y penetrante del derecho penal. Cuando hayan sido escritas en otro idioma, se ofrecerán versiones castellanas ya clásicas de ellas, o bien traducciones preparadas especialmente para esta colección; y, en los casos en que se revele útil o necesario, se presentarán debidamente prologadas y anotadas.

Sin duda, una empresa de la magnitud y la arduidad de la que acometemos, que, además, no promete éxitos crematísticos brillantes o, por lo menos, inmediatos, sólo puede ejecutarse con el respaldo y la colaboración de una casa editora bien asentada y de sólido prestigio, que no limite sus miras al beneficio económico, sino que tenga un alto y definido concepto de su función en la creación y la difusión de la cultura, como el que anima a la EDITORIAL HAMMURABI de JOSE LUIS DEPALMA, con cuyo sello comparece ante la opinión versada en asuntos penales la colección Criminalistas perennes.

MANUEL DE RIVACOBA Y RIVACOBA
EUGENIO RAUL ZAFFARONI
 Buenos Aires, setiembre de 1988

Ensayo preliminar

**ANSELM V. FEUERBACH: PERSPECTIVA ACTUAL
 DE SU ANTROPOLOGIA JURIDICA**

La publicación de esta obra de ANSELM V. FEUERBACH no es una mera curiosidad, ni, mucho menos, una extravagancia. El *Tratado* contiene la exposición del derecho penal alemán inmediatamente anterior a la codificación, es decir, el derecho penal común alemán que tiene por base legal la *Constitutio Criminalis Carolina (Peinliche Gerichtsordnung)* y, como éste fue el único derecho penal alemán que hubo hasta los códigos, fue el material que éstos reformaron y reelaboraron.

Resulta claro que el autor destinó esta obra principalmente a la práctica y a la enseñanza y que, por lo tanto, no refleja sus ideas penales, sino su exposición como jurista positivista. No obstante, este fue el derecho penal del que tuvo que partir —y en el que estaba formado—, para reformarlo con su Código de Baviera de 1813 —cuya Parte General se incluye como apéndice, en primera traducción directa al castellano— y que, como es sabido, fue la principal fuente de la codificación penal argentina.

Es vastamente conocido que CARLOS TEJEDOR no se basó en el texto original bávaro, sino en la traducción francesa de VATEL¹. A dicha traducción se le han formulado muchas críticas, aunque no todas justificadas. En principio, VATEL no podía crear neologismos técnicos; por otra parte, no era posible comprender claramente el sentido de la legislación bávara sin conocer el pensamiento de FEUERBACH, cuyos aspectos más importantes aun hasta

¹ VATEL, CH., *Code Pénal du Royaume de Baviere traduit de l'allemand avec des explications tirées du Commentaire Officiel (Exposé des motifs) et un appendice*, Paris, 1852.

hoy permanecen casi ignorados entre nosotros. Por ello nuestra doctrina, a lo largo de muchos años, confundió conceptos en el afán de interpretar el texto bávaro con literatura francesa, es decir, proveniente de comentaristas del Código de Napoleón que era, precisamente, la antípoda ideológica de FEUERBACH.

Esta desviación resulta atemperada posteriormente por efecto de la influencia doctrinal italiana y por la formación kantiana de RODOLFO RIVAROLA, así como por el eclecticismo pragmático de JULIO HERRERA. Sin embargo, el sendero clarificador se vio empañado, en primer lugar, por la irrupción simplista del positivismo criminológico y, posteriormente, por el positivismo jurídico que frustró la revisión de las fuentes a las que, en definitiva, nunca se llegó.

Lo cierto es que el Código de Baviera es el abuelo de nuestro Código Penal de 1921, cuyos genes aparecen claros en el orden de los bienes jurídicos de la Parte Especial. Si tenemos en cuenta que el Código de Baviera, por su parte, es hijo de las ideas del liberalismo criticista de FEUERBACH y que éste reforma la legislación penal común alemana —demoliendo para construir con los mismos materiales— resultará que el derecho penal común alemán, basado en la *Carolina*, es indiscutiblemente uno de los bisabuelos de nuestro Código.

En la actualidad, ante la clara evidencia de que nuestra propia tradición legislativa tiene muchísimos elementos germanos, ha cedido el prejuicio frente a todo lo proveniente de Alemania y, en tal sentido, existe un cuerpo sólido de posiciones dogmáticas que alimenta la interpretación de nuestro Código Penal. Ya no queda espacio para chauvinismos que sólo son sostenidos por algunas posiciones aisladas y dislocadas del cuadro general del proceso progresivo de nuestra ciencia penal.

Ante la carencia en lengua castellana de una exposición general de las ideas de FEUERBACH, como también de traducciones de sus principales obras, nos permitimos presentar su *Tratado* con algunos brevísimos datos sobre su vida y el sentido general de su ideología político-penal.

1. La vida de ANSELM V. FEUERBACH

FEUERBACH —que significa “arroyo de fuego”— nació en Hainichen, cerca de Jena, el 14/11/1775. En 1792 se matriculó en la Universidad de Jena, después de una seria disputa con su padre. En 1794 publicó su primer artículo *Sobre el estado de naturaleza*² y en 1795 otros dos: *Ensayo sobre el concep-*

² *Über den Stand der Natur. Ein Fragment*, en “Meissners Monatsschrift Apollo”, 1794, ps. 197 a 223.

to del derecho y *Sobre la imposibilidad de un primer principio absoluto de la filosofía*³. En el mismo año publicó su primer libro: *Sobre la única demostración posible acerca de la existencia y validez de los derechos naturales*⁴ y obtuvo el grado de doctor en filosofía. Al año siguiente —1796— publicó su segundo libro: *Crítica del derecho natural como propedéutica para una ciencia del derecho natural*⁵ y, por ese tiempo, nació su primer hijo, fruto de las relaciones extramatrimoniales con GUILLERMINA TRÖSTER, con quien se casó en 1798. Este dato resulta importante en la vida de FEUERBACH porque la urgencia económica que le impuso ese acontecimiento fue lo que le separó del camino de la filosofía pura. A esta circunstancia debe la ciencia jurídica haber ganado un extraordinario pensador que, de otro modo, hubiese destinado sus mejores esfuerzos a la filosofía.

En 1797 publicó el *Anti-Hobbes*⁶, en 1798 realizó una investigación sobre el delito de alta traición; en 1799 obtuvo su grado de doctor en Derecho de la Universidad de Jena y publicó su obra más importante como teórico: *Revisión de los principios y conceptos fundamentales del derecho penal positivo*⁷. En 1801 publicó la presente obra, cuyo título completo es *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*⁸.

En 1802 dejó Jena y pasó a Kiel, Landshut, y, en 1805, a Munich. A partir de esa fecha se inicia el período en el cual FEUERBACH desempeña diferentes cargos oficiales que lo llevan a participar en la redacción de numerosas leyes bávaras, tarea que alcanza su punto culminante con el Código Penal bávaro de 1813⁹. A partir de 1814 FEUERBACH desempeña cargos judiciales, iniciándose así su labor como juez. Puede dividirse, pues, su vida, en tres períodos: pensador, legislador y juez. Este es, justamente, el subtítulo de una de sus biografías más recientes¹⁰.

³ *Versuch über den Begriff des Rechts, y Über die Unmöglichkeit eines ersten absoluten Grundsatzes der Philosophie* (el último en “Niethammers Philosophisches Journal”, 1795).

⁴ *Über die einzig möglichen Beweisgründe gegen das Dasein und die Gültigkeit der natürlichen Rechte*.

⁵ *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*.

⁶ *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*.

⁷ *Revisión der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*.

⁸ *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*. Aparece en Giessen en 1801 y alcanza catorce ediciones, hasta 1847.

⁹ La edición oficial consta de tres tomos.

¹⁰ KIEPER, EBERHARD, *Johann Paul Anselm Ritter von Feuerbach, sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter*, Darmstadt, 1969.

Los últimos años de su vida están teñidos de leyenda aunque, quizá, sólo sea la leyenda que siempre acompaña a los creadores. La aparición de un desconocido, un joven que había permanecido encerrado en aislamiento desde la infancia, despertó la atención del jurista, quien tomó partido a favor del infortunado KASPAR HAUSER —como se lo había bautizado— y respecto del cual unos sostenían que era un simulador, y otros que era heredero de un noble húngaro. FEUERBACH creyó descubrir en él a un noble bávaro y lo protegió hasta su propia muerte. HAUSER le sobrevivió poco tiempo, puesto que a los pocos meses fue asesinado. La leyenda sostiene la versión de que FEUERBACH mismo fue asesinado, envenenado a causa del terrible *affaire* HAUSER. No obstante, sus biógrafos serios no dan crédito alguno a esta versión. RADBRUCH le otorga el mero carácter de leyenda¹¹ y KIEPER no parece tomarla en cuenta¹². Se da por cierto que FEUERBACH murió a causa de una enfermedad circulatoria que ya le había causado dos ataques anteriores, extinguiéndose de ese modo su existencia terrena el 29 de mayo de 1833.

Existe, también rodeado de leyenda, otro interesante episodio que tiene una vinculación más directa con nuestra materia. En 1824 el ministro de Justicia bávaro —VON ZENTNER— encargó a FEUERBACH la revisión de su propio Código de 1813. En 1824, cuando el trabajo estaba prácticamente terminado, por dificultades que se ignoran —quizá de índole económica— el ministro manifestó que no se trataba de una labor oficial, sino de una tarea privada de FEUERBACH. Este hecho determinó la interrupción de la tarea.

Poco después, la nueva comisión de legislación penal le solicitó el envío del trabajo. FEUERBACH respondió que lo había destruido, actitud que puede hallar explicación en el desprecio que sentía por la referida comisión —de marcada tónica reaccionaria— y, en general, por toda la gestión retardataria y escandalosa del rey Luis I. Pero, en realidad, no había destruido el proyecto, y su propio hijo, el mismo año de su muerte, por pedido del Ministerio de Justicia, remitió una copia del original manuscrito, la cual no pudo ser hallada hasta el presente. El original permaneció en el archivo de la familia FEUERBACH, que lo facilitó a RADBRUCH cuando preparaba su biografía —aparecida en 1934—, quedando luego en el archivo de la Universidad de Heidelberg y fue publicado hace pocos años¹³.

¹¹ RADBRUCH, GUSTAV, *Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben*, Göttingen, 1969, p. 209.

¹² KIEPER, *op. cit.*, ps. 175 a 177.

¹³ El texto y su comentario, con completa información, en SCHUBERT, GERNOT, *Feuerbachs Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich Bayerns aus dem Jahre 1824*, Berlin, 1978.

2. El pensamiento de FEUERBACH

El período juvenil de este autor, que fue el más fecundo en cuanto a expresión de ideas, fue materia hace algunos años de una ejemplar investigación de MARIO A. CATTANEO¹⁴, quien descubrió aspectos que no estaban suficientemente esclarecidos. Se había reparado en las líneas más débiles del pensamiento feuerbachiano, creyéndolo plenamente identificado con el kantismo puro y pasando por alto que su concepción está presidida por un importantísimo sentido antropológico, que lo llevó a ser el verdadero expositor y garante del derecho penal liberal, de lengua alemana al menos, al par que no puede negarse una coincidencia de su pensamiento con las fuentes del más prestigioso jusnaturalismo escolástico.

Cabe señalar que RITTER VON FEUERBACH fue el “hombre del cruce”, ubicado entre dos siglos, convergiendo en él dos métodos y dos pensamientos. El Iluminismo marca una época filosófico-política del pensamiento penal, en tanto que a partir de las grandes modificaciones de los primeros años del siglo XIX se abre una etapa positivista y cientificista. FEUERBACH se encuentra entre la crítica filosófica y el positivismo jurídico¹⁵. Aunando los dos aspectos divergentes, FEUERBACH coronó lo que puede considerarse la primera estructuración de una parte general del derecho penal en sentido moderno, que se materializa en los “prolegómenos” de su *Lehrbuch*, cuya traducción presentamos ahora.

Por otra parte, llega a su máximo esplendor en Alemania el pensamiento racionalista, encontrándose FEUERBACH, precisamente, en la cúspide de este racionalismo y al borde del romanticismo que habría de seguirle. Esta segunda posición crucial se manifiesta patentemente en su intervención contra SAVIGNY: en la polémica acerca de la codificación, FEUERBACH representa el pensamiento individualista y racional; SAVIGNY, el supraindividual y romántico.

Pese a su posición codificadora, no cayó víctima del positivismo jurídico, sino que siempre trató de hallar un equilibrio vinculante entre la filosofía y el derecho positivo, dándole incluso a la primera la jerarquía de fuente del segundo. Aunque hoy pueda criticarse su tentativa de fundar una ciencia del derecho natural separada de la ciencia del derecho positivo, creemos que, en definitiva, planteó el verdadero problema del derecho en términos que aún hoy reclaman solución y que vanamente quisieron ocultar los positivistas jurídicos.

¹⁴ CATTANEO, MARIO A., *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970.

¹⁵ CATTANEO, *op. cit.*, p. 14 y siguiente.

La más importante confluencia intelectual en que se hallaba FEUERBACH era la protagonizada por las corrientes de la filosofía crítica y el pensamiento revolucionario francés. De esta encrucijada surgió la parte más fecunda y perenne de su pensamiento. Su preocupación antropológica se puso de manifiesto desde el comienzo singularmente temprano de su actividad intelectual (recordemos que su primer trabajo versó sobre el estado de naturaleza). Reconoció que el “estado de naturaleza” no tiene otro valor que el de ser un instrumento explicativo, pero fue más allá: criticó el concepto mismo de “estado de naturaleza”, por entender que indica un estado bucólico, que no es moral ni inmoral, que es inocente, pero no humano. “La razón quiere libertad” —dice— y no “naturaleza”, el hombre debe dominar sobre la naturaleza y no ella sobre él¹⁶.

De esta libertad —requerida por la razón— el pensador extrajo su concepto del derecho entendido como “una libertad sancionada por la razón, como condición para alcanzar los más altos fines”¹⁷. Para explicar esta idea es menester destacar el aporte más importante de FEUERBACH. Sucede que en la encrucijada entre el positivismo y el pensamiento revolucionario, FEUERBACH defendió la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano con argumentos criticistas. Frente a los revolucionarios —que también con argumentos criticistas atacaban la razón misma de la Revolución Francesa—, defendió los derechos del hombre, sin hacerse cómplice de los excesos del terror, que también criticaba¹⁸.

FEUERBACH no solía hablar de “derecho”, sino de “derechos”, en plural¹⁹. Para él los derechos debían entenderse en sentido subjetivo, no derivándose del deber de respetarlos, sino como anteriores a ese deber y reconocibles por medio de la razón. El principal aporte feuerbachiano fue, pues, *una derivación crítica de los derechos del hombre, distinta, precedente e independiente de la kantiana*. Para KANT, el derecho se reconoce por el deber, pues a cada derecho corresponde un deber, y este deber es un deber de respeto que se erige en imperativo moral categórico. Por ello, para KANT, el derecho se reconoce desde la ley moral, pues su violación —que consiste en la utilización de otro como medio— es la violación de un precepto ético. De allí que para KANT la pena no sea otra cosa que retribución y la legítima defensa no

¹⁶ *Über den Stand der Natur*, cit. por CATTANEO, p. 41.

¹⁷ Citado por CATTANEO, p. 65.

¹⁸ Uno de los reaccionarios criticistas era REHBERG, cfr. RADBRUCH, *op. cit.*, p. 25.

¹⁹ Cfr. GRÜNHUT, MAX, *Anselm von Feuerbach und das Problem der Strafrechtlichen Zurechnung*, en “Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft”, Hamburg, 1922, p. 15.

pueda reconocerse como justificación. Como KANT deriva los derechos de los deberes (lo subjetivo de lo objetivo), llega a negar en cualquier caso el derecho de resistencia, negativa que se enfrenta con la tradición escolástica y cuya lógica resulta férrea si se aceptan las premisas de las que parte.

FEUERBACH *invirtió el planteo kantiano, entendiendo que los derechos debían buscarse en la razón práctica del titular y no en la del obligado*. Si los derechos se reconocen por la razón práctica, pero al mismo tiempo, no se derivan de la moral, ello significa que la razón práctica no sólo cumple la función de imponer deberes, sino también la de permitir conocer derechos. A esta segunda función, desconocida en el planteo kantiano, la llamó *razón práctica jurídica*.

De esta forma, FEUERBACH fundó los derechos de modo totalmente separado de la moral, pretendiendo echar las bases de una ciencia o saber de los derechos naturales separado de ésta. Aquí se observa la incuestionable influencia del pensamiento revolucionario francés, traducida prácticamente en la defensa que hace del derecho de resistencia, rotundamente negado por el pensamiento ilustrado de KANT. Es precisamente en este punto donde FEUERBACH se revela liberal y democrático, frente a KANT, elitista e iluminista. En el *Anti-Hobbes* FEUERBACH personificaba en HOBBS el absolutismo estatal, pero bien puede denominarse a su obra también el “Anti-Kant”²⁰, puesto que KANT y FEUERBACH participaban de opuestas concepciones del Estado. *El Estado era para FEUERBACH sólo un medio de garantizar derechos*²¹, en tanto que para KANT sólo podía haber derechos dentro del Estado, derivados de la garantía de cumplimiento del deber de respeto al hombre como fin en sí mismo.

Según FEUERBACH, el Estado tutela derechos; según KANT, crea la condición jurídica²². El Estado feuerbachiano es inútil y despreciable cuando no garantiza los derechos; el Estado kantiano debe ser respetado, aun cuando no los garantice, porque sólo dentro de él pueden tener lugar los derechos. Si atendemos a las consecuencias políticas y penales de esta diferencia conceptual, y además, a que la distinción de FEUERBACH entre moral y derecho es mucho más neta que la de KANT, *no hay motivo alguno para seguir señalando a KANT como garante del penalismo liberal. La idea misma del Estado de Derecho se adapta más al pensamiento feuerbachiano que al kantiano*.

²⁰ Véase WOLF, ERICK, *Grosse Rechtsdenker*, Tübingen, 1951, p. 543.

²¹ WOLF (*op. cit.*, *loc. cit.*) remonta hasta él la tradición del constitucionalismo de Weimar.

²² CATTANEO, *op. cit.*, ps. 235 a 237.

Queda fuera de duda que FEUERBACH opera con una concepción antropológica distinta de la kantiana. Desde que la distinción kantiana entre moral y derecho es sólo formal, puesto que el orden jurídico sería un comportamiento "moral" con indiferencia de motivación, en FEUERBACH la diferencia pasa a ser una cuestión de contenido: como no parte del orden, es decir, del derecho objetivo, sino de los derechos subjetivos, derivándolos de la razón práctica en forma independiente de la moral, los derechos no pueden concebirse como permisos morales, porque también deben abarcar el derecho al comportamiento inmoral; los derechos tampoco pueden deducirse del deber de no interferir en los comportamientos morales ajenos, porque se trata de no interferir en los derechos subjetivos ajenos.

Por supuesto, estos derechos subjetivos —que FEUERBACH llamó "derechos externos"— no son ilimitados. Se derivan de la razón, y como ésta no puede contradecirse a sí misma, dentro de ella encuentran su límite, que es la prohibición de usar a otro hombre como medio. Si bien éste es el límite de lo jurídico, cabe reconocer que, sin violarlo, hay una amplia gama de conductas que no se derivan del deber moral y cuya elección configura el ámbito de la libertad jurídica. Por otra parte, con este mismo límite, FEUERBACH dejaba a salvo también la unidad de la razón práctica, que, de lo contrario, se hubiese escindido en una razón práctica moral y una razón práctica jurídica.

Esta visión subjetivista de los derechos es el mayor aporte de FEUERBACH a la teoría jurídica. Puede afirmarse que él supo aunar "al profundo conocimiento de las exigencias concretas de la vida jurídica una inusual claridad y energía de pensamiento"²³, lo que le permitió percatarse con claridad meridiana de las inflexibles consecuencias de un derecho derivado del deber, que no vio KANT, que no era jurista. Esta precisión fue lo que le condujo a derivar directamente el derecho de la razón práctica, prescindiendo del deber como intermediario.

3. *Trascendencia actual de su pensamiento*

Del planteo realizado por FEUERBACH quedan en pie consecuencias que la cultura jurídica de nuestro tiempo puede suscribir sin titubeos: el orden surge para que el hombre pueda realizarse y, por otra parte, los derechos no son permisos morales ni acciones moralmente indiferentes, sino que lo son tanto a la acción moral como a la acción inmoral. El deber jurídico no surge para permitir la acción moral de otro, sino también para permitir la acción inmoral ajena, siempre que ésta no consista en la "cosificación" de un ser humano.

²³ BAUMGARTEN, ARTHUR, *Paul Johann Anselm von Feuerbach, anlässlich seines 100. Todestags*, en "Sch. Z. f. Strafrecht", Bern, 1933, ps. 293 a 310 (297).

De la concepción feuerbachiana del derecho y del Estado emerge el punto de partida indispensable para plantear adecuadamente el arduo problema de los bienes jurídicos. Creemos que el criterio de FEUERBACH fue el aceptado por nuestra ley penal positiva, sobreviviendo hasta hoy. Nunca pudo ser mejor el acierto de TEJEDOR en su elección porque entre revolucionarios panfletarios, iluministas críticos y cesaristas, FEUERBACH, el "hombre del cruce", fue el artífice racional de la defensa de los derechos de la persona humana, procurando un límite sólido a la potestad punitiva, que armoniza maravillosamente con la elocuente expresión de nuestro art. 19 constitucional. No en vano BLOCH afirma que FEUERBACH "no se limitó a proteger al Estado del delincuente, sino también al delincuente del Estado"²⁴.

FEUERBACH es usualmente conocido por su teoría de la pena, de la cual no nos ocuparemos aquí, pero cabe observar que esa misma teoría, hoy superada, constituye una razón más para alabar la elección de TEJEDOR, dado que FEUERBACH evita con ella caer en la teoría de GROLMAN, quien, en sentido similar al de ROMAGNOSI, identificaba pena con defensa. Para FEUERBACH, esto era inadmisibles, porque su concepto del Estado como garante lo llevaba a concebir a la pena como seguridad, lo que también coincide con nuestro texto constitucional.

Si aún restase alguna duda acerca de que TEJEDOR eligió como modelo el texto del pensador penal más clarificado de la primera mitad del siglo XIX, podemos agregar que la sobriedad de nuestro Código Penal es una herencia directa de la precisión técnica del Código de Baviera, justamente alabada por el ilustre BINDING²⁵.

4. *Perspectiva actual de su antropología jurídica*

Toda vez que KANT derivaba los derechos de los deberes, en tanto que FEUERBACH invertía el planteo, durante la vigencia del positivismo jurídico se apeló incesantemente a KANT, en tanto que el pensamiento de FEUERBACH quedó en la penumbra o sólo fue mencionado en sus aspectos más superficiales, cuestionables e intrascendentes. No podemos afirmar que FEUERBACH, con su posición abiertamente jusnaturalista, haya dado con la clave del problema, pero creemos que se halla más próximo al pensamiento y a la problemática de nuestro siglo que el desgastado y neutralizado positivismo más o menos neo-kantiano.

²⁴ BLOCH, ERNST, *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt, 1961, p. 107.

²⁵ BINDING, KARL, *Zum Hundertjährigen Geburtstag Anselm Feuerbachs*, reproducido en "Strafrechtliche und Strafprozessuale Abhandlungen", I, München und Leipzig, 1915, ps. 507 a 521 (515).

Si recordamos que, después de un largo rodeo, el mismo KANT fue reinterpretado en nuestro siglo de modo original²⁶, correspondería que a la luz de esta valoración tratemos de ponderar también la magnitud del aporte feuerbachiano. Recordemos las famosas preguntas kantianas, en las que el filósofo de Königsberg quiere sintetizar el interés de la razón: “¿Qué puedo saber?” “¿Qué debo hacer?” “¿Qué me cabe esperar?” ¿Por qué decía KANT que estas tres preguntas se resumen en la cuestión antropológica? ¿Por qué “¿qué es el hombre?” resume a las tres? La respuesta de HEIDEGGER abrió un panorama lleno de luz al retomar el tema: esas tres preguntas interrogan sobre los límites del hombre, con lo que la cuestión antropológica pasa a ser la vía de entrada a cualquier cuestión filosófica.

Cuestión filosófica por excelencia es la pregunta que interroga por el ser, es decir, la ontología. No hay otro recurso para saber algo acerca del ser que interrogar a los entes, debiéndose elegir alguno. El ente señalado, porque decide acerca de su propio ser y porque la pregunta tiene la forma que él mismo le da, es el hombre. El hombre es un ente finito; luego, toda pregunta sobre la finitud o límite humano es inherente al preguntar del hombre sobre el sentido de la interrogación ontológica. Las tres preguntas kantianas no son más que interrogaciones sobre el hombre: si pregunto qué puedo saber, es porque hay algo que el hombre no puede saber; si pregunto qué debo hacer, es porque hay algo que el hombre no debe hacer; y si pregunto qué me cabe esperar, es porque hay algo que al hombre no le cabe esperar. De allí, que la cuarta pregunta (“¿Qué es el hombre?”) resume las tres anteriores y que todas se remitan a la primera (“¿Qué puedo saber?”).

Desde el aludido punto de vista, la crítica de la razón pura pasa a ser considerada como una indagación sobre la finitud del hombre y, por consiguiente, una indagación sobre la posibilidad de la ontología²⁷.

Frente a este planteamiento, KANT buscaba los derechos en los deberes, es decir, lo que el hombre es a partir de lo que el hombre debe ser, respondiendo a la pregunta antropológica a través de una de las otras tres: ¿qué debo hacer? Nada diferente ha sido el posterior intento de renovar el objetivismo valorativo buscando el ser a partir del deber ser, es decir, de un ser que todavía no es. Nunca el ser del hombre podrá ser hallado a partir de un previo deber ser, clara o encubiertamente puesto por el propio observador. FEUERBACH, al buscar autónomamente el ámbito de lo que el hombre puede

²⁶ Véase HEIDEGGER, MARTIN, *Kant y el problema de la metafísica*, tr. de Gred Ibscher Groth y rev. de Elsa Cecilia Frost, México, 1973, especialmente ps. 171 a 182; en la traducción italiana de María Elena Reina, Milano, 1962, p. 267 y siguientes.

²⁷ Idem, p. 181; en la traducción italiana, p. 282.

ser, trataba de invertir el planteo, esto es, de responder a la pregunta “¿Qué debo hacer?” a partir de la pregunta acerca del ser del hombre. Este es el camino que nos parece más promisorio en la antropología filosófica y jurídica de nuestro siglo: del ser del hombre se procura deducir su deber ser, de lo que se procura responder cuáles son sus posibilidades de ser. Por supuesto, este sendero no llegó a ser transitado muy profundamente por FEUERBACH, como corresponde muchas veces al pensamiento pionero, pero no cabe duda de que por él anduvo. Con ello se mostró sumamente visionario y, si estuvo falto de respuestas, no debe olvidarse que en este ámbito frecuentemente son más importantes las preguntas que las respuestas. Por otra parte, entendemos que éste es mérito más que suficiente para señalar su gigantesca talla de pensador, sin que quepa exigir más a quien se hallaba en la encrucijada, justo al borde de un enorme rodeo romántico que confundió gravemente al pensamiento humano occidental.

Lamentablemente, el mundo no quiso seguir el sendero político-penal señalado por FEUERBACH, pues les era necesario a los sectores ascendentes valerse primero del idealismo romántico para neutralizar a los disidentes y, luego, del biologismo positivista para descalificarlos como “inferiores”. Hoy, cuando el manejo de las ideologías se hace de total evidencia, es necesario volver a las fuentes en todos los órdenes y retomar los hilos que fueron quedando sueltos en el curso de la historia del pensamiento, muchos de los cuales fueron descartados por “anticuados” cuando, en realidad, fueron abandonados por resultar inútiles a los “intereses” que prefirieron valerse de otros más aptos para la instrumentación ideológica del control social²⁸.

EUGENIO RAUL ZAFFARONI

²⁸ Dos palabras cabe agregar sobre la presente traducción: de la parte general de la obra y de la del Código bávaro soy exclusivo responsable; la parte especial del *Tratado* la tradujo la señora HAGEMEIER y la revisé técnicamente para unificar la redacción. Para prevenir las críticas —que en el último tiempo suelen ser del más pésimo gusto—, es necesario aclarar que tenemos plena conciencia de la dureza y nula galanura del castellano del texto, pero lo hemos preferido de ese modo, procurando que el lector tenga en sus manos un instrumento técnico y no un libro muy bien escrito, pero que, en ocasiones, no sería el de FEUERBACH.

<i>SEGUNDA SECCION</i>	
De la producción de prueba.....	314
<i>TERCERA SECCION</i>	
De la defensa.....	315
<i>CUARTA SECCION</i>	
Del juicio.....	316
<i>Primera sub-sección</i>	
Del juicio y de sus clases.....	316
<i>Segunda sub-sección</i>	
Del pronunciamiento de la sentencia, de los recursos contra la misma y de su ejecución.....	319
TITULO II	
DE LOS PROCESOS DE INQUISICION Y DE QUERRELLA EN PARTICULAR	
CAPITULO I	
Del proceso de inquisición.....	320
I. Inquisición general.....	321
II. Inquisición especial.....	324
III. Interrogatorio articulado o proceso criminal solemne.....	329
CAPITULO II	
Del proceso acusatorio.....	332
APENDICE	
De las costas criminales.....	333
— APENDICE —	
CODIGO PENAL PARA EL REINO DE BAVIERA	
LIBRO PRIMERO	
DISPOSICIONES LEGALES GENERALES SOBRE CRIMENES Y DELITOS	
CAPITULO I	
De las acciones no permitidas y de su punición en general.....	335
CAPITULO II	
De la consumación del crimen, del dolo antijurídico y del autor.....	342
CAPITULO III	
De la tentativa, de la imprudencia y de la participación.....	346
CAPITULO IV	
De la cuantificación de las penas y de las causas de atenuación y agravación.....	353
CAPITULO V	
De las causas que suprimen la punibilidad.....	359

**PROLEGOMENOS SOBRE EL CONCEPTO, FUENTES, CIENCIAS
AUXILIARES Y LITERATURA DEL DERECHO PENAL**

— § 1 —

El derecho criminal (ciencia del derecho penal, derecho punitivo) es la ciencia de los derechos que tiene el Estado, fundándose en las leyes penales, frente a sus súbditos como posibles infractores a las mismas¹. De allí que sea una parte del derecho público² y que se distinga de los derechos civiles³, puesto que éstos enseñan los derechos de las personas privadas, distinguiéndose también de los derechos del Estado que están vinculados a éste como parte integrante del derecho público, puesto que éstos desarrollan los derechos fundamentales de la Constitución del Estado.

¹ Sobre el ámbito y concepto del derecho criminal, cfr. C. A. TITTMANN, *Versuch über die wissenschaftliche Behandlung des peinlichen Rechts*, Leipzig, 1798, §§ 3, 6 y 7. Véase también DROSTE HÜLSHOF, *Einl. i. d. gem. deutsche CrimR.*, Bonn, 1826. Sobre la metodología de tratamiento, en especial el llamado histórico, BIENER (en *N. Archiv d. Criminalrecht*, t. X, nros. 19 y 23). ABEGG, *Die verschiedenen Strafrechtstheorien in ihrem Verhältnisse zu einander u. zu dem positiven Rechte*, Neustadt, 1935, §§ 1, 3.

² ASCHENBRENNER (en *Kleins Archiv*, t. IV, 1, n° 5) lo considera entre los derechos del Estado. En contra, KLEINSCHROD en la *Syst. Entw.*, III, § 130, WEBER, *Über das Studium der Rechtswissenschaft*, p. 54.

³ A éste pertenecen también los derechos privados fundados en las lesiones jurídicas, como la satisfacción privada en el hurto, etcétera (véase en especial ABEGG, *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, 1833, p. 5).

— § 2 —

El *derecho punitivo general*, como filosofía de los fundamentos jurídicos del derecho penal y de su ejercicio, es la ciencia de los posibles

derechos del Estado a las leyes penales, en tanto que el *derecho penal positivo* es la ciencia de los efectivos derechos que tiene un Estado alemán determinado, que le son concedidos por las leyes penales.

— § 3 —

El derecho penal común en Alemania, al igual que todo el derecho común en general, ha perdido su validez con la disolución de la Constitución Imperial y, por ende, en la forma de derecho común, ya no tiene vigencia jurídica. No obstante, permanece vigente en Alemania¹ en la medida en que no fue limitado o cancelado por leyes particulares originarias de los antiguos territorios del Imperio, pero únicamente en función del derecho local particular, salvo los preceptos relacionados con la Federación Imperial o que funden principios del antiguo derecho político del Imperio².

Nota: En particular sobre la división en, *Jus crim. scriptum* y *non scriptum*, *antiquum*, *medium* y *provum*, *publicum* y *privatum*, sobre derecho consuetudinario, C. Weisse, *De vi consuetud in caus. crim.*, Lips., 1813.

¹ Así, el mismo valía antes de la introducción del nuevo Código Penal bávaro y todavía ampliamente en partes del Reino; por ejemplo, en Suabia.

² La quiebra de la Constitución Imperial cambia, por ejemplo, la teoría de los posibles sujetos de un crimen, de los crímenes cometidos en el extranjero, de la alta traición, de los crímenes monetarios, etcétera. Véase especialmente §§ 30, 31 y 40.

— § 4 —

La ciencia del derecho punitivo positivo está integrada por: I) Los principios sobre la punición de las acciones antijurídicas en general (parte filosófica o general), fundando en ella; II) Los derechos particulares del Estado que tienen en mira la punición de las categorías especiales de acciones antijurídicas individuales (parte positiva o especial). La doctrina de la forma en que el Estado hace valer legalmente sus derechos emergentes de las leyes penales (proceso criminal)¹ es, por cierto, una parte del derecho procesal, que permanece vinculada al derecho criminal en sentido estricto sólo por las necesidades que se derivan de la enseñanza académica².

Nota: Véase Jordan: 1) *Inwiefern soll der allgemeine Theil der positiven CRW, philosophisch sein?* 2) *Ist der Criminalprocess ein integrierender Theil der Criminalrechtswissenschaft?* (*N. Arch.*, t. XI, n° 9).

¹ Impropiamente se ha calificado a esta parte de práctica. Objeto de una ciencia así llamada práctica sólo pueden serlo meras reglas de arte, perteneciendo a la parte práctica del derecho criminal únicamente: I. El conocimiento de las reglas del arte para la conducción de una investigación criminal; II. La teoría de las reglas para el uso de actas criminales ya existentes, como la forma de registrar, decretar, etcétera.

² Que el proceso criminal debe estar unido con el derecho criminal, al igual que el proceso civil con el derecho civil, es ahora generalmente admitido. Véase también ABEGG, *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, § 6.

— § 5 —

Las fuentes del derecho criminal común alemán son I) La filosofía del derecho penal, en la medida en que su aplicación no esté limitada por preceptos penales positivos; II) Las leyes penales positivas del antiguo Imperio, entre las que deben contarse las leyes extranjeras receptadas en Alemania, especialmente las del derecho romano¹ y las del derecho canónico², y las leyes nacionales, tanto la Ordenanza Judicial Penal de Carlos V, del año 1532³, como las otras leyes imperiales⁴.

Nota: La práctica judicial (*praxis*) puede disculpar por necesidad en función de los resultados obtenidos de ineludibles requerimientos del cambio de los tiempos aprobados por la razón y la Humanidad, pero jamás podrá justificarse en la teoría como fundamento del derecho, ni ser considerada como fuente obligante de normas jurídicas. Corresponde reconocer a la costumbre del mismo modo en que se reconoce a las revoluciones, como un hecho, no como derecho. Véase también C. E. WEISSE, *De vi consuetudinis in causis criminalibus*, Lips., 1813; GERSTÄKER, sobre los grandes peligros del rigorismo legal reprochable a la práctica, en *N. Archiv des Criminalrecht*, t. VI, 3, 19.

¹ CHR. FR. GE. MEISTER, *Diss. de juris romani criminalis in Germaniae foris maxime hodiernis auctoritate*, Gött., 1766. También en sus *Opusc. ad jus civ. et crim. pertin.*, II, 1; ROSSHIRT, *Über d. röm. Recht als Quelle d. deutschen CRs.* (en *N. Arch.*, t. XI, n° 1, 14).

² C. A. TITTMANN, *Diss. 2 de causis auctoritatis juris canonici in jure criminali Germanico*, Lips., 1798 (también en las *Sel. Diss.*, de MARTIN, vol. I, *Diss.*, 3, 4).

³ Nuevas ediciones manuales: J. CHR. KOCH, *Hals-oder peinlich. Gerichts-Ordnung Kaiser Karl V*, 6ª ed., Giessen, 1816; respecto de la Ordenanza Judicial Penal de Carlos V y de las ordenanzas bambergense y brandenburguesa, conforme a las ediciones de 1507, 1516 y 1533, Jena, 1826, 1835. Véase especialmente, *Die peinl. Gerichtardn., K. Karl V, Nebst der Bamberg u. Brandenburger Halsgerichtsordn. nach den ältesten Drucken und mit den Projecten von Zöpft*, Heidelberg, 1942. En particular, sobre la sanción y vigencia de la Ordenanza Judicial Penal, CHR. THOMASIVS, *Diss. de occasione, conceptione ac intentione CCC*, Hal., 1711; J. HORIX, *Wahre Veranlassung der PGO*, etcétera, Mainz, 1757; JUL. FR. MAHLBLANK, *Geschichte d. peinl. GO Kaiser Karl V von ihrer Entstehung und weitem Schicksalen bis auf unsre Zeit*, Nürnberg, 1783. Sobre el autor y fundamento de la ordenanza bambergense, Rosshirt, *Joh. v. Schwarzenberg in seiner Bezi-*

hung z. Bamb. u. Carolina, en *N. Archiv*, t. IX, n° 10. Sobre sus restantes fuentes: *La Ordenanza de maleficios de Maximiliano I para el Tirol del año 1499* (MITTERMAIER, en *N. Archiv*, t. IX, n° 3); la Instrucción de Torquemada para el Santo Oficio del 29 de octubre de 1484 (?); sobre TENGLER véase SCHORCH, *Über U. Tenglers Layenspiegel*, Erf., 1796; FEUERBACH, en la *Bib. d.p. R.*, 1, III. Sobre su espíritu, objeto y defectos, SEMLER, *Etwas über den inneren Werth der PGO*, en HAGEMANN y GÜNTHER, *Archiv*, t. I, 13. Sobre ediciones auténticas de la PGO, C.F. WALCH, Jena, 1785 y el prólogo de KOCH a esa edición; BOEHMER, *Über die authentische Ausgabe d. PGO*, Gött., 1818; ROSSHIRT, *Beitr. zum röm. Rechte und zum röm. deutschen Criminalrecht*, Heidelb., 1820, cuad. 1, n° 1. Sobre traducciones de la PGO: JUSTI GOBLERI, *Caroli V de capitalibus judiciis constitutio, germanice primum evulgata, nunc in latinum versa et aequo commentario aucta*, Bas., 1543 (sobre él y su traducción, Spangenberg, en *N. Archiv*, t. VII, 16); GEORG REMI NEMESIS, *Karolina paraphrasi exposita et scoliis aucta*, Herbon, 1594 y ediciones posteriores).

⁴ GERSTLACHER, *Handb. der deutschen Reichgesetze*, XI, t. I, Abhand. p. 2943 y siguientes.

— § 6 —

Los conocimientos auxiliares del derecho criminal comprenden: A) Las ciencias en sentido estricto y, entre éstas, aparte de los restantes sectores del derecho positivo, especialmente: I) La filosofía y, sin duda, la psicología¹, la filosofía práctica en general y, ante todo, la filosofía del derecho (*derecho natural*)², y, como parte especialmente elaborada de ésta, el *derecho punitivo general*³, así como la *política criminal*⁴, en particular en relación a las *nuevas legislaciones*⁵; II) Las ciencias históricas, en especial la historia de los Estados en que han tenido origen las leyes ahora vigentes, la historia de las leyes criminales actualmente vigentes en Alemania y del mismo derecho criminal como ciencia⁶; III) La ciencia criminal y la legislación de otros estados y pueblos⁷; IV) La medicina forense⁸ y, B) Para el estudio de las fuentes es indispensable el conocimiento de las lenguas latina y alemana antigua⁹ y el conocimiento de las antiguas sentencias alemanas¹⁰, lo que resulta útil especialmente para la explicación de las antiguas costumbres jurídicas de la Edad Media.

¹ FEDER, *Untersuchungen über den menschlichen Willen*, 3ª parte, 2ª ed., Gött. u. Lemgo, 1785-1792; SCHMITD, *Empirische Psychologie*, 1ª parte, Jena, 1791, 2ª ed., 1797; JACOB, *Grundriss der Erfahrungsseelelehre*, 2ª ed., Halle, 1795; KANT, *Anthropologie in pragmat. Hinsicht*, Königsb., 1798, 2ª ed., 1800; J. G. E. MAASS, *Über die Leidenschaften*, t. II, Halle, 1805/1807; del mismo, *Versuch über die Gefühle, besonders über die Affecten*, ts. I y II, Halle, 1812; SCHAUMANN, *Ideen zu einer Criminalpsychologie*, Halle, 1792; HOFBAUER, *Die Psychologie in ihren Hauptanwendungen auf die Rechtspflege*, Halle, 1808; C. L. VON WEBER, *Handb. d. psychischen Anthropologie, mit vorzüglicher Rücksicht auf d. praktische u. d. Strafrechtspflege*, Tübingen, 1828; *Médecine légale par*

Hofbauer, traduit par Chambeyron avec des notes de Mr. Esquirol et Itard, Paris, 1927; FRIEDREICH, *Systemat. Handbuch der gerichtl. Psychologie*, Leips., 1825; RAY, *A treatise on the medical jurisprudence of insanity*, Boston, 1838, nueva edición, 1844.

² El conocimiento de una literatura más precisa sobre el derecho natural será proporcionado por las lecciones de esta ciencia.

³ ENGELHARD, *Vers. eines allgem. p. Rechts*, Frankf. u. Leipzig, 1756/58; P. RAURICI, *Positionum ad rem crimin. philosophico practicarum liber unus*, Berol. et Lips., 1787/88; BERGK, *Philosophie d.p. Rechts*, Meissen, 1802; ZACHARIAE, *Anfangsgründe des Philosoph. Criminalrechts*, Leipsig, 1805; BAUER, *Grundlinien d. philos. Criminalrechts*, Göttingen, 1825; H. RICHTER, *D. philos. Strafrecht u. s. w.*, Leipz., 1828; CARL TRUMMER, *z. Philosophie des Rechts u. insbes. d. Strafrechts*, Hamb., 1827. Muchos materiales se incluyen en los escritos sobre la política criminal.

⁴ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Napoli, 1764, trad. alemana, Hamburgo, 1766, Ulm., 1767, de HOMMEL, con notas y comentarios, Breslau, 1778; 2ª parte, con observaciones, notas y agregados de J.A. BERGK, Leipzig, 1798. También, BECCARIA, *Dei delitti e delle pene. Con l'aggiunta d'un esame critico delle A. Paolini edit. altri opuscoli*, Firenze, 1821, 5 volúmenes; VOLTAIRE, *Prix de la justice et de l'humanité*, Ferney, 1775; CAJETAN FILANGIERI, *System der Gesetzgebung*, trad. alemana, Ansp., 1784 y ss. (nueva edición, 1794), ts. 3 y 4; SERVIN, *De la législation criminelle*, Basle., 1782, trad. alemana de JOH. ERNST GRUNER, con prólogo de FEDER, Núrb., 1786; BRISSOT DE WARVILLE, *Théorie des loix criminelles*, Paris, 1781; PASTORET, *Les loix pénales*, Paris, 1790, trad. alemana de ERHARD, 2 ts., Leipzig, 1792; SODEN, *Geist der deutsch. Criminalgesetze*, t. III, 2ª ed., Frankfurt, 1792; GLOBIG - HUSTER, *Abhand. von der Criminalgesetzgebung*, Zürich, 1783; de los mismos, *Vier Zugaben zu der gekrönten Preisschrift von der Criminalgesetzgebung*, Altenb., 1785; GMELIN, *Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen u. Strafen*, Tübingen, 1785; E. C. WIELAND, *Über den Geist der. peinl. Gesetze*, 2ª parte, Leipzig, 1783; OERSTED, *Über d. Grundregeln d. Strafgesetzgebung*, Kopenh., 1818; VILLAUME, *Vers. einer Theoried. Criminalges.*, Kopenh., 1818; JER. BENTHAM, *Traité de la législation civile et pénale*, Dumond, Paris, 1820; el mismo trabajo trad. por BENEKE, dos tomos, Berlin, 1830. Como materiales para la política criminal son importantes diversos proyectos de códigos penales de QUISTORP, DALBERG, KLEINSCHROD, EGGERS, los proyectos de Código Penal para el reino de Sajonia, de TITTMANN (Meissen, 1813), ERHARD (Leipzig, 1816), STÜBEL (1824), además de los de Hannover (de BAUER), de Braunschweig (de STROMBEK) y otros. Con referencia a Baviera cabe tomar en consideración: 1) El proyecto de KLEINSCHROD de 1802 (en contra, FEUERBACH, *Kritik des Kleinschrod'schen Entwurff. d. Kurpfalz-Baier. Staaten*, 1804); 2) El proyecto de FEUERBACH del año 1810, que ha servido de base al Código Penal bávaro de 1813, aunque haya experimentado modificaciones, a veces, desgraciadas; 3) El proyecto de Código Penal de 1822 (de GÖNNER y STÜRMER, en contra del cual en especial OERSTED, *Ausführliche Prüfung des neuen Entw. z. e. Strafgesetzb. f. d. Königr. Baiern*, etc., Kopenh., 1823. No debe pasarse por alto el *Project de Code Criminel, avec les observations des redacteurs*, etc., Paris, 1804, y *Collezione dei Travagli sul codice penale del regno d'Italia*, vol. I, Brescia, 1807.

⁵ Desarrollos críticos y comparaciones de las nuevas legislaciones: MITTERMAIER, *Über die Grundfehler der Behandlung des Criminalr. in Lehr- und Gesetzbrüchern*, Bonn, 1819; MITTERMAIER, *Über den neuesten Zustand der Strafgesetzgebung in Deutschland*, Heidelberg, 1825; BAUER en su nota al proyecto para Hannover, 1826, 28º,

2ª parte; el mismo en, *Vergleichung des ursprünglichen Entwurfs u. dem. revid. Entwurf für das Königr. Hannover*, Göttingen, 1831; HEPP, *Vergleichung des ursprüngl. Hannover Straftentwurfs mit dem revid.*, Heidelberg, 1832. Colaboraciones en los *Neuen Archive des Criminalrechts* sobre los proyectos en particular, y en el *Krit. Zeitschrift* (véase MITTERMAIER y ZACHARIAE) para la legislación extranjera y la ciencia jurídica. Aquí corresponde citar también los escritos aparecidos en oportunidad de los proyectos bávaros (1822, 1828, 1831). MITTERMAIER, *Die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung*, Heidelberg, 1841, 2ª parte, 1843.

⁶ En especial está muy poco trabajado. Se hallan materiales en los compendios usuales de historia del derecho que se indican en el § 5, nota 5, y los de THOMASIIUS, HORIX y MALBLANK, CHR. G. HOFFMANNI, *Praenotiones de origine, progressa et naturi jurispr. crim. Germ.*, Lips., 1722, son sólo estructuras, como también la *Geschichte des peinlichen Rechts* de STEIN, Heilbronn, 1807. HENKE, *Versuch einer Geschichte des peinlichen Rechts*, 1809. Para la historia del derecho criminal romano, especialmente: C. FR. DIECK, *Historische Versuche über das Criminalr. d. Römer*, Halle, 1822; J. FR. H. ABEGG, *De antiquissimo romanorum jure crim.*, Königsb., 1823; C. E. JARKE, *De summis princ. juris Rom. de delictis eorumque poenis*, etc., Gött., 1822; para la historia jurídica alemana: A. R. FREY, *Obss. ad jur. crim. Teuton. praes. Carol V const. crim. hist.*, Heidelberg, 1825. Muchas consideraciones particulares en FEUERBACH, *Die Lex Salica in ihren verschiedenen Recensionen*, Erl. 1831, 4, y los escritos del apéndice del § 5 de WORINGEN y otros.

⁷ Son dignas de mención en especial: I) Para las legislaciones no europeas: 1) La mosaica, MICHAELIS, *Mosaisches Recht*, V y VI; 2) La indostánica, *Gesetzbuch der Gentoos*, etc., traducido del inglés por R. E. RASPE, Hamburg, 1778; *Hindu-Gesetzbuch oder Manu's Verordnungen* de JONES, trad. del inglés por J. C. HUTNER, Weimar, 1797; también Manava, *D'harma sastra au lois de Manon traduites de sanscrit par Coiseleur des Long champs*, Paris, 1833; 3) La legislación penal mahometana, véase FEUERBACH, *Criminaljurisprudenz des Korans*, en la *Bibl. d. peincl. Rechts*, t. I, 1; 4) La china, *Ta-Tsing-L.*, ou les lois fondamentales du Code Pénal de la Chine avec les choix des statuts supplémentaires traduit du chinois par G. Th. Staunton, mis en français par Renouard de Saint Croix, ts. I y II, Paris, 1812. II) Para las legislaciones europeas: 1) La inglesa, los conocidos *Commentarien* de BLACKSTONE, L. 4, caps. 1-33; COTTU, *De l'administration de la justice criminelle en Angleterre*, Paris, 1820; también mucho sobre el particular en la obra de COLQUHOUN, *Polizi von London*, trad. de J. W. VOLKMANN, Leipz., 1800; 2) La francesa, bajo la monarquía, *Code Pénal ou recueil des principaux ordonnances*, etc., Paris, 1752; MUYART DE VOUGLANS, *Institutes du droit criminel*, Paris, 1757; la republicana, después del Código Penal y el Código de Delitos y de Penas, v. ALMENDIGEN (en la *Bibl. d. peincl. Rechts*, II, 1); KLEIN, en *Archiv*, t. I, 3-4; t. IV, 1; SCIPION BEXON, *Parallèle du Code Pénal d'Angleterre avec les lois pénales françaises*, etc., Paris, año 8; finalmente, la imperial, fundamentalmente el *Código de Instrucción Criminal*, etc., Paris, 1809, trad. de FLASCHLAND y otros; además del *Code Pénal, ou Code des Délits et des Peines, précédé des exposés des motifs*, etc., Paris, 1810, trad. de HARTLEBEN, FLASCHLAND y otros; la traducción de FEUERBACH de la *Gerichtsverfassung u. d. gerichtliche Verfahren Frankreichs*, etc., Giessen, 1825, especialmente la tercera parte; 3) La holandesa, *Criminalgesetzbuch für das Königreich Holland*, trad. del holandés por L. ZIMMERMANN y H. BRÜKNER, 1809; 4) El Código de Santo Domingo, configurado conforme al francés bajo el título *Code Henry*, 1812; 5) La toscana del Gran Duque Leopoldo, trad. en *Staatsanz*, de SCHLÖZER, t. X, ps. 318 a 393; 6)

La prusiana, en *Alg. Landsr.*, II parte, tít. 20. De nueva elaboración bajo el título *Allgemeines Criminalrecht für die Preuss. Staaten*, es la primera parte, aparecida en Berlín en 1806, que contiene la ordenanza criminal. 7) La austríaca, en la que son dignas de destacarse la Teresiana, el Código Josefino y el Código de crímenes y contravenciones graves de policía, Wien, 1803; 8) El Código Penal para el Reino de Baviera (München, 1813), con escasas alteraciones fue sancionado para el Ducado de Oldenburg en 1814 y fue traducido luego al sueco por OZENIUS, para servir como fundamento a la legislación sueca. Ha sido fuente principal de la legislación de varios cantones suizos, como St. Gallen (1819), Basel (1821) y Zürich (H. ESCHER, *Vier Abhande. über Gegenst. der Strafrechtsu.*); los proyectos de códigos penales para Sajonia-Weimar (1822), Württemberg (1823), Hannover (1825) y otros, han sido elaborados siguiéndolo. La historia íntima del origen y destino del Código Penal bávaro aún no se ha hecho conocer. Como repertorio es recomendable WENDT, *Grundriss zu vergleichender Darstellung des Criminalrechts*, etc., Nürnberg, 1825.

⁸ J. D. METZGER, *System der gerichtl. Arzneywissenschaft*, Königsb. u. Leipzig, 3ª ed., 1805; G. G. PLOUQUET, *Commentarius medius in processus criminales*, etc., Argent. 1787; del mismo, *Abhandl. über die natürl. Todesarten*, Tübing., 1788; A. HENKE, *Lehrbuch der gerichtl. Medicin*, Berlin, 1812, 9ª ed., 1837; *Dessen Abhandl. aus dem Gebiete der Gerichtl. Medicin.*, 4 ts., Bamberg, 1815-1820; t. V, 1834; MASIIUS, *Lehrbuch der gerichtl. Arzneykunde*, 2ª ed., Rost, 1812; BERNT, *Handb. der gerichtl. Arzneykunde*, Wien, 1815, 1834; KLOSE, *System der gerichtl. Physik*, Breslau, 1814; MECKEL, *Lehrbuch d. gerichtl. Medicin.*, Halle, 1821; MENDE, *Handb. der gerichtl. Medicin für Gesetzgeber u. Rechtsgelehrte*, t. VI, Leipzig, 1819/29; ORFILA, *Leçons de la Médecine légale*, Paris, 1829, en alemán (trad. por HERGENRÖTHER), 1829, 3 ts.; BECK, *Elem. der gerichtl. Medicin. Aus dem Engl. übersetzt*, 2 ts., Weimar, 1827; BARZELLOTTI, *Médecine legale secondo lo spirito delle leggi*, Bologna, 1823, 2 vols. y nueva edición con muchos agregados por BIANCHI, Milano, 1838, en 5 ts.; MOLL, *Leerbock der geregetyke Geneeskunde.*, 3 ts., Arnheim, 1827; DEVERGIE, *Traité de médecine légale revu par Dehaussy*, 3 vols., Paris, 1835/37; SIEBENHAAR, *Zencykl. Handbuch der gerichtl. Arzneykunde.*, 2 ts., Leipzig, 1838; BURDACH, *Gerichtsärztl. Arbeiten*, Stuttg., 1839; FRIEDREICH, *Handb. der gerichtl. Praxis.*, Regensburg, 1843; SCHÜRMEYER, *Gerichtl. med. Klinik.*, Carlsruhe, 1844/45; TAYLOR, *A manual of medical jurisprudence*, London, 1844; *De Uilfoening, Der geregetyke Geneeskunde in Nederland*, de DE BROECKE (dos hermanos, uno médico y otro abogado), Utrecht, 1845; BASSE, *Manual de la cour d'assises dans les questions d'emprisonnement*, Paris, 1845; MITTERMAIER, *Aufs. über den Zustand der gerichtl. Medicin.*, en *Archiv des Crim.*, 1845, nros. XI, XV, XXI; BERGMANN, *Lehrbuch der Medicin forensis für Juristen*, Braunschweig, 1846.

⁹ Fuera de los conocidos glosarios de WACHTER, HALTHAUS y SCHERZ, especialmente C. F. WALCH, *Glossarium germanicum interpretationi CCC inseruiens*, Jena, 1790.

¹⁰ J. FR. EISENHART, *Grunds. des deutschen Rechts in Sprüchwörtern*, etc., edit. por ERNST L. A. EISENHART, Leipzig, 1792, parte V, ps. 441 a 505.

— § 7 —

La literatura del derecho punitivo puede, con propiedad, dividirse en los siguientes rubros: I) Medios literarios auxiliares¹; II) Comen-

tarios sobre las fuentes²; III) Sistema (manuales)³; IV) Compendios⁴; V) *Opera varia* de distintos autores⁵; VI) *Opera varia* del mismo autor⁶; VII) Escritos de casuística⁷; y escritos sobre objetos o aspectos especiales.

¹ J. S. GRUBER, *Bibliothek des deutschen peinlichen und Lehnrechts*, Frankf. u. Leipzig, 1788; BLÜMNER, *Entwurf einer Literatur des Criminalrechts in systemat. Ordnung*, Leipzig, 1794; KLEINSCHROD, *Von den italienischen Schriftstellern über das peinliche Recht und die Criminalpolitik*, en el *Archiv* de KLEIN y KLEINSCHROD, t. I, n.º 8; CHRISTOPH LOR. BRUNNER, *Handbuch der Literatur der Criminalrechtswissenschaft*, t. I, Bayreuth, 1804 (está proyectado conforme al orden de este tratado); G. W. BÖHMER, *Handbuch der Literatur des Criminalrechts in seinen allgem. Beziehungen mit besonderer Rücksicht auf Criminalpolitik*, t. I, Gött., 1816.

² ANTON. MATTHAEI, *De criminalibus ad Libr. XLVII et XLVIII. Dig. Commentarius, edit. noviss. c. notis. Nani Tomi II*, Ticini, 1803; D. GLASENII, *Commentarius in CCC, etc.* Lips., 1718; J. P. KRESS, *Commentatio succincta in CCC etc. ed. nov.*, Hanov., 1786; J.S. FR. BÖHMER, *Meditationes in CCC*, Halle, 1774.

³ B. CARPZOW, *Practica nova rerum criminal. cum. Observ. J.S. Fr. Böhmeri*, t. III, Frankfurt, 1759 y ss.; BÖHMER, *Observ. sind besonders daselbst in demselben Jahre in fol. abgedrückt; Phil. Mar. Renazzi, Elementa Juris, crim. Rom.*, t. IV, 1773/86; ALOIS CREMANI, *De jure crim.*, Lib. III, Tic., 1791/93; CARMIGNANI, *Juris crim. elem.*, Pis., 1823, 2 vols.; J. CHR. V. QUISTORP, *Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts*, 1ª parte, nueva ed. al cuidado de KLEIN, Rost., 1809; CHRIST. L. STELZER, *Grunds. des peinl. R.*, 1ª parte, Erf., 1790; CHR. C. STÜBEL, *System d. allgem. peinl. R., mit Anwendung auf die Chursachsen geltenden Gesetze*, 2ª parte, Leipzig, 1795; SALCHOW, *Darstellung der Lehre von Strafen und Verbrechen*, parte II, Jena, 1804/1805; TITTMANN, *Handb. d. gemeinen deutschen peinlich. Rechts*, 2ª ed., 3ª parte, 1822/24; A. SCHRÖTER, *Handb. d. peinlich. Rechts nach Röm., can. u. deutschen Gesetzen*, t. I, Leipzig, 1818; E. HENKE, *Handb. des Criminalrechts u.d. Criminalpolitik*, 4 ts., Berlin, 1823; C. E. JARKE, *Handb. d. gemein. deutsch. Strafrechts*, etc., 4 ts., Berlin, 1827/28/30/39; ROSSHIRT, *Entw. d. Grunds. des Strafrechts*, Heidelberg, 1828; LUDEN, *Handb. des gem. deutschen Strafr.*, Jena, 1842; KÖSTLIN, *Neuen Revision der Grundbegriffe des Crim.*, Tüb., 1845.

⁴ CHR. FR. G. MEISTER, *Princ. jur. crim. German. comm.*, 6ª ed., Gött., 1781; G. FR. MEISTER, *Princ. jur. crim. Germ. comm.*, 4ª ed., 1802; J. CHR. KOCH, *Institutiones jur. crim.*, 9ª ed., Jena, 1781; E. FERD. KLEIN, *Grundsätze des gemeinen deutschen peinl. Rechts*, 2ª ed., Halle, 1799; C. VON GROLMANN, *Grunds. der Criminalrechtswissenschaft*, Giess., 1798, 4ª ed., 1825; C. A. TITTMANN, *Grundlinien der Strafrechtswissenschaft*, etc., Leipz., 1800; SALCHOW, *Lehrbuch des gemeinen peinl. Rechts*, Halle, 1807, 3ª ed., 1823; DABELOW, *Lehrbuch d. gem. peinl. Rechts*, Halle, 1807; H. W. E. HENKE, *Lehrb. der Strafrechtswissenschaft*, Zürich, 1815; MARTIN, *Lehrbuch des deutschen gemeinen Criminalrechts mit besonderer Rücksicht auf das neue bairische Gesetzbuch*, Heidelb., 1825; C. ROSSHIRT, *Lehrbuch des Criminalr. nach den Quellen des gemeinen deutschen Rechts*, Heidelb., 1821; J. F. H. ABEGG, *System der Criminalrechtswiss.*, Königsb., 1826; ABEGG, *Lehrb. der Strafrechtswissenschaft*, Neustad, 1836; C. G. WÄCHTER, *Lehrb. d. römischdeutschen Strafrechts*, 2ª parte, Tüb., 1825/26; A. BAUER, *Lehrb. d. Strafrechts-*

wiss., Gött., 1827, 2ª ed., 1833; KLENZE, *Lehrb. des gemeinen Criminalr.*, Halle, 1834, nueva edición, 1846; C. BONANNI, *Element. juris crim.*, Aquil, 1837; MAREZOLL, *Das gem. deutsche Strafrecht.*, Leipzig, 1841.

⁵ J. FR. PLITT, *Repertorium für das peinl. Recht*, Frankfurt, t. I, 1786; t. II, 1790; del mismo, *Analecta juris crim.*, Hanov., 1786; CHR. MARTIN, *Select. Dissertationum et Commentat. juris crim. collectio*, vol. I, 1822; *Bibliothek des peinlichen Rechts* (editada por C. GROLMANN), t. I, 1799; *Bibliothek, etc.*, editada por ALMENDIGEN, GROLMANN y FEUERBACH, t. 2, Gött., 1800; *Archiv d. Criminalr.* (primero, editado por KLEIN y KLEINSCHROD; luego, también por KONOPAK), Halle, 1799/1810, 7 ts.; *Neues Arch. d. CR* (de MITTERMAIER, KLEINSCHROD, KONOPAK, ROSSHIRT, finalmente también, ABEGG, WÄCHTER, BIRNBAUM, HEFFTER, ZACHARIAE), 1817/30, 11 ts., será continuado; SALCHOW, *Archiv für Freunde der Philosoph. des Rechts*, t. I, Jena, 1805; HURLEBUSCH, *Beiträge zur Civil und Criminalgesetzgebung und Jurisprudenz*, c. I y II, Helmstädt, 1816; HUDTWALKER y TRUMMER, *Criminalistische Beiträge*, Hamburg, 1825/26, 2 ts.; ROSSHIRT, *Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht.*, Heidelberg, 1831, 3 ts. hasta ahora. Aquí son pertinentes también las revistas de HITZIG y DEMME indicadas en la nota 7, *Zeitschrift für deutsches Strafverfahren* (editado por VON JAGEMANN, NÖLLNER, TEMME); últimamente DARMS-TADT, *Neue Folge*, 3 cuadernos; BRAUER y VON JAGEMANN, *Beitr. zur Erl. der neuen Strafgesetzgebung für Baden*, Freiburg, 1846.

⁶ J. L. PÜTTMANN, *Opuscula jur., criminalis*, Lips., 1799; C. A. KLEINSCHROD, *Abhandlungen aus dem peinl. Recht und peinl. Prozesse*, Erlangen, 1ª parte, 1797, 2ª parte, 1798, 3ª parte, 1805; G. BAYL, *Beiträge zum Criminalrechte*, Bamberg, 1812; FEUERBACH, *Thémis.*, Landshut, 1812; ESCHER, *Vier Abhandl. über Gegenst. d. Strafrechtswissenschaft*, Zürich, 1822; F. C. T. HEPP, *Versuche über einzelne Lehren d. Strafrechtsw.*, Heidelb., 1827; J. F. H. ABEGG, *Unters. aus d. Gebiete d. Strafrw.*, Breslau, 1830; LUDEN, *Abhandlungen aus dem Strafrecht.*, Jena, 1836/41, 2 ts.; BAUER, *Abhandl. aus dem Strafrecht.*, 2 ts., Göttingen, 1842.

⁷ F. CHR. HARPPRECHT, *Responsa criminalia juridica*, t. III, Tüb., 1701 y ss.; del mismo, *Consultationes criminales et civiles*, partes I a III, Tüb., 1812; JOH. TOB. CARRACH, *Rechtliche Urtheile und Gutachten in peinlichen Sachen*, Halle, 1775; CHR. FR. G. MEISTER, *Rechtliche Erkenntnisse und Gutachten in peinl. Fällen*, partes I y II, Gött., 1771, III, IV y V, editado por G. JAC. FR. MEISTER, 1783/99; J. C. FR. MEISTER, *Urtheile und Gutachten in peinlichen und anderen Fällen*, Frkf., a. d. O., 1808; FEUERBACH, *Merkwürdige Criminalrechtsfälle*, ts. I y II, Giess., 1808/11; W.V. SCHIRACH, *Criminalrechtsfälle*, Altona, 1813; PFISTER, *Merkwürdige Criminalfälle mit besonderer Rücksicht auf die Untersuchungsführung*, ts. I-IV, Heidelb., 1814/19; C. A. TITTMANN, *Vorträge und Urtheile über merkwürdige Straffälle aus Acten*, Leipzig, 1815; EISENHART, *Erzählungen von besonderen Rechtshändeln* (10 ts., 2ª ed., Halle, 1767/79); KLEIN, *Annalen* (26 ts., 1788/1809) y su *Merkw. Rechtssprechung d. Hallischen Juristen-Facultät* (5 ts., 1796/1802); HITZIG, *Zeitschrift f. d. Criminalrechtspflege i.d. preuss. Staaten*, Berlin, 1825/35 (16 ts.); HITZIG, *Annalen d. deutsch. u. ausl. Criminalrechtspflege*, Berlin, 1828/35 (9 ts.). Ambas publicaciones importantes tanto del punto de vista teórico como práctico, son continuadas. Como continuación aparecen los *Annalen der deutschen und ausländ. Criminalrechtspflege.*, Altenburg, desde 1837. Véase también, BAUER, *Strafrechtsfälle.*, Gött., 1835/42, 4 ts.; BOPP, *Bibliothek gewählter Strafrechtsfälle*, Leips., 1834; GRABA, *Theorie und Praxis des gemeinen deutschen Criminalr.*, Hamburg, 1838;

RICHTER y KLOSE, *Zeitschrift für Strafrechtspflege in den preussischen Staaten.*, Königsberg, 1839, 1er. cuaderno; HEUSER, *Entscheidungen des Criminalsenats des Oberappellations - Gerichts Cassel*, 2 ts., Cassel, 1845/46. De la literatura francesa, corresponde mencionar aquí, además de las *Causes célèbres*, de Pitaval (Paris, 1734, 24 ts., posteriormente continuados por RICHER y traducción alemana), y los útiles periódicos con casos jurídicos; *Gazette des Tribunaux* y *Le Droit*, MEJAN, *Recueil des causes célèbres*, etc., Paris, 1808 (22 ts.). De la inglesa, la colección de *State trials*, de HOWEL, publicada desde 1809 en más de treinta tomos, y la *Celebrated trials and remarkable cases*, etc., 6 ts., London, 1826; *Criminal Trials*, London, 1832, vol. I, 1836, vol. II.

LIBRO PRIMERO

**PARTE FILOSOFICA O GENERAL
DEL DERECHO PUNITIVO**

GALLUS ALOYS KLEINSCHROD, *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts*, tres partes, Erlangen, 1794; 1796; 1798; 2ª ed., 1799; 3ª ed., 1805.

P. J. A. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, t. I, Erf., 1799; t. II, Chemnitz, 1800.

A. F. J. THIBAUT, *Beiträge zur Kritik der Feuerbachischen Theorie über die Grundsätze des peñl. Rechts*, Hamburg, 1802.

STÜBEL, *Grundsätze zu Vorlesungen über den Allgemeinen Theil des deutschen und chursächsischen Criminalrechts*, Wittenberg, 1804.

Aquí corresponden también los trabajos indicados en el § 6, nota 3, de RICHTER, ROMAGNOSI, ROSSI Y CARMIGNANI.

— I —

**DESARROLLO DE LOS PRIMEROS PRINCIPIOS
DEL DERECHO CRIMINAL**

CARL H. GROS, *Diss. de notione poenarum forensium*, Erlangen, 1798.

FEUERBACH, *Ist Sicherung vor dem Verbrecher Zweck der Strafe? und ist Strafrecht Präventionsrecht?* (*Bibliothek d. peñl. R.*, t. I); del mismo, *Revision*, t. I, Cap. 1; del mismo, *Über die Strafe als Sicherungsmittel vor Künftigen Beleidigungen des Verbrechers. Nebst einer näheren Prüfung des Kleinschen Strafrechts-Theorie*, como apéndice a la *Revision*, Chemnitz, 1800. Contra la teoría desarrollada en los mencionados escritos, especialmente: KARL GROLMANN, *Über*

die Begründung des Strafrechts u. der Strafgesetzgebung, etc., Giessen, 1799; del mismo, *Sollte es denn wirklich kein Zwangsrecht zur Prävention geben?* en su *Magazin z. Philos. u. Geschichte des Rechts*, t. I; GÖNNER (*Archiv. f. Gesetzgebung*, ts. I y II).

Atañen al tema: SCHNEIDER, *Über das Princip. d. Strafrechts*, Giessen, 1806.

E. HENCKE, *Über den gegenw. Zustand der Criminalrechtsw.*, Landshut, 1810; y *Über den Streit der Strafrechts-Theorien*, Regensb., 1811.

A. VON BOTHMER, *Der Begriff d. Strafe*, Berlin, 1808.

UNTERHOLZNER (en las *jurist. Abhandl.*, München, 1810, n° 3).

PFITZER, *Beitr. zum Behufe einer neuen Criminalgesetzg.*, Tüb., 1810.

G. HÄNSEL, *Über das Princip. d. Strafrechts*, Leipz., 1811.

W. G. TAFINGER, *Über die Idee einer Criminalgesetzgebung*, Tüb., 1811.

BORST, *Versuch einer neuen rein rechtlichen Darstellung des Strafrechts*, Nürn., 1811.

C. E. SCHULZE, *Leitfaden der Entwicklung der philos. Principien des bürgerl. und peincl. R.*, Gött., 1813.

C. THE WELKER, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe, philos. u. rechts-hist. entwickelt*, Giess., 1813.

H. COCK, *De fine poenis proposito*, Groning., 1819.

E. SPANGENBERG, *Über die sittliche u. bürgerliche Besserung d. Verbrecher mittelst d. Poenitentiarsyst. als den einzig zuläss. Zweck jeder Strafe*, versión libre del inglés, Landshut, 1821.

F. C. F. HEPP, *Kritische Darstellung der Strafrechts-Theorien*, Heidelb., 1829.

A. BAUER, *Die Warnungstheorie, nebst e. Darst. u. Beurth. aller Strafrechtstheorien*, Gött., 1830.

I. Necesidad de una coacción psicológica dentro del Estado

— § 8 —

La unión de la voluntad y de la energía de los individuos proporciona el fundamento de la sociedad civil para garantizar a todos la libertad recíproca. Un Estado es una sociedad civil organizada constitucionalmente mediante el sometimiento a una voluntad común, siendo su principal objetivo la creación de la *condición jurídica*, es decir, la existencia conjunta de los hombres conforme a las leyes del derecho.

Nota: El desarrollo histórico del derecho penal comienza en todos los pueblos con la venganza privada de la familia o de la tribu, marchando rápidamente hacia el sistema de la composición, la que finalmente es impuesta por un juez que, en caso de no producirse la composición, somete al injuriante a la venganza, ejecutándola o haciéndola ejecutar él mismo, lo que configura el paso a la pena civil propiamente tal. Si bien el desarrollo histórico del derecho penal es frecuentemente instructivo, no proporciona ninguna base segura que sirva a la vida de la ciencia o de la legislación.

— § 9 —

Toda forma de lesión jurídica contradice el objetivo del Estado, o sea, *que en el Estado no tenga lugar ninguna lesión jurídica*. Por ende, el Estado tiene el derecho y el deber de hallar institutos mediante los cuales se impidan las lesiones jurídicas.

— § 10 —

Las instituciones que requiere el Estado deben ineludiblemente ser instituciones coactivas¹, fincando en ello, primordialmente, la *coerción física* del Estado, que procede a cancelar las lesiones jurídicas de una doble manera: I) Con anterioridad, cuando impide una lesión aún no consumada, lo que tanto puede tener lugar coerciéndolo a dar una garantía en favor del amenazado como, también, doblegando en forma inmediata la fuerza física del injuriante dirigida a la lesión jurídica; II) Con posterioridad a la injuria, obligando al injuriante a la reparación o a la reposición.

¹ Queda fuera de duda que las instituciones éticas (educación, enseñanza, religión) no están excluidas, puesto que configuran el fundamento último de todas las instituciones coactivas y condicionan su eficacia. *Sed de his non est hic locus.*

— § 11 —

Pero, de cualquier modo, la coerción física es insuficiente para impedir las lesiones jurídicas, dado que la coerción previa únicamente es posible cuando tiene como presupuesto hechos reales que permiten al Estado reconocer la certeza o probabilidad de la lesión (como en el caso de la coacción para obtener una garantía). La coerción posterior, por su parte, sólo es posible presuponiendo ya la lesión jurídica, siendo su objeto la obtención de un bien como reparación. Debido a ello, la coerción física no es suficiente para: 1) La protección de los derechos irreparables, porque aquí la única coerción previa posible dependerá del conocimiento anterior y totalmente eventual de la lesión; como tampoco lo es para: 2) La protección de los derechos reparables, porque con frecuencia se vuelven irreparables, en tanto que la coerción previa también tiene a este respecto presupuestos eminentemente accidentales.

— § 12 —

Si de todas formas es necesario que se impidan las lesiones jurídicas, entonces deberá existir otra coerción junto a la física, que se anticipa a la consumación de la lesión jurídica y que, proviniendo del Estado, sea eficaz en cada caso particular, sin que requiera el previo conocimiento de la lesión. Una coacción de esta naturaleza sólo puede ser de índole psicológica.

II. Posibilidad de una coacción psicológica de esta naturaleza

— § 13 —

Todas las contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidad, en la medida en que la concupiscencia del hombre es la que lo impulsa, por placer, a cometer la acción. Este impulso sensual puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho.

— § 14 —

Para fundar la convicción general acerca de la vinculación necesaria entre esos males y las injurias, será menester: I) Que una ley la establezca como necesaria consecuencia del hecho (conminación legal). Para que la imaginación de todos se asiente en la realidad, esta conexión ideal de la conminación legal deberá, también, II) Mostrarse esa relación en la realidad, a cuyo efecto, apenas la contravención haya tenido lugar, deberá ser infligido el mal que a ella se conecta (ejecución). La coacción psicológica se configura, pues, mediante la efectividad armónica de los poderes legislativo y ejecutivo en el común objetivo intimidatorio.

— § 15 —

El mal conminado por una ley del Estado e infligido en virtud de esa ley es la pena civil (poena forensis). La razón general de la necesidad y de la existencia de la misma —tanto en la ley como en su ejercicio— es

la necesidad de preservar la libertad recíproca de todos mediante la cancelación del impulso sensual dirigido a las lesiones jurídicas.

Nota: Si ello proporciona un derecho penal natural, es una cuestión que nosotros, cuando al tratar de la fundamentación del derecho penal positivo, la hemos dejado bien sentada. Aquellos para quienes el derecho penal es un derecho de defensa no pueden evitar este rodeo.

— § 16 —

Se entenderá que la pena tiene como objetivo el efecto cuya creación pueda concebirse como causa de la existencia de una pena, si es que existe el concepto de pena¹. I) El objetivo de la conminación de la pena en la ley es la intimidación de todos, como posibles protagonistas de lesiones jurídicas. II) El objetivo de su aplicación es el de dar fundamento efectivo a la conminación legal, dado que sin la aplicación la conminación quedaría hueca (sería ineficaz). Puesto que la ley intimida a todos los ciudadanos y la ejecución debe dar efectividad a la ley, resulta que el objetivo mediato (o final) de la aplicación es, en cualquier caso, la intimidación de los ciudadanos mediante la ley².

¹ El fin de la pena no debe confundirse con la intención del que la impone. Cfr. FEUERBACH, *Über die Strafe als Sicherungsmittel*, p. 43 y siguientes.

² Para un desarrollo panorámico de las distintas teorías de la pena, además de los varios escritos arriba mencionados, cfr. BAUER, *Lehrb. des Strafr.* (§§ 22 a 29). Sobre el fin de la pena debe consultarse especialmente: MICHAELIS, prólogo al t. VI del *Mosaischen Rechts*; CASAR, *Denkwürdigkeiten aus der philosoph. Welt*, t. IV, *Abhandl.* VI y su *Abhandlung: von dem Zwecke der Strafen* (la 2ª como apéndice a su traducción de VALAZE, *Über die Strafgesetze*); PÜTTMANN, *De poenis exemplaribus*, en *Opusculos J. Cr.*, n° IX; C. VENING, *Disp. qua exponuntur diversae de fine poenarum sententiae*, Gron., 1826; LEISLER, *Versuch über das Strafrecht*, Frankf., 1796.

— § 17 —

El *fundamento jurídico* de la pena es la causa de la que depende la posibilidad jurídica de la pena. Fundamento jurídico: I) De la conminación de la pena, es la concordancia de la misma con la libertad jurídica del conminado, así como la necesidad de asegurar los derechos de todos es la razón que funda la obligación del Estado a conminar penalmente. II) El fundamento jurídico para infligir la pena es la previa conminación legal¹.

¹ Para el desarrollo detallado de este principio jurídico, FEUERBACH, *Über die Strafe als Sicherungsmittel*, etc., ps. 92 a 118.

— § 18 —

Por consiguiente, la pena civil como tal no tiene ni por objeto ni por fundamento jurídico: I) La prevención contra futuras contravenciones de un injuriante en particular¹, porque eso no sería pena, en razón de que no se observa ningún fundamento jurídico para una anticipación semejante; II) Ninguna retribución moral², porque ésta pertenece al ámbito de lo ético y no al del orden jurídico, aparte de ser físicamente imposible; III) Ninguna clase de intimidación mediata de otro a través de los sufrimientos inferidos al malhechor³, porque no hay ningún tipo de derecho para ello; IV) Ningún mejoramiento moral, porque éste sería el objetivo de la expiación, pero no el de la pena⁴.

Nota: Cuando se reprocha al sistema del autor que el mismo daría lugar a un terrorismo a costa de la Humanidad y de otros fines del Estado, se olvida que, como el autor ha declarado claramente, las penas crueles operan justamente la antítesis de la intimidación, siendo una simple cuestión de sabiduría de la legislación estatal determinar qué penas y en qué forma deben establecerse en particular, para lo cual no corresponde tener en cuenta el fin de todas las penas, sino al mismo tiempo, y en la medida en que ello sea posible, el requerimiento de otros fines humanos y civiles. La teoría de la intimidación bien entendida y el principio de la utilidad general de BENTHAM se corresponden muy bien.

¹ Así, STÜBEL, *Diss. de justitia poenarum capitalium praesertim in Saxonia*, Wittenb., 1795; del mismo, en el *Syst. des peinel. Rechts*, I, §§ 13 a 15; MALBLANC, *Comment. de poenis ab effectibus defensionis naturales etiam in statu civilli probe distinguendis* (en PLITT, *Annal.* n.º II, p. 44), GROLMANN y muchos otros que lo han afirmado antes y después de estos escritores.

² JACOB, *Philosoph. Rechtslehre*, § 415 y §§ 419 a 426. La llamada contra-retribución jurídica, que ha sido afirmada recientemente por algunos autores, como ZACHARIAE, FRIES, BERGK y otros, se reduce finalmente a esa retribución moral y, fuera de ello, cuando quiere usársela como criterio para la magnitud de la pena en relación con la del crimen, queda con ninguna utilidad práctica, ni para el legislador ni para el juez. Sobre la amplia grieta que hay aquí entre la teoría y la práctica, debe el ingenio contribuir a construir un puente colgante entre ellas.

³ KLEIN, *Über die Natur u. d. Zweck der Strafe*, en los *Archiv*, t. II, párr. IV.

⁴ Cfr. ARNIM, *Bruchstücke über Verbrechen und Strafen*, 2ª parte, p. 8 y siguientes.

III. *Los principios primeros del derecho punitivo*

— § 19 —

De la precedente deducción se derivan los siguientes principios primeros del derecho punitivo: *toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica, fundada en la necesidad de preservar los*

derechos externos, de una lesión jurídica y de una ley que conmine un mal sensible.

— § 20 —

De aquí surgen, sin excepción alguna, los siguientes principios derivados: I) Toda imposición de pena presupone una ley penal (*nulla poena sine lege*). Por ende, sólo la conminación del mal por la ley es lo que fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena; II) La imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (*nulla poena sine crimine*). Por ende, es mediante la ley como se vincula la pena al hecho, como presupuesto jurídicamente necesario; III) El hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Consecuentemente, el mal, como consecuencia jurídica necesaria, se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica determinada.

— II —

DESARROLLO DE LOS PRINCIPIOS JURIDICOS
DERIVADOS DE LA PARTE GENERAL

TITULO I

DE LA NATURALEZA DEL CRIMEN

CAPITULO I

Concepto y clasificación del crimen

— § 21 —

Quien excede los límites de la libertad jurídica comete una *lesión jurídica o injuria*. El que lesiona la libertad garantizada por el contrato social y asegurada mediante leyes penales, comete un *crimen*. Por ende, crimen es, en el más amplio sentido, una injuria contenida en una ley penal, o una acción contraria al derecho del otro, conminada en una ley penal. Las injurias también son posibles fuera del Estado, pero los crímenes únicamente lo son dentro del Estado.

— § 22 —

Hay derechos que son independientes del ejercicio de cualquier acto de gobierno y del reconocimiento del Estado (o sea, derechos de

los súbditos del Estado o del Estado mismo). Estos derechos, asegurados por las leyes penales, dan base al concepto de *crimen en sentido estricto*, que conforme a la diferente medida de las penas vinculadas al mismo y a la clase de jurisdicción que de allí se deriva, pueden subdividirse en infracciones criminales y civiles¹. En la medida en que el Estado está justificado para procurar en forma mediata su objetivo, valiéndose de leyes de policía y prohibiendo de este modo acciones que en sí no son antijurídicas, habrá derechos especiales del Estado a exigir la omisión de estas acciones particularmente prohibidas, que originariamente fueron para los súbditos jurídicamente posibles. Cuando el derecho a la obediencia del Estado está protegido con pena frente a una ley de policía determinada, surge el concepto de delito, es decir, de contravención de policía².

Nota: Crimen y delictum en el sentido del derecho romano. Cfr. BIRNBAUM, *Über den Unterschied zwischen crimen u. delictum bei den Römern* (en *N. Archiv d. Criminalr.*, t. VIII, nros. 14 y 22; t. IX, n° 16).

¹ Cfr. ROBERT y KOCH, *Über Civil- u. Criminalstrafen und Verbrechen*, Giessen, 1785. La división en crímenes y contravenciones de policía se corresponde con la división italiana en *delitto di pena d'alto criminale*, *delitto di pena correzionale* y *delitto di pena di polizia*. El nuevo Código austriaco confunde entre las contravenciones de policía también delitos civiles, como pequeños hurtos, estafas, etcétera. HUDTWALKER, *Ist d. Unterschied zwischen Verbr. und Vergehen von practischen Nutzen?* (Crim. Blätter, cuad. 1, n° 1).

² Una división que es de gran utilidad al legislador, pero que en la legislación común alemana positiva es de ínfima importancia, dado que ambos géneros son tratados conforme a los mismos principios. Cfr. la *Collezione dei travagli sul Codice Penale del regno d'Italia*, p. 139. Sobre esto GÖNNER, en *Archiv d. Gesetzgebung*, t. I, cuad. 1, n° 3 y HANAMANN, *Über d. Grenzlinie zwischen Verbrechen und Vergehen*, Wien, 1805; W. J. BEHER, *Welchen Hauptanforderungen muss ein Strafgesetzbuch genügen? Hierbei von der legislativen Unterscheidung zwischen Verbrechen u. Polizeiübertretungen*, Würzburg, 1813. Muy fácilmente puede abusarse de la legislación penal policial y encadenar todas las libertades humanas, para hacer del ciudadano un títere chino viviente, que no podría dar siquiera un ínfimo paso inculpable sin caer en pena. Una indignante muestra de esta clase la ofrece la segunda parte del proyecto de Código Penal bávaro del año 1822.

— § 23 —

Puesto que la conservación de los derechos es el objetivo general de las leyes penales, serán objeto de sus conminaciones protectoras tanto los derechos de los súbditos, como también los derechos correspondientes al Estado (como persona moral).

El que mediante la infracción de una ley penal lesione en forma directa¹ los derechos del Estado, comete un crimen público (crimen de

Estado, *del. Publicum*); y siendo el derecho de un súbdito objeto inmediato de la contravención, es éste un crimen privado (*del. privatum*).

Nota: J. STADLER, *Über d. Eintheilung der Verbr. in Staats- und Privatverbrechen*, Heidelberg, 1824; crímenes mixtos (privados y públicos), MARTIN, *Lehrbuch*, § 290; *delicta publica*, extraordinaria, *privata* en el sentido romano, KOCH, *Inst. Jur. Crim.*, § 27; BIRNBAUM, *op. cit.*, § 7 y ss.; C. TH. GRAUN, *Diss. de supervacua delictorum divisione in publica et privata moribus nostris*, Jena, 1756 (en las *Sel. Diss.* de MARTIN, I, 9); GRUNER, *De poenis Roman. privatis earumque usu hod.*, Lips., 1805 (en MARTIN, *op. cit.*, n° 2).

¹ Prescindiendo de esta característica no es posible distinguir los delitos públicos y privados. En todo individuo el Estado también será (mediatamente) lesionado o puesto en peligro, y en el Estado también lo será todo individuo.

— § 24 —

Hay un *crimen omisivo* (*del. omissionis*, por oposición al *del. commissiois*), siempre que una persona tiene un derecho a la exteriorización efectiva de nuestra actividad. Dado que siempre la omisión surge de una obligación originaria del ciudadano, el crimen omisivo siempre presupone un especial fundamento jurídico (ley o contrato), que da base a la obligatoriedad de la comisión. Sin esto no puede haber ningún crimen por omisión¹.

¹ L. H. WINKLER, *Diss. de crimine omissionis*, Lips., 1776; SPANGENBERG, en *N. Archiv d. Criminalr.*, t. IV, n° 23; en especial, SIMONI, *Dei delitti del mero affetto*, I, p. 165.

— § 25 —

Existen derechos que están fundados frente al ciudadano como tal, pero también derechos que valen únicamente frente a los que ocupan cierta posición dentro del Estado, de lo que se deduce la distinción entre crímenes comunes (*del. communia*) y especiales (*del. propria*).

— § 26 —

Si un crimen previsto en una ley penal vigente no se juzga conforme a los principios determinados para los crímenes del mismo género, se dice que hay un crimen que es legalmente especial, lo que no debe confundirse con el crimen calificado. Un crimen es calificado cuando la ley le conmina una pena más severa que la que impone a los del género al que pertenece.

Nota: La determinación del concepto de crimen tentado, consumado, concurrente, etc., pertenece a una región especial del derecho penal.

No obstante, pueden explicarse aquí los siguientes títulos: 1) *Delicta exceptanon excepta*, BREHM, *De delictis exceptis*, Lips., 1788; HENR. FR. FERD. HUMPE, *Diss. de delict. except.*, Halae, 1800; 2) *Delicta atrocissima, atrocia, levia*: J. F. KEES, *Diss. de discrimine inter delicta atrocita el levi rite statuendo*, Lips., 1791; 3) *Del. capitalia - non capitalia*; *Verbr. an Hals und Hand - an Haut un Haar*; 4) *Del. ordinaria - arbitraria (s. extraordinaria)*; 5) *Del. ecclesiastica secularia - mixta*; 6) *Del. facti permanentis - facti transeuntis*; 7) *Del. notoria occulta*; etcétera Algunas de estas distinciones son anticuadas, otras falsas, otras innecesarias.

CAPITULO II

De los posibles sujetos de un crimen

— § 27 —

Sujeto de un crimen sólo puede ser: I) Un individuo; II) Un individuo que sea súbdito, y III) Un súbdito obligado por la ley penal del Estado.

— § 28 —

I) Únicamente el individuo puede ser sujeto de un crimen, no pudiendo serlo jamás una persona moral (sociedad, *universitas* o *collegium*). Cualquiera sea la sociedad, sólo los individuos son los criminales, aun cuando todos los miembros hayan querido que se ejecute el crimen¹. Puesto que una sociedad sólo se crea en razón de un determinado objetivo como persona moral y existe sólo en función de éste, los miembros individuales no actúan como sociedad cuando no lo hacen con el fin de la sociedad, sino con una finalidad diferente².

¹ L. 15, § 1, *D. de dolo, c. 5 de sent. excommun.* 6. Cfr. NETTELBLADT, *Syst. elem. jurispr. pos.* L. II, S. II, t. 3, § 377; MALBLANC, *Observat. quaedam ad delicta universitatum*, Erlangen, 1792 (y en *Opusc. jur. crim.*, Erlangen, 1793, n° 1); KLEIN, en *Archiv des Criminalrechts*, t. III, 3, n° 2; MARTIN, *Lehrbuch*, § 38. Sobre la opinión opuesta, especialmente: H. GUNDLING, *Diss. de universitate delinquente*, Hal., 1730; C. F. F. SINTENIS, *De delictis et poenis univ.*, Servastae, 1825.

² Con otro fundamento, definiendo aquí la misma afirmación de la nota 1 del § 36.

— § 29 —

II) Puesto que el crimen necesariamente presupone una ley penal, sólo puede ser cometido por un hombre que esté sometido a un poder legislativo y judicial superior. No es posible aplicar el concepto de crimen a una persona soberana, que desde ningún punto de vista

puede ser sometida a un poder superior del Estado (*soberano* en sentido estricto). Una persona soberana comete sólo injurias o lesiones jurídicas, pero jamás un crimen¹.

¹ Sobre esta cuestión general, v. C. F. G. MEISTER, *De jure quod in delictis personarum illustrium obtinet*, Gött., 1748. En los llamados estados constitucionales, la impunidad del soberano del Estado tiene su especial garantía en la responsabilidad del Ministro, fundada en la ficción jurídico-penal de que el soberano del Estado (rey, príncipe) no puede cometer injusto.

— § 30 —

III) Este principio (§ 29), conforme a la antigua Constitución imperial, hacía incapaz de crimen sólo al Emperador, en tanto que los llamados señores territoriales, como ciudadanos y súbditos inmediatos del Imperio alemán, estaban sometidos a sus leyes, por lo que podían cometer crímenes contra las leyes alemanas imperiales comunes¹. Pero posteriormente, con la disolución de la federación imperial, una parte de los señores territoriales pasaron a ser titulares de los derechos de soberanía, en tanto que otros les quedaron sometidos, rigiendo la impunidad civil para los primeros, ciudadanos alemanes, mientras que los restantes (señores locales), igual que los otros súbditos, deben reconocer las leyes penales del *Land* o territorio a cuya soberanía se hallan sometidos².

¹ Estas antigüedades son detalladamente ventiladas por J. G. CRAMER, *De delictis et poenis statuum imperii R.G.*, Lips., 1738; TREUER, *pr. de jure publico criminali cautissime djudicando*, Gött., 1740; y en el § 29 del referido escrito de MEISTER.

² Configura excepción, en lo que se refiere a su situación procesal, la condición del *judicium parium*.

— § 31 —

Puesto que un crimen es la infracción a una ley, y ésta no es posible sin la obligatoriedad de la misma, sólo puede cometerse un crimen en relación con un determinado Estado, por parte de aquellos que se hallan obligados por la ley penal de ese Estado. Por consiguiente, a los extranjeros que hayan cometido crímenes en el extranjero sólo les alcanza el poder penal del Estado donde hayan cometido el hecho¹. Por el contrario, pueden cometer un crimen tanto un extranjero durante su permanencia en el territorio del Estado (con excepción de aquéllos a los que corresponda la extraterritorialidad)²,

como un súbdito del Estado, aun estando fuera del territorio del Estado, puesto que como súbdito está obligado a las leyes penales, sin que esta característica se suspenda por un cambio de domicilio³, si bien esto tendrá lugar sólo cuando el hecho fuere contra un conciudadano o contra el Estado mismo⁴.

¹ Cfr. EDM. BUSCHLEB, *Comm. de principiis jur. civ., publ. et gent. circa comprehensionem, punitionem vel remissionem peregrinorum, qui in alieno terr. delinquerunt*, Gött., 1800. A esto corresponde también parcialmente BÖHMER, *De del. extra territorium admissis*, Gött., 1748 (en *Elect. jur. civ. t. III*, n° 20); J. A. RUDOLPH, *De poena delictorum extra territorium admisorum*, Er., 1790; G. TH. GUTJHAR, *De exhibitione delinquentium*, I y II, Lips., 1795-97; EGGER, *Über die Bestrafung der Verbrechen, welche im Auslande begangen werden* (en ZEILER, *Jährl. Beytr. zur Gesetzkunde in Oesterreich*, Wien, 1809, t. 4, n° 3); C. A. TITTMANN, *Die Strafrechtspflege in völkerrechtl. Rücksicht mit besonderer Beziehung auf die deutschen Bundesstaaten*, Dresd., 1817; J. ABEGG, *Über die Bestrafung der im Auslande begangenen Verbrechen*, Landshut, 1819. Por lo demás, lo que regia sobre este punto entre los distintos territorios de Alemania, ya no es aplicable.

² Cfr. JÄGER, *Ob ein Souverain berechtigt sei, fremde Gesandten verhaften zu lassen?* (SCOTTS, *Jur. Wblatt.*, I, 157).

³ La coacción penal de los dos Estados se funda simultáneamente cuando un súbdito de un Estado comete un crimen en el extranjero contra su conciudadano que también se encuentra en el extranjero, puesto que: 1) La persona que es objeto del crimen está protegida por su Estado patrio en función de la relación civil persistente, y también protegida por el Estado en que se halla en razón de la relación de protección que deviene de la residencia, fundada en el derecho internacional público; 2) El mismo criminal está obligado a las leyes de su patria, en razón de su condición de súbdito, pero al mismo tiempo está fundado en la residencia. Entre estas dos coacciones penales diferentes que convergen decide únicamente la aprehensión y prevención.

⁴ Contra esta teoría se hallan, aunque de distinta forma, MARTIN, *Lehrbuch*, § 26; J. W. W. WENS, *De delictis a civibus extra civitatem suam commissis earumque puniendarum ratione*, Groning, 1824 (*N. Archiv d. Criminalt.*, p. 360 y ss.); por otro lado, KLEINSCHROD, en *Archiv*, t. III, p. 384, y TITTMANN, *op. cit.*, p. 21.

CAPITULO III

De las condiciones necesarias del crimen

— § 32 —

Toda vez que el crimen es una injuria contenida en una ley penal (§ 21), toda acción, para ser juzgada como crimen, debe presuponer: I) La capacidad de ser exteriormente reconocible, puesto que sólo una acción externa puede lesionar un derecho¹; II) La carencia de causa jurídica que la determine, porque una acción que está determinada por un motivo jurídico es adecuada a derecho; III) Cuando el crimen requiera por su esencia que sea objeto de la lesión jurídica una perso-

na determinada², su comisión sólo será posible contra una persona que se halle bajo la protección del Estado cuya ley penal se haya violado, dado que quien está fuera de la protección del Estado, también está fuera de la protección de sus leyes penales.

¹ L. 53, § 2, L. 225, *D. de V.S.*; L.; 18, *D. de poenis*. PGO, art. 178. Sobre la aparente contradicción de la ley 14 *D. de sicariis*, cfr. GÜNTER y OTTO, *Neues Leipziger Magazin*, anuario 1736, I, 1-17; GLÜCK, *Commentar*, t. I, p. 62, nota 15; CROPP, *De praecept jur. rom. circa conatus*, p. 64; MITTERMAIER, en *N. Archiv d. Criminalr.*, 2, 610; WERNER, *Handbuch d. pein. Rechts*, ps. 123 y 222.

² Por ejemplo, asesinato, robo, coacción, injuria, etcétera.

— § 33 —

En razón del presupuesto II del § 32, se excluye el concepto de crimen: I) Cuando se cometa una acción que en general se halle abarcada por una ley penal, pero excepcionalmente, sea por una ley especial¹ o por dispensa jurídica², resulte permitida, o se la cometa en el cumplimiento de un deber jurídico³; II) Cuando el derecho que la lesión jurídica tenía por objeto hubiera sido cancelado por un motivo jurídico especial.

¹ Por ejemplo, L. 20-25, *D. ad. L. Jul. de adult. CCC*, arts. 142-150.

² CCC, art. 129.

³ CCC, art. 150, § 2.

— § 34 —

Entre los motivos jurídicos especiales que cancelan la lesión contra el derecho (§ 33, II) se cuenta el juicio público del Estado. No hay crimen cuando la acción es contraria a un derecho que el Estado ha declarado que el lesionado habría perdido (falta de derecho, infamia)¹.

¹ El que mata a un condenado a muerte, sin estar facultado a la ejecución por la función o por encargo del Estado, actúa contra el orden público como infractor de policía, pero no como homicida contra el derecho del otro a la vida. Al respecto, ABEGG, en *N. Archiv*, t. IX, 23, y en *Untersuch. aus d. Gebiete d. Strafrechtw.*, 2ª disertación, *Revision der Lehre v. d. angebl. straflosen Tödtungen*. Sobre los crímenes contra soldados enemigos en tiempos de guerra, ASCHENBRENNER, en *Archive d. Criminalr.*, t. 4, I, 3; C. G. SCHMIDT, *De delictis militum hostilium et in militis hostil.* Viteb., 1811; PINDER, *An et quatenus cives ob caedem in hostem admisa. puniri possint?*, Viteb., 1814; TITTMANN, en los *Vorträgen und Urtheilen*, 1, 2; VON DER BECKE, *Über den Krieg und seinen Beziehungen aus das Criminalrecht*, con notas de MITTERMAIER, en *N. Archiv d. Criminalr.*, t. 1, cuad. 1, n° 15; C. F. R. VAN NAUTA, *De delictis adversus peregrinos, maxime adversus milites hostiles*, Groning., 1825.

— § 35 —

Dado que una persona puede renunciar derechos mediante un acto voluntario, el permiso para la realización del hecho, concedido por el lesionado, excluye el concepto de crimen: *volenti non fit injuria*¹. La acción adecuada al permiso sólo debe dirigirse contra el derecho que se halla sometido a la posible disposición del lesionado. Por el contrario, estando el titular privado del derecho de arbitrio libre² o siendo éste incapaz para disponer libremente de sí mismo o de lo suyo³, el permiso carecerá de eficacia jurídica.

¹ Por ejemplo, *injuria in volentem commisa*.

² Con este fundamento me retracto gustoso de mi anterior afirmación acerca de la impunidad de la muerte de un hombre a pedido de éste. Cfr. STÜBEL, *Über d. Natur d. Handlung, wenn Jemand ein unveräusserliches Gut d. Andern mit dessen Einw. beschädigt oder ganz entziehet* (N. Archiv, t. IX, n° 21) y ABEGG, *op. cit.* También G. L. GRAVERE, *An injuria volenti facta poenis sit coercenda?*, Gron., 1825; HEPP, *Über den Rechtsatz: volenti non fit injuria* (en N. Archiv, t. XI, n° 4).

³ El que se apodera de lo de un niño o de lo de un insensato, comete robo; el que seuestra a un impúber con su consentimiento, es un ladrón de persona o un secuestrador.

— § 36 —

A estos motivos jurídicos también puede dar lugar una acción antijurídica del lesionado, siempre que la misma tenga lugar en condiciones que la protección del Estado contra ella sea imposible. Puesto que la agresión antijurídica funda el derecho de defensa y cancela inmediatamente todo derecho en el agresor, su lesión es una condición necesaria para la conservación de los propios derechos del agredido. Pero, dado que el ciudadano necesariamente ha transferido al Estado su derecho al uso de la fuerza privada, dentro del Estado la adecuación a derecho de la defensa propia presupone, además de las condiciones de la defensa en general, un caso que no pueda haber quedado abarcado dentro de la enajenación de la fuerza privada hecha al Estado. Dicho caso es cuando el poder público no puede proteger.

— § 37 —

El uso de la fuerza privada de un ciudadano para la protección de sus derechos o de los derechos de otro, frente a una injuria comenzada, en circunstancias en que la protección del poder público es imposible, se llama *defensa necesaria* (*moderamen inculpatae tutelae, tu-*

tela inculpata)¹. Por consiguiente, la lesión de un derecho en virtud de una defensa necesaria no es un crimen (§ 32)².

¹ C. G. BUDER, *D. de violenta defensione privata in statu civili*, Jena, 1740; J. C. QUISTORP, *D. de homicidio permissio, et speciatim de mod. inc. tutel*, Rost, 1765; HELLFELD, *Diss. de violenta rerum nostrarum defensione*, Jen., 1768; A. J. KLUPPEL, *De violenta sui defensione*, Lugd. Bat. 1779; FRID. KURASIUS, *De jure defensionis necessariae*, Lugd., 1785; C. F. W. GRATTEAUER, *Über die Nothwehr*, Breslau, 1806; VAN DER MAESSEN, *De justa sui defensione cum caede aggressoris*, Utrecht, 1807; N. Archiv d. Criminalr., t. 3, n° 15; 4, p. 103.

² L. 4, L. 5, Pr.; L. 45, § 4, D. ad L. Aquil. CCC, arts. 139 bis, 145 y 150.

— § 38 —

De los fundamentos generales de la adecuación a derecho de la defensa necesaria (§ 36), se deduce, como requisitos especiales de la misma: i) La agresión rechazada debe ser injusta¹; ii) Actual (*laesio incoata*); iii) No provocada por la culpa del propio agredido²; iv) Dirigida a la lesión de un bien que sea irreparable, o bien que, por las especiales circunstancias de la agresión actual (conforme a las reglas de probabilidad), se hubiese perdido irremisiblemente³; y v) El uso de la fuerza privada debe ser la única posibilidad de conservación del derecho. Por consiguiente, el agredido no debe haber podido contrarrestar la acción del agresor de otro modo que con la fuerza, en forma segura y sin perjuicio para otro derecho o bien⁴; no debe haber sido posible al necesitado un medio de defensa inferior al empleado como medio suficiente para evitar el peligro⁵.

Los requisitos I a IV son requisitos generales del derecho de defensa necesaria; el requisito V condiciona los límites de su legítimo ejercicio.

¹ CCC, arts. 142 y 143.

² "Exceso", cfr. *Walch Glossar*, voz "Uberlauf".

³ Las meras lesiones al honor no son fundamento para una defensa necesaria, porque el Estado puede restablecer el honor lesionado por la vía del derecho. Del art. 140 no puede deducirse la opinión contraria, puesto que las palabras "y el necesitado pueda sin peligro para su vida, honor o buena reputación, huir", no determinan el objeto de la agresión, sino que responden a la pregunta acerca de cuándo el agredido, en vez de defenderse, debe huir. Esta forma de defensa necesaria se limita en las personas con cierta posición y militares. BÖHMER, *Ad art. 140, CCC*, § 3, y *Ad Carpzov*, Q. 30, Obs. 3.

⁴ L. 5, Pr. D. ad L. Aquil. CCC, art. 140.

⁵ Incluso dentro de los límites de la defensa necesaria jurídica, una lesión inferida sin intención a otro que no sea el agresor, es disculpable (CCC, art. 145), aunque en relación, únicamente, al aspecto penal (L. 45, § 4, *Ad L. Aquil.*).

— § 39 —

Cuando en un fundado derecho de defensa¹ se excedan los límites legales de su ejercicio, habrá una defensa necesaria ilegítima, se tratará de un exceso de defensa necesaria. Siempre que la inobservancia de esos límites legales pueda serle imputada a la persona por dolo o por imprudencia, ésta deberá ser punible por la lesión resultante de ese exceso (*defensa necesaria culpable*). No obstante, cuando exista el derecho de defensa, se presumirá la legitimidad de su ejercicio, en la medida en que esta presunción no resulte cancelada por razones especiales que la neutralicen.

¹ Donde nunca el derecho de defensa necesaria ha estado fundado en sí y por sí mismo (§ 38), no se podrá hablar de una defensa necesaria injusta ni de una defensa necesaria inculpable.

— § 40 —

Puesto que sólo las personas que se hallan bajo la protección del Estado pueden ser objeto de un crimen (§ 32, III), el crimen sólo será posible contra súbditos del Estado o contra extranjeros durante su permanencia dentro de los límites del Estado. Por el contrario, no podrá cometerse crimen: I) Contra personas que hayan sido excluidas de la protección del Estado por sentencia legítima (proscriptos, desterrados que vuelvan antes del transcurso del tiempo de la pena); II) Contra forasteros por las personas vinculadas a un Estado determinado, cuando hayan sido lesionadas fuera del territorio del Estado. Incluso contra súbditos del Estado —siempre que no haya leyes especiales que determinen otra cosa¹— sólo pesa el poder penal del Estado extranjero en el que hayan cometido un crimen como forasteros (§ 31). No obstante, este poder penal del Estado extranjero podrá ejercerse por él mismo, después de proceder a la extradición del culpable², o también por medio del Estado del cual el ofensor es súbdito, aunque como éste actúa sólo en calidad de órgano del Estado foráneo, deberá hacerlo conforme a las leyes extranjeras violadas por su súbdito.

Nota: Las antiguas relaciones de los territorios alemanes con otros y entre sí no pueden aquí decidir nada, puesto que sólo los principios del derecho internacional son los que “están” en aplicación. De allí la cambiante formulación de esta teoría comparada con los §§ 38, 39 y 40 de la tercera edición. Además, cfr. § 31, nota 1.

¹ La legislación no está expresamente limitada por este principio. El súbdito, que lesiona a un Estado o a un súbdito extranjero, actúa contra la paz del derecho interna-

cional y con ello pone en peligro a su Estado, el que por esto tiene su propio interés jurídico en tratar y penar tales lesiones como crímenes contra él mismo. De allí, que en varias legislaciones penales especiales la injuria a Estados o súbditos extranjeros sea considerada crimen contra el mismo Estado o que también las leyes penales se extiendan ilimitadamente sobre el forastero, en la medida en que por el súbdito se haya cometido un crimen en su contra.

² En la mayoría de los Estados la extradición del súbdito para un tribunal extranjero está prohibida. Así, por ejemplo, en Baviera, Prusia, etcétera.

CAPITULO IV

De las diferentes infracciones a una ley penal

— § 41 —

Una misma ley penal puede ser infringida de diferente modo. Estas diferencias dependerán: I) De la relación del resultado ilícito con la acción antijurídica; II) De las distintas formas de causalidad (efectividad) de la acción respecto del resultado y, finalmente; III) De las diferencias en la causa interna (psicológica) de la acción misma.

I. *Distintas relaciones del resultado con la acción*

— § 42 —

En principio, existe una determinada infracción cuando han tenido lugar todos los acontecimientos y efectos que pertenecen al concepto del crimen (crimen consumado, *del. consummatum*). No obstante, una acción externa intencionalmente dirigida a la producción de un crimen (emprendimiento criminal, *conatus delinquendi* en sentido amplio) ya constituye por sí misma una infracción¹ y será penada, siendo objetivamente peligrosa: a) Cuando la consumación se interrumpa únicamente por impedimentos externos y no por libre mutación de la voluntad²; b) Cuando la acción misma, conforme a su característica externa (mediata o inmediata, menor o mayor), se encuentra en conexión causal con el crimen tenido en vista³.

¹ THOMASIUS, *D. an poena delicti perf. puniendus sit conatus*, Lips., 1735; G. D. HOFFMAN, *De initiis delictorum*, Tübingen, 1768; A. W. HEIDEMANN, *De conatu delinquendi*, Hal., 1799; en especial F. C. MEISTEREN los *Urtheilen u. Gutachten*, XXV, 409; C. WITZEL, *Kurze Erörter. des Unterschiedes zwischen unterstandenen, angefangenen und vollendeten Verbrechen*, Jena, 1808; F. CROPP, *Com. de praeceptis juris romam. circa puniendum conatum delinq.*, Heidelb., 1813; J. C. MITTERMAIER, *Beiträge zur Lehre vom*

Bersuche d. Verbr., en *N. Archiv d. Criminalr.*, t. I, cuad. 2, n° 6, y t. IV, n° 1; M. A. DE KETTELHODT, *Com. de consummatione delictorum*, Gött., 1826; JORDAN, *De nonnullis controu. ad doctrinam de conatu del. spectant.*, Marb. 1826; BROWER, *De conatu criminum ejusq. puniendi rat.*, Lugd., 1826; C. E. LELIEVRE, *Comm. de conatus del.*, Lovan, 1828; HEPP, *Über d. voll. u. untern. Verbr.* (en *Dess. Versuchen*, X).

² CCC, art. 178: "por otro medio contra su voluntad". Cfr. BERGER, *El. jur. crim.*, I, n° 1, § 2; HAGEMEISTER, *De causis mit. poen.*, parte 65; en contra KLEINSCHROD, *Syst. Entw.*, parte 1, § 42.

³ Es imposible que una acción sea antijurídica sin chocar con el derecho externo, pues sólo lo es una acción (exterior) que lesiona o pone en peligro al derecho. La sola intención antijurídica no proporciona a una acción ninguna característica de antijuridicidad. Quien habla de participación en el crimen con un veneno falso o del homicidio de un cadáver o similares, confunde lo moral con lo jurídico, los fundamentos de la policía de seguridad con el derecho a la pena, y debería también declarar culpable de una tentativa de homicidio a cualquier bávaro que vaya a una capilla en peregrinación a rezar por la muerte de su vecino. La *Ordenanza Carolina* (art. 178) exige "trabajos sensibles que para la ejecución del entuerto puedan servir".

— § 43 —

El emprendimiento del crimen abarca tres grados principales: I) El emprendimiento acabado (*delictum perfectum*), cuando hayan tenido lugar todas las acciones requeridas para la producción de un efecto ilícito, pese a lo cual no se haya producido el resultado que se tuvo en mira¹; II) La tentativa próxima (crimen comenzado), cuando se haya comenzado con la acción principal del crimen, o sea, con esa acción cuyo agotamiento hubiese debido y podido producir inmediatamente el resultado ilícito; III) Finalmente, la tentativa remota (crimen preparado), cuando haya ejecutado acciones mediante las cuales sólo se debía preparar el acto de consumación (la acción principal).

¹ KLEIN, *Peinl. R.*, § 145; desde el punto de vista legislativo esta distinción del *conatus proximus* es algo dudosa. Sin embargo, véase WEBER en *N. Archiv. d. Criminalr.*, t. IV, n° 2.

II. Distinciones en la causalidad
de la actuación respecto del resultado ilícito

— § 44 —

Toda infracción presupone una determinada persona como causa efectiva. La persona en cuya voluntad y acción se halla la causa eficiente que produjo el crimen como efecto, se llama *autor* (*autor delicti*).

ti). Estos pueden ser causa mediata o inmediata del mismo: los primeros, cuando hayan cometido la acción que constituye el concepto del crimen por sí mismos (autor físico); los segundos, cuando el crimen de otro haya tenido como causa su actividad intencionalmente dirigida a darle origen. Esto último es posible: I) Mediante determinación intencional de la voluntad de otro para la comisión del crimen (autor mediato, autor intelectual); II) Mediante la supresión intencional de obstáculos, sin lo cual hubiese sido imposible, en general o en las particulares circunstancias, la efectividad externa de una voluntad ajena ya determinada al hecho (autor mediato indirecto, cómplice principal, *socius principalis*)¹.

¹ STÜBEL, *Über d. Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben u.s.w.*, Wittenberg, 1805, §§ 19-95; OERSTED, *Grundregeln d. Strafgesetzg.*, §§ 26-30; W. WOLTERS, *De auctoribus, sociis et fautoribus delictorum*, Gron., 1824; MITTERMAIER, *Über Begriff, Arten und Strafbarkeit des Urhebers*, en *N. Archiv*, t. III, 1, 125 y siguientes). STÜBEL, *Über d. Theilnahme mehrerer personen an einem Verbrechen*, Dresd., 1828; VISINI, en *Wagner's Zeitschrift*, 1833, 297, y en sus *Beiträgen zur Criminalrechtswissenschaft*, Wien, 1838, n° 1; MAYER, *Versuch einer Prüfung der Lehren vom Thatbestand und der Thäterschaft*, Berlin, 1836; NICCOLINI, *Della complicita*, Napoli, 1837; BONNANNI, *Elem. jur. crim.*, 97; REINER, en *Wagner's Zeitschrift*, 1835, n° 20.

— § 45 —

Dado que junto a cualquier causa son posibles las concausas, que pueden operar sobre la gestación de un determinado resultado mediante la facilitación de la causa principal, bien pueden otros también tomar parte en la infracción del autor (§ 44) con acciones de naturaleza tal que, aunque por sí mismas no hubiesen producido el crimen, cooperen en su gestación favoreciendo la efectividad del autor. El que intencionalmente se haga culpable de esas acciones u omisiones se llama *cómplice* (*socius delicti*)¹.

¿Es jurídicamente concebible una complicidad culposa?

¹ CCC, art. 177. Cfr. COCCEJI, *De socio crimin.* (en *Exercit. curiosis*, t. II, n° 30); J. F. EISENHARDT, *Diss. de vera criminis socii notione*, Helmst., 1750; E. C. WESTPHAL, *D. de consortibus et adjutoribus criminum eorumque poena*, Hal., 1760; J. CORN. VAN DER KEMP, *De co, qui delinquentis et socius*, Lugd., 1790; KLEINSCHROD, *Syst. Entw.*, 1, §§ 177-206; FEUERBACH, *Revision*, II, § 243 y ss. y STÜBEL, *op. cit.*; SCHNELL, *De poenis regulariter mitioribus in socios criminum quam in eor. auctores jure romano sancit*, Heidelberg, 1809; SCHIRACH, en *N. Archiv d. Criminalr.*, t. III, n° 17; BORST, en el mismo, t. VII, n° 25; cfr. KESSENIICH, *De sociis in crimine*, Leod., 1823; H. GEBER, *De sociis delinquentium*, Lugd., 1824; WOLTERS, *D. de auctoribus, sociis et fautoribus delictorum eorumq. poen.*, Gron., 1824.

— § 46 —

Cuando varias personas toman parte en la gestación de un crimen (complicidad, concurrencia criminal), puede tratarse de: I) Cómplices y autores; II) De varias personas que simultáneamente son autores de un mismo crimen (*coautores*). Las formas principales de esta concurrencia son: A) Entre varios autores físicos, sea que a) la acción de cualquiera de ellos, por sí sola ya dé lugar a la existencia completa del crimen¹, o b) en forma tal que la acción individual de cualquiera de ellos sea sólo una parte del crimen, pero que el conjunto de todas estas acciones lo perfeccione². B) Pueden concurrir uno o varios autores intelectuales. Cuando a) éstos únicamente deban ser considerados como determinadores y los autores físicos únicamente como determinados (mandato³, orden, amenazas, promesas, consejo⁴, provocación intelectual o aprovechamiento de un error), esta concurrencia se denominará exclusiva o pura. Pero si b) en la concurrencia de autores intelectuales y psíquicos, cada participante debe ser considerado al mismo tiempo como determinador y determinado, tratándose de una participación mutua, impura, que viene a configurar un mero contrato de sociedad cuyo fin es el crimen, es caso que trataremos en el siguiente § 47.

¹ Por ejemplo, cada partícipe causa a otro una herida que ya de por sí es mortal.

² Por ejemplo, mientras A sostiene la pistola contra el pecho de otro, B le desapodera, C lo fuerza, D se lleva las cosas. Actuando en tales casos los partícipes con la intención de que el crimen se cometa mediante el hecho unitario, el aporte de uno se corresponderá con el del otro, siendo cada uno completo autor del hecho total. Cuando falte alguna condición, cada uno será autor de su especial aporte al hecho. De allí, la pena extraordinaria del homicidio en riña, cuando las heridas producidas sólo fuesen mortales en función de la acumulación. Otra opinión en STÜBEL, en su trabajo *Über den Thatbestand*, etcétera.

³ STRYK, *De mandato delinquendi*, Frankf., 1690, en *Opusc.*, vol. VI, n° 3; PÜTTMAN, *Opusc.*, n° 1.

⁴ J. U. CRAMER, *D. de consilio malo consultatori pessimo*, Marb., 1740; en alemán, Frankf., 1741.

— § 47 —

Si varias personas, mediante recíprocas promesas de ayuda mutua, acuerdan cometer mancomunadamente un crimen y se unen para la ejecución en común del mismo, se configura un complot (*societas delinquendi conjuratio*)¹. Puesto que aquí la decisión de cada

individuo es determinada por la expectativa de ayuda contractualmente determinada y por la cooperación de todos los restantes, corresponde considerar a cada uno de los coaligados, en atención al cual se mantiene la expectativa del resto para la consumación del hecho, como autor intelectual del crimen consumado, siempre que no haya tomado parte activa en la consumación². El complot se llama banda cuando su objetivo es la comisión de varios crímenes de determinada clase o incluso de diferente clase, pero aún no determinados en particular.

¹ CCC, art. 148.

² Cfr. STÜBEL, *Vom Thatbest. d. Verbrechen*, p. 74, no obstante que no comparto sus principios en detalle. Otros puntos de vista tiene WESTPHAL, *De cons. et. adj. crim.*, § 14; KLEINSCHROD, *Syst. Entw.*, § 178; W. VON SCHIRACH, *Entwicklung der Lehre vom complot*, en *N. Archiv d. Criminalr.*, t. I, cuad. 4, n° 23; BASMANN, *De societate delinquendi sive conjuratione*, Groning, 1824.

— § 48 —

La cooperación del cómplice consiste en facilitar la efectividad del autor para el crimen, "tenido" en mira (§ 45), refiriéndose primordialmente: I) Al acto de ejecución del hecho; II) Al aumento de la ventaja del hecho; III) A la seguridad del autor contra las consecuencias jurídicas del hecho. Pero en todas estas circunstancias se presupone una cooperación del cómplice en la consumación del hecho, simultánea o previa a ella, ya sea por una efectiva prestación de ayuda, o por la promesa del autor de prestarla después de la consumación.

— § 49 —

La ayuda es posible de diferentes modos. Una complicidad puede serlo:

I) En consideración a la acción misma con la que ella se efectúa, complicidad positiva, cuando tiene lugar mediante una efectiva exteriorización de la actividad (*concursum positivum*), o complicidad negativa, cuando mediante omisión contraria al deber, favorece el hecho de otro (*concursum negativum*), especialmente mediante la omisión de denuncia de un crimen inminente, lo que presupone una ley¹ u obligación oficial asumida que imponga el deber de denunciar o de

evitar (§ 24), puesto que, por principio no está el ciudadano completamente obligado a estas acciones.

¹ L. 9, § 1, *D. ad L. Corn. de falsis*; L. 2, 6, *D. ad L. Pompej de parricid.*; L. un., § 2, *C. de raptu virg.*; *L. Jul. Maj. A.B.C. 24, § 6. Declaración de la paz del "Land" del año 1522*, Tít. 11; R.A. del año 1577, Tít. 1, § 2. F. CHP. L. CRELL, *Diss. de poena silentii et conscientiae delicti alieni*, Vit., 1742; J. H. BÖHMER, *Diss. de obligatione ad revelandum occulta*, Hal., 1742; PÜTTMAN, *Diss. de crimine conniventiae*, Lips, 1785, en *Opusc.*, n° 3, especialmente STÜBEL, *Über den thatbest.*, p. 45, § 44-54.

— § 50 —

II) Se puede ser cómplice tanto mediante la aplicación de fuerzas corporales, como por medio de la mera exteriorización de fuerzas anímicas, en especial mediante el consejo y la enseñanza dirigidos al crimen (aunque lo último sólo a condición de que la voluntad del otro haya estado ya completamente deteriorada). Esta es la diferencia entre cómplices intelectuales y físicos.

— § 51 —

III) La complicidad será directa (*conc. proximus*) cuando sea prestada mediante una acción que favorezca directamente la consumación del crimen, esto es, sin la mediación de concausas. Teniendo lugar la complicidad mediante una acción que sólo a través de concausas pueda favorecer o hacer posible la consumación del crimen, se tratará de una complicidad mediata (*conc. remotus*).

— § 52 —

IV) Cuando la acción del cómplice tenga en sí la misma característica que distingue el concepto del crimen cometido por el autor, se tratará de una complicidad especial (*socius specialis*)¹. El caso contrario da lugar al concepto de cómplice general (*soc. generalis*)². v) Por último, según que la ayuda haya sido prometida o no con anterioridad a la efectiva prestación de la misma, la complicidad será *socius ex compacto* o *socius accidentaliter talis*.

¹ Por ejemplo, el cómplice en un hurto doméstico, que es remunerado y permanece alimentado por el robado, el cómplice en la muerte de un pariente, que es pariente más cercano de la víctima, etc. Habitualmente se estrecha y restringe demasiado el concepto.

² Un segundo significado del cómplice general lo da GROLMANN, *Grunds. der Criminalw.*, 3. A., § 36. Una nueva opinión sostiene KONOPAK (en *Archiv*, t. VII, 3, n° 1). Cfr. además BAUER, *Lehrbuch d. Strafrechts*, § 67, también VISINI y WAGNERS, *Zeitschrift für österr., Rechtsgelehrs.*, 1833.

— § 53 —

Quien sólo después de la consumación del crimen, a sabiendas tome parte en él, será encubridor (*fautor delicti*). El encubrimiento puede tener lugar mediante la libre participación en las ventajas del hecho, mediante la protección del criminal en lo que respecta al aumento o al goce de las ventajas de su infracción (ocultamiento o adquisición a sabiendas de las cosas obtenidas del crimen) y, en especial, mediante acciones —o también omisiones, según las circunstancias— que procuren sustraer al autor de la coerción penal¹.

¹ L. 48, § I, *D. furtis*, L. 1, *D. de receptoror. CCC*, art. 40. PÜTTMAN, *De receptoribus*; en sentido contrario, L. II, De la obligación de denuncia por crímenes cometidos: TITTMANN, *Hanbd.*, § 112.

III. Distinciones conforme al fundamento intelectual de la infracción

— § 54 —

Un crimen, atendiendo al fundamento que proporciona la determinación de la voluntad, puede ser cometido de dos maneras: I) Por *dolo* (*voluntad antijurídica*), que es una determinación de la voluntad que tiene como fin una lesión jurídica, con la consecuencia de la antilegalidad del afán; II) Por *culpa* (*imprudencia*), que es una determinación ilícita de la voluntad para una acción u omisión, de la que surge la lesión jurídica, conforme a las leyes de la naturaleza¹, sin la intención de la persona².

¹ Sea de naturaleza interna o externa.

² CCC, art. 146; L. 5, § 2, *D. de poenis*. Sobre dolo y culpa en general: STÜBEL, *System d.p.R.*, 2ª parte, §§ 262 bis-302; KLEINSCHROD, *op. cit.*, 1ª parte, Cap. 2; GROLMANN, en la *Bibliothek d.p.R.*, t. I; KLEIN, *Vom Unterschied zwischen Dolus und Culpa*, en *Archiv*, t. I, n° 10; t. II, p. 216 y ss.; FEUERBACH, *Revision*, 1ª parte, Cap. VI. Sus consideraciones sobre dolo y culpa en general y sobre el dolo indirecto en particular, en la *Bibliothek*, t. II. Contra la siguiente teoría cfr. ALMENDIGEN, *Untersuchungen über das culpose Verbrechen*, Giessen, 1804; véase también GROSSE, en *Magaz. des Criminalrechts*, cuad. 1, Marb., 1804; y GÖNNER, *Revision des Begriffs u. der Eintheilungen des Dolus*, Landsh.

1810. ST. ROOSENDAEL, *De dolo in delictis*, Ludgun., 1817; MITTERMAIER, en *N. Archiv d. Criminalr.*, t. II, n° 28; KLEINSCHROD, en *N. Archiv*, t. II, n° 2; OERSTED, *Grundregeln d. Gesetzg.*, p. 228 y ss.; sus nuevos aportes, p. 100 y ss.; C.L. MICHELET, *De doli et culpae in jure crim. notionibus*, Berol., 1824; R. WINSSINGER, *Quaenam sit differentia inter delicta dolosa et culposa*, etc., Brux., 1824; ROSSHIRT, en *N. Archiv*, t. VIII, n° 13. Véase también sobre *Dolus* en *Elvers Themis*, t. 2, cuad. 2, p. 265, *V. Zurhein Zeitschrift für Theorie u. Praxis*, t. 1, cuad. 3, p. 278, y BLÄTTER, *Fürr Rechtsanwendung en Baiern*, t. 3, p. 273 y cuad. 289.

— § 55 —

La culpa presupone: I) Objetivamente, a) la existencia de una ley penal que conmine con la pena la lesión jurídica no dolosa¹, y b) una acción exterior por la cual se devenga autor físico de un crimen²; II) Subjetivamente, una ilícita determinación de la voluntad, en el sentido de que la persona, si bien no haya dado lugar al crimen como objetivo de su voluntad, sin embargo, 1) pueda haber sido, sin intención, causa del crimen, por contrariar su obligación conocida de evitarlo (deber de diligencia, cuidado, *diligentia*); 2) como también por haber hecho u omitido arbitrariamente algo que se encuentre conectado causalmente con el origen de la lesión jurídica, y habiendo sido a este respecto consciente de esta conexión, o habiendo debido serlo en razón de la diligencia debida.

¹ Aquí corresponden en especial el homicidio, la lesión corporal, el daño de peligro común en la propiedad. Los crímenes que requieren ya en el tipo una determinada forma de dolo antijurídico como esencial (por ejemplo, la alta traición, la estafa, el robo, la falsedad, la injuria a la majestad, etc.), excluyen la culpa como infracción punible.

² No hay tentativa por culpa, ninguna complicidad culposa, ninguna autoría intelectual culposa.

— § 56 —

Conforme a esto, existen las siguientes clases principales de culpables por culpa: I) Cuando la persona que provoca el crimen, emprende con otra intención la acción misma, siendo consciente de la conexión causal con un posible o probable resultado ilícito, o igualmente cuando haya omitido el mandato de aplicar el medio adecuado para evitarlo (culpa inmediata)¹; II) Cuando la persona que con su propia acción haya provocado el crimen no haya sido consciente de la punibilidad o peligrosidad del mismo, pero haya hecho u omitido algo mediante lo cual —sea que lo haya previsto como posible o que con aplicación de la diligencia debida haya debido preverlo— se ha-

ya colocado o se haya mantenido en un estado en que pudo cometer el crimen sin dolo antijurídico ni culpa inmediata (culpa mediata)².

¹ CCC, art. 146. Este género de imprudencia se exterioriza de distintas formas que, conforme a sus matices, son designadas de distinto modo en nuestro lenguaje. A ella corresponden en especial las palabras “temeridad”, “desaforamiento”, “superficialidad”.

² “Por injuria” (*Ordenanza Carolina*). “Irreflexión”, “precipitación”, “dejadez”, “atolondramiento”.

— § 57 —

Conforme a lo precedentemente dicho (§ 56, II), la culpa mediata puede cometerse: I) Mediante una acción con la cual la persona (sin intención criminal) se coloque en un estado en el cual se haga incapaz en general para determinarse conforme a las leyes penales¹; II) Mediante la omisión del uso del medio y facultades cognitivas adecuadas exigidas al actor para la obtención de una correcta inteligencia de la característica de su acción, omisión en virtud de la cual: 1) no se haya dado cuenta de la conexión causal de la acción peligrosa con el correspondiente resultado antijurídico (§ 56, I), o 2) como consecuencia de un error haya tenido por permitida una acción punible (error culpable, ignorancia culpable).

¹ Por ejemplo, exceso de bebida.

— § 58 —

El deber de diligencia en general está limitado a la observación del cuidado adecuado¹. Un crimen no acarrea pena por culpa: A) Si la acción u omisión se halla en tan lejana o inusual conexión con el resultado ilícito, que el mismo no podía esperarse; B) Cuando al que hubiese debido proceder a evitar el peligro se le hubiese debido exigir una comprensión o fuerza no exigible usualmente al hombre. Lo que queda fuera de tales límites pertenece al caso fortuito (*casus*). No obstante, dentro de ellos, la culpa tiene sus grados, los que, si bien no son determinables mediante conceptos generales, corresponde cuantificar en los casos particulares conforme a los fundamentos generales de la punibilidad relativa (§ 102 y ss.). La distinción general del derecho romano entre *culpa lata* y *levis* no tiene ninguna relación con el derecho penal².

¹ De este modo, más allá de la culpa leve no surge ninguna culpa levísima. Lo que es legal dentro de las meras consecuencias de derecho privado (L. 31, L. 52, § 4, *Ad Aquil.*; L. 9, § 2, *De juris et de facti ignor.*; L. 72, *D. pro socio.*; L. 226, *D. de V.S. Magna negligentia culpa, magna culpa dolus est.* Cfr. también HASSE, *Die Culpa des römischen Rechts*, p. 89 y ss.), debe tanto más encontrar aplicación penal. Otra cuestión es si en el derecho romano la pena se imputaba a simple *culpa lata*. Muchas leyes están con ello: L. 9, 11, *D. de incendio, ruina*; L. 7, comparada con L. 4, § 1, *D. ad L. Corn. de sicar.* y L. 3, § 2, *D. cod.*

² El derecho criminal romano no menciona en ninguna parte esta distinción. Conforme a un uso del lenguaje completamente desviado del derecho civil, se contrapone allí al dolo (*voluntas, propositum, consueto agere*) el accidente (*casus*), que abarca en sí tanto lo inculpable como lo culpable (*negligentia*), sin que se admita una *culpa levis* frente a una *culpa lata*, L. 5, § 2; L. 11, § 2; L. 28, § 12, *D. de Poenis*; L. 1, § 3, *D. ad L. Corn. de sicar.*; L. 9, *D. de incendio.*; L. 2, *In fine de term. moto.*

— § 59 —

El *Dolus* (§ 53) tiene dos clases, según el resultado ilícito sea el objeto inmediato y exclusivo de la comisión, o que la intención del criminal se haya dirigido a varias lesiones jurídicas de una misma clase o género. Aquél se llama dolo determinado (*dolus determinatus*), y éste, dolo eventual o indeterminado (*d. indeterminatus s. eventualis*)¹.

¹ Por ejemplo, quiero vengarme de un hombre y disparo contra él, no exactamente para matarlo ni tampoco para asustarlo, sino con la general e indeterminada intención de dañarlo. Cualquiera sea el resultado que esta acción tenga me es indiferente, pues lo único que quiero es que una de esas lesiones resulte realizada. Este dolo eventual es esencialmente diferente del que tiene el dolo indirecto por base. No obstante, suele confundirse con él por parte de nuestros escritores en sus investigaciones. Trata detalladamente esta distinción FEUERBACH, *Betrachtungen über Dolus u. Culpa Betracht*, XI.

— § 60 —

Hay casos en que el dolo y la culpa se encuentran en la misma acción, especialmente cuando un criminal haya tenido por fin un determinado resultado antijurídico hacia el que haya dirigido la acción, pero haya tenido lugar otro que haya previsto o podido prever como consecuencia posible de su acción. Aquí hay dolo con respecto al fin que efectivamente quiso; hay culpa con relación a cualquier efecto que sin intención del autor haya producido una acción dirigida a otro fin antijurídico. Se puede llamar, pues, a una lesión que tenga por causa una determinación de la voluntad de esta naturaleza, una culpa determinada por dolo (*culpa dolo determinata*)¹. El dolo directo no es concebible².

¹ Cfr. las *Btrachtungen über D. u. C.*, XIII y XIV.

² El descubridor del dolo indirecto es NETTELBLADT, *Diss. de homicidio et intentione indirecta commisso*, Halae, 1756. Sobre ello, BÖHMER y CARPZOV, Q. 1, obs. 2; ESCHENBACH, *Prog. de dolo indirecto homicidarum*, Rost., 1787; A. VON HOFF, *Über Verbrechen aus indirecter Absicht*, Berlin, 1791; KLEIN, *Peinl. R.*, § 123; y muchos otros. En contra están especialmente: CHRISTIANI, *Die Chimäre des Todtschlags aus indirecter Absicht*, en *Kielschen Magaz.*, Hamburg, 1784, t. I, 3; del mismo, t. II, 3; PÜTTMAN, *Diss. de distinctione inter animum occidendi directum et indirectum e jurispr. crim. prorsus eliminanda*, Lips, 1789; ECKHARD, *Prog. de dolo indirecto*, Jena, 1794; MEISTER, *Über den Begriff des Dolus indirectus unter den bechränkten Rücksicht auf Homicidien*, en *N. Archiv d. Criminalr.*, t. I, 4; M. SEMER, *Betrachtungen über den sogennanten dolus indirectus*, Landshut, 1817; por lo demás, cabe preguntarse si la ley podría tener como fundamento de una menor pena de esta *culpa dolo determinata* que del dolo indeterminado.

CAPITULO V

De la permanencia jurídica de un crimen cometido

— § 61 —

La permanencia jurídica de un crimen consiste en la continuación de los derechos de la potestad judicial para disponer una consecuencia jurídica para el criminal en atención al hecho cometido. Por ende, permanece jurídicamente en tanto no sobrevenga una causa que cancela todo derecho de la potestad judicial. Estas causas pueden consistir en una imposibilidad 1) física o 2) jurídica.

— § 62 —

Las razones jurídicas que extinguen el crimen son: I) El sufrimiento de la pena¹; II) La gracia, que es la cancelación de una pena legalmente merecida por parte del supremo poder del Estado², la que tiene lugar: 1) Antes de completarse la investigación judicial o dispensa del conocimiento judicial (*abolition*)³; o 2) Después de completada la investigación judicial y pronunciada la sentencia, que es la gracia en sentido estricto⁴, que puede producirse mediante la cancelación de una parte de la pena (gracia incompleta o atenuación por gracia); o, finalmente; 3) Después de haber tenido lugar una ejecución penal (*restitutio*), o sea perdonando la parte que aún resta del mal de la pena sufrida o cancelando las consecuencias jurídicas de una pena sufrida.

¹ L. 23, *in fine*, *C. de poenis*.

² La literatura sobre el derecho de gracia en PÜTTMAN, *Literatur des deutschen Staatsr.*, parte III, § 1284; KLÜBER, *Forts.*, p. 411 y ss., J. OBMEYER, *Von dem Begründi-*

gungsrecht d. Regenten, Wien, 1799; SALCHOW, *Ub. d. Begnadigungsrecht d. Reg.*, Jena, 1802; BAYL, en los *Beytr. d. Criminalr.*, n° 3.

³ De las distintas clases de la misma: 1) *Abol. generalis rat. personarum s. publica - specialis rat. pers. s. privata*. 2) *Abol. generalis rat. objecti - specialis rat. obj.* 3) *Abol. plena - minus plena Engau, D. de abolitione*, Jena, 1754; J. TH. SEEGER, *D. de abolitione veteri et hodierna*, Lips., 1778; PÜTTMANN, *Advers. G.* 15. Distinto es en las nuevas constituciones de los Estados (por ejemplo Baviera), donde el derecho de gracia es muy racional.

⁴ *D. de sentent. pasis et restitutis* (XXIII. 23) *C. Eodem* (IX, 51).

— § 63 —

El derecho de gracia podrá ser puesto en duda por la filosofía, pero no por el derecho positivo, puesto que el mismo se confiere constitucionalmente a todos los soberanos. Por cierto, corresponde ejercerlo en forma que tenga a la justicia misma como fundamento y fin de su ejercicio y, por ende, sólo: I) Para resolver una contradicción entre el derecho formal (vigente) con el derecho material (válido)¹; II) Para conservar la situación jurídica frente a urgentes peligros contra los cuales no cabe esperar con seguridad la ayuda de los medios ordinarios², o, finalmente, III) Para mantener en pie la autoridad intimidatoria de la ley, cuando la estrictez del derecho se traduzca en crueldad, provocando con ello repugnancia moral contra la ley o indiferencia contra sus penas³.

¹ Corresponde la atenuación soberana a este respecto cuando la pena de la ley se halla en contradicción particular con la punibilidad del caso. En leyes penales que han sobrevivido a su tiempo, es la gracia un mal muy pequeño que corresponde a una transformación hacia una legislación mejor.

² Por ejemplo, prometer la impunidad para el miembro de una conjura, de una banda de ladrones, etc., si denuncia a sus compañeros.

³ Por ejemplo, una ciudad o una provincia entera se hace culpable de alta traición.

— § 64 —

III) *Prescripción*¹ es la cancelación de las consecuencias jurídicas de un crimen cometido mediante el mero transcurso de un cierto tiempo². Difícilmente la prescripción del crimen tenga otra razón que la máxima de los doctrinarios romanos, de ampliar y redondear el sistema mediante la aplicación analógica de cierto principio jurídico. De la prescripción extintiva de la acción se deriva la consecuencia puramente lógica y también natural de la prescripción extintiva de la acusación (*accusationum*)³. Lo que pueda decirse de los funda-

mentos jurídicos de su introducción en el sentido político o material es una conjetura fundada y no probada⁴.

¹ ENGAU, *Jur. Beitr. von der Verjährung in peincl. Fällen*, Jena, 1749 (6ª ed., 1772); HALLACHER, *Diss. principia juris Rom. de praescriptione criminum*, etc., Erlangen, 1787; GRÜNDLER, *Syst. Entw. der Lehre von der Verjährung der peincl. Strafen*, Halle, 1796; STÜBEL, *Diss. utrum delictorum poenae praescriptione recte tollantur nec ne*, Vit., 1793; C. D. ERHARD, *D. de origine praescriptionis criminum*, Lips., 1803; DABELOW, *Über die Verjährung*. (en 11 partes, 1805-1807), 2 partes, p. 136; H. P. PAYSEN, *Über die Verjährung in peincl. Sachen*, Altona, 1811; KLEINSCHROD, *Über Verjährung d. Verbr. nach gemeinen u. baier. Rechte*, en *N. Archiv d. Criminalr.*, t. 1, 7; UNTERHOLZNER, *Verjährungslehre*, t. II, §§ 304-315.

² L. 3, *D. de requirend. reis.*, C. L. 12, *Ad L. Corn. de Fals.*; L. 28 et 29 *ad L. Jul. de adult.*; L. 13, *De div. temp. praesc.*

³ Se prueba históricamente que esta prescripción se origina tardíamente, pues en especial en tiempo de Cicerón no se conocía prescripción.

⁴ HÜBNER, *Pr. proc. inquisitorii*, p. 99 y ss.; con relación a esto, algunos hacen valer la dificultad para la prueba de la culpabilidad y de la inculpabilidad (así THOMASIIUS, *D. praesc. big.*, § 5); otros la presunta corrección del criminal (así KOCH, *Pr. jur. crim.*, § 972; STELZER, *Crim. R.*, § 243); algunos la borrada memoria del hecho; otros, como BÖHMER y CARPZOV (Q. 141, obs. 1), el fundamento de la prescripción civil.

— § 65 —

La prescripción requiere:

I) El transcurso de un tiempo legalmente determinado, que por regla es de veinte años¹, con excepción de algunos crímenes que prescriben en treinta años (como el *parricidium*)² y otros que se extinguen en cinco años, a los que pertenecen especialmente los que se cometen mediante la satisfacción ilícita del instinto sexual, cuando no importan al mismo tiempo una lesión de derechos personales³. El incesto, pese a que por lo regular prescribe a los cinco años⁴, cuando se presenta unido al adulterio reconoce la prescripción común de los crímenes⁵.

¹ L. 3, *D. de requir. reis.*; L. 12, *C. ad L. Corn. de falsis*.

² L. 10, *D. ad L. Pomp. de parr. "semper accusatio permittitur"*. Cfr. THIBAUT, *Über Besitz und Verj.*, § 52; sobre la prescripción de las injurias, WEBER, *Über Inj.* y SCHMÄHSCHR. *Abth.*, II, § 18.

³ L. 29, § 6, *D. ad L. Jul. de adult. "Hoc quinquennium observari legislator voluit, si reo vel recae stuprum, adulterium, vel lenocinium objiciatur; quid ergo si aliud crim en sit, quod objiciatur, quod ex L. Jul. descendit? ut sunt qui domum suam stupri causa praebuerunt, et alii similes? et melius est dicere, omnibus admissis ex L. Jul. venientibus, quinquennium esse praestitutum"*.

⁴ Junto a muchos otros, cree lo contrario HEISLER, *Von der Verjährung der Blutschande und der übrigen fleischlichen Vermischungen in verbotenen Graden*, Halle,

1787, § 5; contra esa opinión, LEYSER, p. 515; J. S. F. BOEHMER, *Diss. de incestus quinquennale praescriptione*, Frankf., 1754; el mismo CARPZOV, Q. 74, obs. 4 y Q. 141, obs. 3.

⁵ L. 39, § 5, *D. ad L. Jul. de adult. Praescriptione quinque annorum crimen incesti conjunctum adulterio non excluditur*.

— § 66 —

El tiempo de prescripción corre desde el momento en que la infracción está terminada¹. El cálculo del tiempo en este plazo es únicamente el natural, no sólo en relación con su comienzo, sino también en lo que respecta a su medida temporal y a su culminación (*tempus naturale ratione initii, ratione cursus et finis*)². Al respecto no tiene importancia que durante el transcurso del tiempo le fuere o no posible al tribunal ejercer su potestad penal contra el tribunal³.

¹ L. 11, § 4, *D. ad L. Jul. de adult.*; L. 10, § 10, *D. ad Set. Turp.* Sobre el momento inicial en el delito continuado, *Unterholzner*, p. 467.

² Cfr. GLÜCK, *Commentar*, parte 3ª, p. 517 y ss. Antiguamente se afirmaba lo contrario; cfr. HALLACHER, I. c., § 5.

³ Lo contrario opina, con otros, ENGAU, *op. cit.*, § 116.

— § 67 —

II) El tiempo de prescripción no puede ser interrumpido. Se interrumpirá con cualquier acción de la potestad penal judicial del Estado, llevada adelante con la intención de investigar y penar el crimen cometido¹. La prescripción corre nuevamente desde la finalización de la última acción judicial sin que quepa reparar si el infractor se ha sustraído a la efectiva punición mediante una acción antijurídica o por falta de prueba².

¹ HUBNER, p. 100 y ss.; VON WENING-INGENHEIM, *Über d. Unterbrechung d. Verj. durch Generall-Untersuchung*, en *N. Archiv d. Criminalr.*, t. VI, 2. 9.

² En contra, ENGAU, *op. cit.*, §§ 114 y 115.

— § 68 —

Todos los crímenes están sometidos a la prescripción¹, sin que importe la medida de la punibilidad ni la característica de la persona².

¹ Con excepción de la apostasía, si aún puede considerársela crimen. L. 4, *C. de apost.* Cfr. THIBAUT, *op. cit.*, § 52.

² Sobre la aparente contradicción de la L. 10, *D. ad L. Pompejam de parricidis: "Namque eos, qui parricidii poena teneri possunt, semper accusare permittitur eodem Seto"*. Cfr. MATTHEI, *De crimin.*, L. XLVIII, c. 4, n° 2; MEISTER, *Pr. jurisprud. crim.*, Sec. 3, c. 29, § 873; OVERBECK, *Meditationen üb. verschied. Rechtsmaterien*, IV, Med. 189; THIBAUT, *op. cit.*, § 53.

— § 69 —

Todas las causas señaladas (§§ 62 a 68) cancelan completamente la existencia del crimen por igual. El criminal deberá ser repuesto en sus derechos ciudadanos. Las únicas consecuencias que no se extinguen por ninguna de estas razones son las de derecho privado, las que sólo se juzgarán conforme a los principios del derecho civil.

— § 70 —

La causa física de extinción del crimen es la muerte del criminal¹. Sin embargo, tiene lugar una excepción con respecto a las penas patrimoniales, las que en ciertos supuestos legales pueden pasar a los herederos del criminal (cfr. § 139). También en algunos crímenes capitales especialmente graves, la práctica judicial admite una punición al muerto, aunque en la mayoría de los lugares ha caído en desuso².

¹ L. 11, *D. ad L. Jul. Maj. Is, qui reatu decedit, integri status decedit. Extinguitur enim crimen mortalitate*.

² Mediante la ejecución de la pena sobre el cadáver o la imagen del criminal.

CAPITULO VI

De las consecuencias jurídicas generales del crimen

— § 71 —

El que mediante la comisión de un crimen doloso diera pruebas de su incorrección será, al menos, indigno de un distinguido (elevado) honor ciudadano como de una especial confianza pública. Por ello, el derecho común asocia a toda condenación por crimen público, la infamia¹, o sea, la pérdida de cualquier derecho de honra dentro del Estado, que comprende principalmente la pérdida de toda función pública y honorífica y, respecto de nuevos vínculos, de todo título honorífico y privilegio². La pérdida de todos los derechos al honor y al buen nombre (que es la infamia en el sentido alemán de la palabra) y de los derechos civiles comunes que de ello dependen³, tienen lugar únicamente en ciertos crímenes, sea que la ley expresamente declare al criminal *improbis et instabilis*⁴ o que establezca para él una pena cuya naturaleza tenga por consecuencia la pérdida del derecho civil⁵.

¹ L. 7, *D. de publ. judiciis. Infamem non ex omni crimine sententia facit, sed ex eo, quod iudicii publici causam habuit*.

² Lo más próximo a la verdad en la determinación del concepto de infamia en HAGEMESTER, en *Hugo's Magaz.*, 3, 2, 8. No se sostiene sólo en el fragmento de CALISTRATO, L. 5, *D. de extraord. cognit.*, sino que la compara también cuidadosamente con otras: L. 1, *D. ad L. Jul. de vi privata*; L. 2, 3, *D. de his, qui not. inf.*; L. 1, 11; L. 2-6; L. 8, *D. de postulando. Tabulae Heracleenses*, t. II, cap. VIII, en MAZOCHI, p. 424 y ss.; PAULUS, R. S., L., 1, t. 2, § 1. Además, CICERO, *pro Cluentio*, 42-43; QUINTILIAN., *Inst. or.*, III, 6, 18, 19; VALER, MAXIMUS, II, c. 4, 4; TERTULLIANUS, *De spectac.*, 22.

³ Por ejemplo, incapacidad para testimoniar; incapacidad testamentaria activa y pasiva; expulsión de gremios y hermandades, etc. Por inexplicable confusión se dedujo de estas consecuencias la inestabilidad en la infamia romana.

⁴ Esta afirmación de la inestabilidad como el máximo grado de reducción del honor conforme a las opiniones y derechos romanos, corresponde al concepto alemán de pérdida del honor como opuesto a la infamia y ligado, como su propia consecuencia legal, a ciertos crímenes en particular, demanda una especial profundización en detalle, que no es esta nota el lugar para hacer. Cfr. al respecto: 6, *J. de testament. ort.*, L. 1, L. 4, § 4, *De de his, qui not. inf.*, L. 13, 14, 18, 21, *Pr. D. de testibus.*; L. 18, § 1; L. 20, 5-6, *D. qui test. fac. poss.*; L. 6, § 1, *D. ad L. Jul. rep.*; L. 5, § 9, *D. de injur. Theophilus paraphr. Inst.*; L. 11, t. 10, § 10; GELLIUS, N.A. XV, 13; HORATIUS, *Serm.*, L. 11, 3, 191; en contra BURCHARDI, *Del infamia*, Kilon, 1819, p. 22.

⁵ L. 5, *D. de extraord. cognit.* HÜBNER, *Über Ehre und Ehrlosigkeit*, p. 64 y siguientes.

— § 72 —

La opinión común del pueblo no considera en Alemania a la infamia como consecuencia de un crimen, sino como el efecto de ciertas penas, sin lo cual no se pueden establecer los límites con exactitud, conforme a reglas generales, pero, en general, se tienen por infamantes las penas que ejecuta el verdugo¹.

¹ KLEINSCHROD., *op. cit.*, 3ª parte, § 87 y siguientes.

TITULO II

**DE LA NATURALEZA DE LA LEY PENAL
Y DE SU APLICACION**

CAPITULO I

De las leyes penales en general y de su aplicación

— § 73 —

Ley penal (*lex poenalis*) en sentido amplio, abarca toda ley que se refiere al crimen y a su punición. En sentido estricto es la categórica

declaración de la necesidad de un mal significativo en el caso de una determinada lesión jurídica, y reconoce una doble vinculación:

I) Para con todos los súbditos, como posibles criminales, en la medida en que quiera hacer valer el deber jurídico mediante la coacción psicológica de la pena prevista;

II) Para con los funcionarios del Estado que ejerzan su poder judicial, los que, como órganos de la ley, deben hacer valer la conminación legal contra verdaderos criminales¹.

¹ FEUERBACH, *Revision*, 1ª parte, cap. II.

— § 74 —

De su naturaleza general de ley se sigue necesariamente para la ley penal que:

I) La ley penal es válida por sí misma, no pudiendo depender su aplicación de un juicio especial sobre su adecuación al fin o al derecho;

II) La ley penal rige para todos en los casos que abarca. Ningún caso que lleve consigo las características del presupuesto legal queda exceptuado de la aplicación de las consecuencias jurídicas de la ley, pudiendo excluirse de la misma sólo por una especial causa legal.

— § 75 —

Siendo la ley válida para todos en iguales casos (§ 74) y siendo la sentencia judicial sólo el medio de aplicación de la ley, para que ésta sea justa deberá estar determinada por razones legales. Así, una sentencia sólo podrá absolver cuando la ley misma absuelva, y sólo podrá condenar cuando la ley condene¹; lo que también será necesario para la clase de pena, siendo la misma ley penal vigente la exclusiva causa de decisión².

¹ Ello permite decidir sobre la *transactio pro redimenda vexa*. Al respecto, BÖHMER y CARPZOV, Q. 148, obs. 1; QUISTORP, *Peinl. R.*, 1ª parte, § 104. En contra, con razón, KLEINSCHROD, *Syst. Entw.*, 2ª parte, § 126.

² Sobre el supuesto derecho del juez para aumentar la pena y para liberar de la infamia, L. 13, § 7, *D. de his, qui not. infam.*; L. 15, *Pr. D. ad municip.*; L. 63, *D. de furtis*. Cfr. KLEINSCHROD, *Syst. Entw.*, 2ª parte, § 129; A. G. CRAMER, *Disputationes jur. civ.*, C. I.

— § 76 —

La diferencia de contenido de la ley penal funda la diferencia en el ámbito de la potestad judicial respecto de la clase y medida de las penas de que conoce.

I) Determinando la misma ley una cierta clase de pena como mal exclusivo (ley penal determinada) por una infracción especialmente sometida a esta ley penal, sólo se podrá cuantificar la magnitud de la pena, partiendo y conformándose con esa ley determinada, puesto que la ley es un mandato válido para todos en los mismos casos previstos (§ 74).

— § 77 —

II) Pero si la ley se limita a conminar un mal sin establecerlo para cada relación (absoluto) (ley penal indeterminada), el juez está habilitado y obligado a determinar la pena conforme a su criterio, dentro de los límites legales. No obstante, dado que todo juicio jurídico debe determinarse mediante principios jurídicos, sólo deberá hacerlo conforme a las relaciones graduales de la punibilidad propia del crimen en particular que sea comprendido en general por las leyes penales indeterminadas.

— § 78 —

De lo expuesto (§ 77) se deduce que:

I) Cuando la ley penal conmina sólo distintas penas en forma alternativa o una cierta clase de penas sin una completa determinación de su grado¹ (ley penal relativamente indeterminada), sólo se podrá establecer la clase y magnitud de la pena entre las penas mencionadas en la ley o dentro de los grados de pena dejados a la valoración judicial, conforme a los principios generales de la punibilidad.

II) Por el contrario, en la aplicación de una ley penal indeterminada en cualquier relación (absoluta), para la cual haya que determinar no sólo la clase, sino también el grado de la pena, deberá elegirse de entre todas las que reconozca la legislación en general².

¹ Dentro del último supuesto se comprende: 1) Cuando el grado de la clase de pena establecida no está limitado en absoluto, como "debe sufrir presidio"; 2) Cuando el grado está limitado, ya sea por un mínimo o por un máximo o por ambos simultáneamente. Por ejemplo, de 10 a 20 años de cárcel.

² Bajo lo cual se comprende también la pena de muerte: L. 13, *D. de poenis. Hodie licet ei, qui extra ordinem cognoscit, quam vult sententiam ferre*; L. 7, § 3, *Ad L. Jul. rep. Hodie ex lege repetundarum extra ordinem puniuntur, et plerumque vel exilio puniuntur, vel etiam durius, prout admiserint. Quid enim, si ob hominem necandum pecuniam acceperint? Capite plecti debent, vel certe in insulam deportari*. Estas leyes contradicen la L. 11, *D. de poenis*, igual que la CCC, art. 104. Cfr. BÖHMER, *Ad art. 105, CCC*, § 2.

CAPITULO II

De los principios especiales respecto de las condiciones y formas de aplicación de las leyes penales

PRIMERA SECCION

De las condiciones para la posibilidad de aplicación de la ley penal en general o de los fundamentos de la punibilidad absoluta

FEUERBACH, *Revision*, 2ª parte, Caps. VI y VII.

L. H. VON ALMENDINGEN, *Darstellung der rechtlichen Imputation*, Giessen, 1803.

F. A. BOYSEN y J. G. GEBHARD, *Beantwortung der Preisfrage: wie weit die moral. Schätzung einer Handlung bey der Festsetzung oder Anwendung eines Strafgesetzes in Betrachtung kommen darf?*, Berlin, 1804.

(VON GLOBIG), *Entwurf eines Maasstabes der gesetzl. Zurechnung und der Strafverhältnisse*, Dresd., 1808.

KLEINSCHROD, *Grundzüge der Lehre von der Zurechnung der Verbrechen*, en *N. Archiv des Criminalrechts*, t. I, cuad. 1, n° 1.

CH. J. STELZER, *Über den Willen: eine psych. Untersuchung f. d. Criminalr.*, Leipzig, 1817.

— § 79 —

Los fundamentos de los que depende en general la posibilidad jurídica de aplicación de una ley penal y, por ende, la imposición de una pena, se llaman fundamentos de la punibilidad absoluta, siendo en parte objetivos y, en parte, subjetivos.

I. *Fundamento objetivo de la punibilidad absoluta*

— § 80 —

I) El fundamento objetivo de toda punibilidad es la existencia de una realidad fáctica que sea comprendida bajo la conminación de