



PAUL JOHANN ANSELM VON FEUERBACH

---

LA LEY PENAL Y SU APLICACIÓN



2015



**PAUL JOHANN ANSELM VON  
FEUERBACH**

**LA LEY PENAL Y SU  
APLICACIÓN**





*La ley penal y su aplicación* es un fragmento de la obra *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, del famoso criminalista y filósofo Paul Johann Anselm von Feuerbach, publicada en Giessen el año 1801. El título original es *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. La traducción al castellano de la 14ª edición alemana (Giessen, 1847), es de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer (Hammurabi, Buenos Aires, 1989).



# ÍNDICE GENERAL

## CAPÍTULO I DESARROLLO DE LOS PRIMEROS PRINCIPIOS DEL DERECHO CRIMINAL

1. 1. Necesidad de una coacción psicológica dentro del estado .....	9
1. 2. Posibilidad de una coacción psicológica de esta naturaleza .....	10
1. 3. Los principios primeros del derecho punitivo .....	13

## CAPÍTULO II NATURALEZA DE LA LEY PENAL Y SU APLICACIÓN

2. 1. Las leyes penales en general y su aplicación .....	14
2.2. Principios especiales respecto de las condiciones y formas de aplicación de las leyes penales .....	16
2.2.1. Fundamento objetivo de la punibilidad absoluta .....	16
2.2.2. Fundamento subjetivo de la punibilidad absoluta .....	18
2.2.3. Fundamentos de la punibilidad relativa en la aplicación de las leyes penales determinadas..	22
2.2.4. Fundamentos de la punibilidad relativa en las leyes penales indeterminadas.....	26
2.2.4.1. <i>Fundamentos objetivos de la punibilidad</i> .....	29
2.2.4.2. <i>Fundamentos subjetivos de la punibilidad</i> .....	31
2. 2. 4. 2. 1. Grado de punibilidad conforme a la intensidad del impulso .....	32
2. 2. 4. 2. 2. Grado de punibilidad conforme a la firmeza del impulso .....	32
2. 2. 4. 2. 3. Grado de punibilidad conforme al ámbito del impulso .....	33
2. 2. 5. Fundamentos de la punibilidad relativa en las leyes concurrentes .....	33





# CAPÍTULO I

## DESARROLLO DE LOS PRIMEROS PRINCIPIOS DEL DERECHO CRIMINAL

### 1. 1. 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 coactivas<sup>(1)</sup> fincando en ello, primordialmente, la *coerción física* del Estado, que pro-

cede 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, solo 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 anticipe 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 solo puede ser de índole psicológica.

### 1. 2. 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 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 pena<sup>(1)</sup>. 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 ley<sup>(2)</sup>.

(1) El fin de la pena no debe confundirse con la intención del que la impone. Cfr. Feuerbach, *Ueber die Strafe als Sicherungsmittel*, p. 43 y ss.

(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 tomo VI del *Mosaischen Rechts-*, Cäsar, *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 Valazé, *Ueber die Strafgesetze*); Püttmann, *De poenis exemplaribus*, en *Opusculos J. Cr.*, n.º 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 legal<sup>(1)</sup>.

- (1) Para el desarrollo detallado de este principio jurídico, Feuerbach, *Ueber die Strafe als Sicherungsmittel*, etc., pp. 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 injuriente en particular<sup>(1)</sup>, porque eso no sería pena, en razón de que no se observa ningún fundamento jurídico para una anticipación semejante; II) Ninguna retribución moral<sup>(2)</sup>, porque esta 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 malhechor<sup>(3)</sup>, porque no hay ningún tipo de derecho para ello; IV) Ningún mejoramiento moral, porque este sería el objetivo de la expiación, pero no el de la pena<sup>(4)</sup>.

*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 peincl. Rechts*, I, § § 13 a 15; Malblanc, *Comment. de poenis ab effectibus defensionis naturalis etiam in statu civili 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, *Ueber 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 ss.

### 1. 3. Los principios primeros del derecho punitivo

#### § 19

De la precedente deducción se derivan los 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 comine 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, solo 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.

[...]

## **CAPÍTULO II NATURALEZA DE LA LEY PENAL Y SU APLICACIÓN**

### **2. 1. Las leyes penales en general y 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 criminales<sup>(1)</sup>.

(1) Feuerbach, Revisión, 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 solo por una especial causa legal.

#### **§ 75**

Siendo la ley válida para todos en iguales casos (§ 74) y siendo la sentencia judicial solo el medio de aplicación de la ley, para que esta sea justa deberá estar determinada por razones legales. Así, una sentencia solo podrá absolver cuando la ley

misma absuelva, y solo podrá condenar cuando la ley condene<sup>(1)</sup> lo que también será necesario para la clase de pena, siendo la misma ley penal vigente la exclusiva causa de decisión<sup>(2)</sup>.

- (1) Ello permite decidir sobre la *transactio pro redimenda vexa*. Al respecto, Böhmer ad 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 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, solo 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, solo 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 solo distintas penas en forma alternativa o una cierta clase de penas sin una completa determinación de su grado<sup>(1)</sup> (ley penal relativamente indeterminada), solo 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 solo la clase, sino



también el grado de la pena, deberá elegirse de entre todas las que reconozca la legislación en general<sup>(2)</sup>.

- (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 Ord. Carolina, art. 104. Cfr. Böhmer, ad art. 105, C.C.C., § 2.

## 2.2. Principios especiales respecto de las condiciones y formas de aplicación de las leyes penales

Feuerbach, *Revision*, 2ª parte, Caps. VI y VII. L. H. v. 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.

(v. Globig), *Entwurf eines Maasstabes der gesetzl. Zurechnung und der Strafverhältnisse*, Dresd., 1808.

Kleinschrod, *Grundzüge der Lehre von der Zurechnung der Verbrechen*, en *N. Archive des Criminalrechts*, t. I, cuad. 1, n.º 1.

Ch. J. Stelzer, *Ueber 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.

## 2.2.1. 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 una ley penal (§ 20). II) Una acción que no caiga bajo ninguna ley penal no es punible ante el tribunal de derecho externo<sup>(1)</sup>. Una acción cae bajo una ley penal únicamente cuando presenta las características que están contenidas en el concepto de la acción a la que la ley asocia la pena como consecuencia jurídica.
- (1) Hay una punibilidad civil de las acciones en la imaginación del legislador, que naturalmente no presupone ninguna ley penal, pero de ella no es de lo que se discurre aquí.

### § 81

El conjunto de las características de una acción o realidad fáctica especiales que están contenidas en el concepto de una determinada clase de acciones antijurídicas se llama el *tipo del crimen (corpus delicti)*<sup>(1)</sup>. La punibilidad objetiva depende de la existencia del tipo de un crimen en general; la aplicación de una ley penal dada, de un determinado caso del respectivo tipo, que presupone la ley aplicable como condición de su consecuencia jurídica.

- (1) De la palabra *Tatbestand* se sirven también con otros significados en los que jamás debería usarse por los doctrinarios del derecho. Cfr. Böhmer, ad. art. 6 C. C. C., § 10; Klein, *Grunds. d. peinl. R.*, § 68; también véase Kleinschrod, en Archiv, III, 1, 3; C. G. Biener, *delibata quaedam de corpore delicti capita*, Lips., 1801; Stübel, *pr. de perversa interpretatione legum criminalium in constituendo quorundam delictorum corpore*, Viteb., 1798; ante todo el clásico trabajo de Stübel, *Ueber den Tatbestand der Verbrechen, besonders der Tödung*, Wittenberg, 1805.

### § 82

El tipo del crimen es diferente, según su diferente conceptualización legal. Habitualmente pertenece al tipo: I) Un determinado resultado ilícito de la acción<sup>(1)</sup>; pero también frecuentemente, II) Ciertos fundamentos subjetivos (que fincan en el ánimo del criminal) de la acción antijurídica, sea una cierta intención<sup>(2)</sup> o una cierta forma de determinación de la voluntad<sup>(3)</sup>. III) Las características establecidas de la acción exterior siempre pertenecen al tipo de un crimen.

- (1) Hay infracciones en que este no pertenece al tipo del delito, como en el crimen tentado.
- (2) Por ejemplo, en el robo *animus lucri faciendi*.
- (3) Así, por ejemplo, el concepto de homicidio depende de que la muerte se haya causado bajo el efecto de la emoción. Cuando una ley abarca al dolo de modo tan necesario en el concepto del crimen que un crimen culposo de esta clase sea imposible o que pierda su denominación, también el dolo pertenecerá al tipo del crimen. Pero entre los crímenes que también puedan cometerse culposamente no se puede contar al dolo en el tipo. En tal caso será, al igual que la culpa, una causa que determina el grado de punibilidad.

## § 83

Puesto que la punibilidad de una acción especial está condicionada por la existencia del tipo de un crimen, pero la existencia jurídica de una acción depende de la prueba jurídica de la misma, un súbdito no podrá ser penado si la prueba legal de la acción que cae bajo una ley penal y de la que se le inculpa fuese incompleta, como tampoco cuando la acción probada no caiga bajo la ley penal<sup>(1)</sup>. Por ende, la pena con prueba incompleta es antijurídica, tanto si se aplica la pena legal como si se aplica una pena atenuada (extraordinaria)<sup>(2)</sup>.

- (1) En los Estados en que decide el jurado, sin aplicación de ninguna teoría legal determinada sobre la prueba del hecho, la prueba legal está configurada por las certezas subjetivas coincidentes de los jurados reunidos. Cfr. Feuerbach, *Ueber d. Gerichtsverf. und das gerichtliche Verf. Frankreichs*, etc., Giessen, 1825, pp. 404-408
- (2) Recientemente se ha sostenido, sin embargo, que en caso de prueba incompleta no se puede penar, pero se pueden aplicar judicialmente medidas de seguridad, encontrándose al respecto muchos ejemplos en las *Hallischen Rechtssprüche* de Klein. Sobre la punición con pena incompleta, cfr. Weismantel, *Diss. de condemnatione facinorosorum ex indiciis*, Erf., 1791; Holzshuher, ab Harrlach, *De poena extraordinaria deficiente plena criminis probatione neitiquam decernenda*, Altorf, 1799; Kleinschrod, *Ueber die Wirkungen eines unvollkommenen Beweises in peinl. Sachen* (en las *Abhand. aus d. peinlichen Rechts und p. Proc.*, I, 1, 7). Y especialmente en los escritos con motivo de la *Hallischen Preisaufgabe* de Eisenhardt, Bergk, Zachariäe y Vezin, en el Archiv de Klein y Kleinschrod, en los tomos III y IV. Sobre esto: Jarke, Bern, über d. Lehre v. unvollst. Beweis, vornämlich in Bezug auf. d. *ausserordentl. Strafen* (*N. Archiv.*, VIII, n. ° 18).

## 2.2.2. Fundamento subjetivo de la punibilidad absoluta

## § 84

Dado que el fin esencial de la ley penal no es otro que impedir las lesiones jurídicas mediante injerencia en el potencial volitivo, la aplicación de toda ley penal estará condicionada a la existencia de una voluntad ilícita, como causa (intelectual, psicológica) del crimen. La relación de un hecho punible (objetivo) (como efecto) con una determinación de la voluntad del autor contraria a la ley penal (como causa de la misma), se llama imputación y el estado (exterior e interior) de una persona, en virtud del cual pueda imputársele un hecho, *imputabilidad*. La imputación determina la *culpabilidad* (lo culpable)<sup>(1)</sup> como fundamento subjetivo general de la punibilidad.

- (1) Culpas, en el sentido amplio de la palabra, conforme al uso romano de la lengua (Hasse, cit., p. 65 y ss.) y, en la más nueva terminología filosófica, *reatus*.

## § 85

Para la existencia de la imputación se requiere: I) Que el crimen como exterioridad (inmediata o mediata) tenga su fundamento en el potencial volitivo de la persona; II) Que la determinación de la voluntad (negativa o positiva) que sea causa del crimen, también internamente, esto es, en el ánimo del autor, contrarie la ley penal, para lo cual el mismo: 1) deberá conocer el crimen y su punibilidad<sup>(1)</sup>, 2) como también hallarse en un estado en que pudiese determinar su voluntad conforme a la ley penal y,

de igual forma, 3) haber emprendido u omitido<sup>(2)</sup> una determinación de voluntad que haya sido causa del crimen.

- (1) La especial conciencia de la ley, en su aplicación al caso presente de infracción, no es una condición general de la inculpación, sino que corresponde únicamente al dolo y a la culpa inmediata (§ 56,1).
- (2) Esto no solo es aplicable en los crímenes de omisión, sino también en los crímenes comisivos (en los casos determinados en los § § 56, II, y 57) cuando su origen es imputable a culpa mediata.

## § 86

Debe presumirse jurídicamente que toda persona dotada de razón conoce en general las leyes penales<sup>(1)</sup> puesto que el hombre está dotado por la naturaleza, por un lado, de arbitrio y, por otro, de poder de conocimiento y, por ende, para reconocer tanto la relación de su determinación de voluntad con la ley, como para reconocer también la conexión de su acción con sus consecuencias. Por consiguiente, es norma admitir la imputabilidad y considerar imputables sus acciones, en tanto no resulte lo contrario de especiales circunstancias fácticas<sup>(2)</sup>.

- (1) L. 9, pr. *D. de juris et facti ignor.* L. 12, C. cód. *Constitutiones principum nec ignorare quemquam, nec dissimulare permittimus.* Esta regla vale sin excepciones en aquellos crímenes que son de derecho de gentes, es decir, acciones que ya de por sí son antijurídicas o moralmente dañosas, que ya *naturali ratione* deben ser consideradas como no permitidas. De este modo, aquellas personas que serían alcanzadas por la ignorancia del derecho no se benefician de la *ignorantia juris* a su respecto. En las acciones que únicamente son crímenes en razón de especiales leyes de un Estado determinado (*jure civili*) (a ellas pertenecen todas las puras contravenciones de policía), la ignorancia del derecho beneficia muy bien a las personas recién mencionadas, L. 7, § 4, *D. de jurisd.* L. 38, § § 2, 4, 7, *D. ad L. Jul de adult.* L. 2, C. *de in jus voc.* L. 4, C. *de incest.*
- (2) Ordenanza Carolina, arts. 151 y 152.

## § 87

La general presunción jurídica de imputabilidad no abarca la presunción de una determinada forma de inculpación (*dolus* o *culpa*), las que sin requerir una forma directa especial de prueba, en cada caso se juzgarán conforme: I) A la característica de la acción en sí misma.; II) A la conexión más próxima o más lejana de la misma con el correspondiente resultado antijurídico, cuando tal resultado pertenezca al crimen; y, finalmente, III) Conforme a las circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores de la acción<sup>(1)</sup>.

- (1) De esta forma se unifican la L. 1 *ad L. Corn. de sic.*; L. 24, C. *ad L. Corn. de fals.*; L. 5 de inj. con la R. A. de 1594, § 69, y con ello retoma la Const. su *praesumptio doli* recogida en el § 60 de anteriores ediciones. Cfr. Wening, en *N. Archiv d. C. R.*, II, 9; Borst, en el mismo, no 21; Tittmann, *Handb.*, t. I, § 94; Martin, *Lehrb.*, § 33, nota 5; sobre el punto de vista contrario: Grolmann, en la *Bibliothek d. p. R.*, T. I, 2, 3; también van Reesena, *Diss. de praesumptione doli in delict.*, Ludg. Bat., 1807.

## § 88

Puesto que toda punibilidad está condicionada por una ilicitud de la voluntad como causa del crimen, la misma quedará necesariamente excluida por la existencia de un estado de la persona que le hubiese cancelado la posibilidad, en general, de actuar conforme a su arbitrio o de determinarse adecuando su arbitrio a las leyes penales<sup>(1)</sup>, siempre que este, no solamente: I) Haya cancelado la posibilidad de una voluntad ilícita en relación inmediata con el hecho antijurídico, es decir, en su ejecución o durante ella (imputación inmediata, por *dolus* o por *culpa*), sino también II) Que el mismo estado excluyente de la imputación inmediata no tenga por causa una voluntad ilícita<sup>(2)</sup>, sea por dolo antijurídico<sup>(3)</sup> o por culpa<sup>(4)</sup>.

- (1) Este es el principio general en que encuentran su causa todos los casos de inimputabilidad, incluso los que se detallan en las leyes positivas. Por lo demás, los casos especialmente enunciados en las leyes solo lo son como ejemplos y se remiten en general al consejo de los doctos.
- (2) C. 7. C. 15, q. 1, c. 3. X. *De his qui filios*. Ord. Carolina, art. 146.
- (3) Por ejemplo, el que se coloca en el más alto grado de embriaguez para asesinar, etc.
- (4) Cfr. supra, § 56, II, y 57.

## § 89

Conforme a los principios de la imputación, no existe culpabilidad, A) cuando la infracción a la ley resulta sin completa intervención de la voluntad. Así, en los crímenes activos, cuando el hecho tenga lugar en un estado en sí mismo no culpable, solo determinado por la fuerza física de la persona<sup>(1)</sup> sea por efecto o no de una culpabilidad ajena<sup>(2)</sup>; en los crímenes omisivos, cuando a la persona por impedimentos externos no culpables o por falta de la fuerza física necesaria le hubiese sido imposible el hacer ordenado<sup>(3)</sup>.

- (1) L. 11, pr., *D. ad L. Aquil.* Ord. Carolina, art. 146.
- (2) El mismo dañado o un tercero, sea dolosa o culposamente, mediante fuerza mecánica (*vis absoluta*) haya sido causa de la infracción.
- (3) L. 3, § 6,7, 10. *D. de Scto. Silan.*

## § 90

De igual forma, excluyen la imputación B) todos los estados del ánimo no culpables, en los que la posibilidad de la consciencia de la punibilidad (la representación de la ley o del juzgamiento de la acción conforme a la ley y a sus consecuencias) quede excluida<sup>(1)</sup>. Conforme a ello, son exculpantes: I) La edad juvenil, o sea, la infancia en forma incondicional, la minoría hasta la pubertad (hasta los catorce años), a condición de que no resulte la imputabilidad de especiales características del hecho o de la persona<sup>(2)</sup>; II) La total ignorancia de la característica jurídica de la acción humana, sea por carencias en los órganos de comunicación psíquica<sup>(3)</sup> o por otras causas independientes del actor<sup>(4)</sup>; ) Una debilidad de la comprensión (torpeza) en virtud de la cual la persona sea incapaz de juzgar la característica jurídica de su acción (imbecilidad)<sup>(5)</sup>; IV) Toda enfermedad del espíritu o del ánimo que anule el uso de la comprensión en general o en relación con ciertos objetos de la imaginación<sup>(6)</sup> y siempre que el hecho tenga lugar durante la enfermedad o como consecuencia

de la misma (delirio, manía, locura, melancolía)<sup>(7)</sup>; V) Todo estado no producido culpablemente, en que el uso de la comprensión esté completamente anulado, sea en general o en especial relación con el hecho que haya tenido lugar, como el justo furor<sup>(8)</sup>, la embriaguez completa inculpable<sup>(9)</sup>, el sueño, la embriaguez del sueño y el sonambulismo<sup>(10)</sup>, fantasmas<sup>(11)</sup>, terror paralizante y similares. VI) Error o ignorancia respecto de la antijuridicidad o peligrosidad de la acción, en tanto que sean jurídicamente admisibles<sup>(12)</sup> e invencibles<sup>(13)</sup>.

- (1) "Juventud u otra debilidad" (Ord. Carolina, art. 179). "Gente que no tenga su sentido" (Ord. Car., art. 150).
- (2) § 18, *J. de obl. ex. del L. 5, in fin., D. ad L. Aquil. L. 23, D. defurt. L. 1, § 32, D. de Scto. Silan. L. 12, D. ad L. Corn. de sic. Clem. un. de homic.* Ord. Carolina, arts. 164, 175 y 179. En los *pubertati proximi* la maldad completa la edad. Cfr. Kleinschrod, *Syst. Entw.*, 1ª parte, § 85, y *Biblioth. d. p. R. T. I*, 1, § 85 y ss.
- (3) Corresponden habitualmente los sordomudos de nacimiento, que no hayan tenido ninguna enseñanza especial. J. P. Kress, *Vom Recht der Taubund Stummgeborenen, Helmst.*, 1765, 1792; (Hymmen), *Beytr. zur für. Literat. in den preuss. Staaten*, T. V, pp. 1-103.
- (4) Por ejemplo, hombres que desde la niñez se han criado como salvajes fuera de la sociedad. Cfr. Böhmer ad. Carpozov, Q. 149, obs. 4.
- (5) Con respecto al grado, no es una cuestión que pueda determinarse en general, sino que depende de la característica del crimen. Como tales también deben ser tratados los cretinos (Wenzel, *Ueber den Kretinismus*, Wien, 1802). La ancianidad no exculpa en tanto no tenga como consecuencia la demencia —infantilismo senil— (la ley aquí tan frecuentemente mencionada —L. 3, § 7, D. de Seto. Sil. — no corresponde en absoluto).
- (6) Conforme a las enseñanzas de diversos médicos, existen enfermedades que respecto del efectivo uso de la razón cancelan absolutamente la posibilidad de arbitrio. (Manía sin locura, *manie sans délire*, *mania occulta*, impulso con voluntad subordinada, es como a este estado se le ha llamado diferentemente). Del mismo modo corresponden: morbosidad del instinto, que determina inevitablemente la voluntad al crimen (instinto de robo, de muerte, el crimen por antojo de la embarazada y similares. Cfr. Hoffbauer, en *N. Archiv d. C. R.*, T. I, cuad. 4, no 27). La referida teoría es sumamente dudosa y discutible en la actualidad, y en lo que respecta a los antojos criminales patológicos, no merecen ninguna consideración jurídica si debe resultar consecuente que toda justicia criminal tenga un fin. Martin (*Lehrb.*, § 40, III) recoge demasiado estos instintos en general y, consecuentemente, no podría penar ningún crimen de la carne. Solo cuando el instinto va simultáneamente unido a desorden psíquico podrá cancelar la punibilidad.
- (7) L. 5, § 2, *D. ad L. Aquil. L. 40, D. de R.J. L. 9, § 2. L. 9, § 2, D. de L. Pomp, de parr. L. 12, D. ad L. Corn. de sic.* Ord. Carolina, art. 179. Sobre el concepto y esencia de estos estados del ánimo: Arnold, *Ueber d. Natur des Wahnsinns*, Leipzig, 1784; Hoffbauer, *Unters. Ueber die Krankh. d. Seele*, 2ª parte, Halle, 1802, 1803; Henke, en las *Abhand. aus d. gerichtl. Medicin*, T. II, n.º 4, y en las *Zeitschrift für Staatsarzneyk*. T. I, p. 267; Schmid, en *Hufeland Journal d. prakt. Arneyk.*, XI, 3, 9 Heinroth, *Lehrb. der Störungen des Seelenlebens*, T. II, Leipzig, 1818; Platner, *Unters. Ueber einige Hauptcapitel der gerichtlichen Arzneywissenschaft.*, Leipz., 1820; Neumann, *Die Krankheiten der Vorstellungsvermögens*, Berl., 1822; Mittermaier, de *alienationibus mentis, quatenus ad jus criminale spectant.*, Heidel., 1825; Amelung, *Betr. ueber die Grenzen der Zurechnungsfähigkeit* (en *Henke's Zeitschr.*, T. VII, cuad. 1, no 3); Clarus, *Die Zurechnungsfähigkeit d. Mörders Woyzeck*, Leipz., 1824, y sobre el mismo los escritos de Marc y Heinroth; Clarus, *Beytr. zur Erkenntniss u. Beurth. zweifelhafter Seelenzustände*, Leipzig, 1828; Heinroth, *De facinore aperto ad medicorum judic. non deferendo*, Leipzig, 1830; E. Regnault, *Das gerichtl. Urtheil d. Aerzte über Zweifelhafte psychische Zustände*, con un apéndice de F. Nasse, Cöln, 1830; Jarcke, *Ueber d. Zurechnung u. die Aufhebung ders. durch unfreye Gemüthszust.*, Berl., 1829; en contra: F. Gros, *Entw. e. philos. Grundl. f. d. Lehre von d. Geisteskrankheiten*, Heidelberg., 1828, y del mismo *Scepticismus in der Freiheitslehre*, etc., Heidelberg, 1830. V. también Grolmann, *Ueber d. psychol. Momente, welche eine Milderung oder Aufhebung d. Zurechnung bedingen* (N. Archiv, IX, n.º 8); v. Weber, *Von d. Freiheit des Willens* (N. Archiv, X, n.º 17); Feuerbach, *Aktenm. Darst. merkw. Verbrechen*, T. I, 12.
- (8) Westphal, *Grundr. von d. rechtl. Beurtheilung der aus Hitze des Zorns unternommenen Handlungen*, Halle, 1784; Henke, *Abhandl. aus der gerichtl. Med.*, II, 302. Sobre la diferencia entre emoción y pasión, Maas, *Ueber die Leidenschaften*, 1ª parte, p. 57 y ss.
- (9) C. 7, c. 15, q. 1. *Stübel, Grundr. zu den Vorles.*, § 153, nota f; Feuerbach, *Aktenm. Darst.*, II, n.º 12.

- (10) J. C. Meister, *Urtheile und Gutachten in peinl. Fällen*, n.º 1; *Moriz Magazin z. Erfahrungsseelenkunde*, VI, 3, 76, VII, 1, 74; Henke, *Lehrb. der Strafrechtsw.*, § 61.
- (11) Eisenhart, *Erz. bes. Rechtshändel*, T. I, n.º 2; Kleinschrod, en *N. Archiv d. C. R.*, t. II, n.º 20.
- (12) V. *supra*, § § 86 y 88. Rosshirt, *In welchen Fällen entschuldigt Unkenntniss des Rechts* (N. Archiv d. C. R., IX, n.º 19).
- (13) Aquí corresponden también, entre otros, cuando la ignorancia tiene su causa en la falta de los órganos de los sentidos requeridos. L. 3, § § 8 y 9. D. de Set. Sil. V. *supra*, § § 57 y 58.

## § 91

C) Finalmente, pertenece a esta categoría el estado no culpable de la persona en que, incluso con consciencia de la ley penal, estuviere anulado el posible efecto de la misma sobre el impulso. Este es el caso<sup>(1)</sup>: I) En que el hecho haya sido cometido en estado de tribulación presente para el que la resistencia humana no estuviere normalmente desarrollada, siendo el único medio de alejarlo<sup>(2)</sup>, o II) En un peligro actual e inminente para la vida o para otro bien personal irremplazable, como único medio de salvación<sup>(3)</sup>, sea que la persona se encuentre en este peligro por mero accidente<sup>(4)</sup> o por la coerción antijurídica de “otro (amenazas de hecho, *vis compulsiva*)”<sup>(5)</sup>.

- (1) La disposición de las anteriores ediciones era demasiado general e indeterminada. Todo remite al “metus” (o, como c. 6, X, *de his quae vi expressa, “violentia” qui (quae) salutis periculum, vel corporis cruciatum contineat*. L. 3, C. *de transact.*
- (2) Por ejemplo, el hurto de alimentos, en un caso de estado de necesidad por hambre, en que la angustia por el hambre de la mujer y de los niños equivale al propio sufrimiento físico. Ordenanza Carolina, art. 166. Además, tormento, prisión y similares, para presionar a revelar secretos; coacción sobre una persona para que cometa incesto, etc.
- (3) No encuentra aplicación cuando la infracción se cometa mediante lesión a un especial deber jurídico, para sacrificar la vida o la salud, como en el caso de Scti. Silaniani (L. 1,2. D. *de Scf. Sil.*) y en los soldados en servicio.
- (4) Necesidad por incendio, inundación, etc.
- (5) Sea por la forma en que el coaccionante hace al otro objeto de una lesión jurídica, en cuyo caso el derecho de necesidad con la defensa necesaria caen conjuntamente en la misma situación, o sobre el modo en que la fuerza es aplicada para abusar del forzado como medio para la comisión de un crimen.

### 2.2.3. Fundamentos de la punibilidad relativa en la aplicación de las leyes penales determinadas

Tiraquellus, *De poenis legum ac consuetudinum statutorumque temperandis aut etiam remittendis*, Venett., 1560, y en *Opp.*, t. VII.

C. G. Strecker, *Diss, de potestate iudicis poenas in delicta statutas mitigandi*, etc., Erf., 1773.

P. J. Heisler, *Diss, de justis poenas mitigandi causis in criminibus*, Hal., 1752.

G. B. Hoffmann, *Diss, de poena ordinaria nonnunquam mitiganda*, Lips., 1762.

Fr. Ziegler, *Theorie der Strafschärfung*, Helmst., 1806.

F. X. Reindl, *Ueber Schärfung u. Milderung der Strafen*, Landshut, 1811.

## § 92

En ciertas leyes penales, en que el mismo legislador ha asociado un determinado mal a una determinada acción, conforme a su propio juicio del grado de punibilidad de la acción en general (en abstracto), la magnitud de la punibilidad de la acción que cae bajo esas leyes será juzgada directamente por la ley y no conforme a los principios generales (§ 76).

## § 93

Cuando en esos casos se presenten las características del crimen particularmente determinadas por la ley, sin que una causa jurídica de mayor jerarquía determine la necesidad de una excepción a estas leyes, corresponderá necesariamente aplicar en forma inalterada la pena legal.

## § 94

Pero cuando se presenten causas jurídicas que excluyan la ley penal determinada como principio de juzgamiento de la punibilidad de una acción en la que se presenten las características legales, se impondrá una alteración de la pena. Esta es la determinación del quantum (magnitud) del mal penal legalmente establecido de las distintas penas para uno de los casos abarcados por la ley, pudiendo consistir en una agravación de la pena (*exasperatio poenae*) o en una atenuación de la misma (*mitigatio poenae*).

## § 95

Por consiguiente, una causa de atenuación de la pena únicamente será jurídica si corresponde a la naturaleza misma de la ley penal o si está contenida en la declaración expresa de la ley.

## § 96

De allí que no exista ninguna razón jurídica para la agravación de la pena en la aplicación de cualquier ley en particular<sup>(1)</sup>, porque dentro del Estado, toda pena jurídica presupone una conminación legal (§ 20), y exceder, como la agravación supone, la suma total de los males legales es algo no contenido en la conminación legal<sup>(2)</sup>.

Por ello, el aumento de la punibilidad de la acción in concreto no puede jamás fundar una agravación cuando no es admitida una valoración judicial del grado de punibilidad, debido a que ya fue el legislador quien determinó en forma general y positiva el grado de punibilidad de la acción (§ 92)<sup>(3)</sup>.

- (1) En contra, junto con todos los criminalistas antiguos, actualmente, Bauer, *Lehrbuch d. Strafr.*, § § 135-137.
- (2) Completamente diferente es cuando concurren leyes en que el complemento agravante es solo una parte de la pena ordinaria de otra ley o de la misma ley pluralmente aplicada. Cfr. Gros, *Diss. de notione poenarum forensium*, § 18; Feuerbach, *Rev.*, 1ª parte, pp. 333 y ss.
- (3) Usualmente son causas extraordinarias de agravación: 1) La especial maldad en la ejecución de la resolución; 2) El grado de libertad especialmente alto, y 3) Un daño extraordinariamente grande. Cfr. Klein, *Peinl. Recht.*, § 164.



## § 97

Como causas jurídicas generales de atenuación (*causae mitigandi communes*) cabe destacar: A) En virtud de la naturaleza de la ley penal, la falta de tipo, cuando la lesión jurídica que haga a la esencia del crimen se haya consumado parcialmente, pese a que otra característica punible<sup>(1)</sup> que pertenezca al concepto completo del crimen no exista o no sea jurídicamente cierta, puesto que la pena completa corresponde a todas estas características legales tan solo cuando se presentan conjuntamente. Por ende, cuando se presenta una característica, pero no otra, la acción no es del todo impune, porque la presencia de la característica punible cae bajo la ley, pese a no ser tampoco totalmente punible, dado que no se dan las condiciones para la totalidad de la pena legal<sup>(2)</sup>.

- (1) Sea: 1) Declarada expresamente como tal por la ley, o 2) Demostrable mediante interpretación
- (2) La falta de una determinación más precisa en las anteriores ediciones (§ 96) y la consecuentemente excesiva generalidad de la frase, como también ejemplos no afortunadamente seleccionados, motivaron las objeciones de Mittermaier en *N. Archiv*, t. III, no 16; no obstante, este va demasiado lejos, porque rechaza todo. Cuando A para robar a una persona la golpea, amenaza, amordaza, pero nada encuentra que pueda llevarse; cuando B, para satisfacer su placer sexual, fuerza fácticamente a una muchacha, para constreñirla al coito, pero por azar la *inmissio seminis* es dudosa; cuando una mujer, para matar a su hijo nacido viable, lo maltrata físicamente, causándole peligrosas lesiones, no obstante lo cual es dudoso que el niño muera como consecuencia de las lesiones, todas estas acciones no podrán ser consideradas ni como impunes ni como tentativas, puesto que en todos estos casos la lesión jurídica misma ya se habrá consumado, en cuanto a sus momentos capitales. Y si una mujer le quita la vida a su hijo extramatrimonial, inmediatamente después del parto y comprobadamente en forma intencional, pero sin ocultar su embarazo y, consecuentemente, sin la premeditada intención de ocultar mediante la muerte del niño el coito previo, tal como la ley prevé, ¿qué es esa acción?, ¿no es ningún crimen?, ¿es acaso una tentativa?, ¿o qué es entonces?, ¿y conforme a qué reglas debe ser penada, si no es conforme a esas?

## § 98 (a)

La carencia de tipo no opera como causa de atenuación cuando: 1) La característica faltante o dudosa condiciona en general la punibilidad del hecho<sup>(1)</sup>. 2) Cuando la misma sea de tal calidad que, de no existir, haga que el hecho, en virtud de las restantes características, corresponda a la naturaleza de otro crimen legalmente determinado<sup>(2)</sup>.

- (1) Por ejemplo, acciones mortíferas, pero sobre un nacido muerto o sobre un niño no viable; falsa declaración, perjurio, pero no falso a sabiendas.
- (2) Por ejemplo, apoderamiento antijurídico de una cosa, pero no con ánimo de lucro, sino para destruirla y ocultar la verdad.

## § 98 (b)

El grado de atenuación de la pena en los referidos casos se rige conforme al grado de importancia de la característica legal faltante. La pena disminuye en cantidad en la medida que la característica faltante aumenta la punibilidad; disminuye menos cuanto menor sea el aumento de la punibilidad, y más, cuando su existencia sea de peso.

## § 99

- B) La legislación positiva considera como causas generales de atenuación: 1) Cuando el criminal, aparte de la pena por la coerción estatal<sup>(1)</sup>, ya haya sufrido otro mal en relación con su infracción<sup>(2)</sup>, particularmente en el caso de una prisión<sup>(3)</sup> no culpable notoriamente prolongada o muy severa; 2) Cuando el causante del crimen fuese un menor y el hecho se hubiese cometido por atropellamiento juvenil<sup>(4)</sup>. Si exhibiese en su hecho un mayor grado de reflexión y de impulsos antijurídicos ya arraigados (cumplimentando la malicia de la edad adulta) se descartará la causa legal de atenuación<sup>(5)</sup>.
- (1) Conforme a Klein (*Grundsätzen* d. p. R., § 174) debe atenuarla pena "el sufrimiento que al criminal causa el crimen mismo". Stelzer (*Grunds. d. p. R.*, p. 204), cree que la pérdida del beneficio que el crimen reporte al criminal disminuye la pena. En contra, Kleinschrod, *Syst. Entw.*, 2ª parte, § 82.
  - (2) L. 23, C. de poenis. *Omnes quous damnationes conditio, diversis exiliis destinatos, metas temporis praestituti in carceris implese custodia deprehenderit, solutos poena vinculisque laxatos, custodia liberari praecipimus, nec formidare miserias ullius exilii. Sit satis immensorum cruciatum semel luisse supplicia.* L. 25, D. de poenis. *Si distino tempore aliquis in reatu fuerit, aliquatenus poena ejus sublevando erit. Sic enim constitutum est, non eo modo puniendos eos, quo longo tempore in reatu agunt, quam eos, qui in recentis sententiam excipiunt.* Que aquí "reatus" indica el tiempo de la investigación, resulta ya de las palabras finales de la ley. En este sentido debe entenderse también "reatus" en la L. 11, D. ad Leg. Jul. Maj. Cfr. Kleinschrod, loc. cit., § 101.
  - (3) J. Chr. Kaulfuss, *Diss. de carcere diuturno poenam criminalem temperante*, Erf., 1742. Según la opinión de algunos doctrinarios, la pena de muerte no debe atenuarse por ello. Westphal, C. R., nota 37; Pufendorf, proc. crim., C. 25, § 37; Oersted, *Grundreegen*, p. 390. Con razón, en contra, Hommel, *Rhaps.*, obs. 100; Quistorp, 1ª parte, § 112. No es concebible que por esta razón se atenúe la pena privativa de libertad perpetua. Klein, op. cit., § 174; Hurlebusch, en los *Beytr. zur Civil- un Cr. Gesetzgeb.*, I, II, n.º VIII.
  - (4) No conforme al derecho romano, como resulta de la L. 1, C. advers. del. y L. 14, D. ad Set. Silan. Esta determinación proviene de la Ord. Carolina (art. 164) en combinación con el art. 179.
  - (5) Ord. Carolina, art. cit.

## § 100

Los doctrinarios también admiten como causas de atenuación las siguientes: I) La disminución del grado de punibilidad de la acción en concreto<sup>(1)</sup>, punto de vista conforme al cual corresponde disminuir la pena cuando: 1) El hecho estuviese motivado en una intención extraordinariamente buena<sup>(2)</sup>; 2) Cuando en la comisión del hecho haya estado limitada la autodeterminación de la voluntad de la persona. Cada circunstancia, de la cual puede concluirse una limitación a la libre voluntad, como debilidad del entendimiento<sup>(3)</sup>, alteración<sup>(4)</sup>, oportunidad<sup>(5)</sup>, etc., importan una atenuación de la pena. Solo esta causa se opone tanto a la ley<sup>(6)</sup> como a la naturaleza de las leyes penales determinadas. Tampoco puede ser tenido por criminal cuando ha causado el hecho como consecuencia de la sobredeterminación de la alteración o emoción. En estos casos la ley penal, correctamente entendida, nunca puede tener aplicación<sup>(7)</sup>.

- (1) Expuesto inmejorablemente por Kleinschrod, *Syst. Entw.*, 2ª parte, cap. V, §§ 55-56, y Stübel, *peinl. Recht*, 2ª parte.
- (2) Klein, *peinl. R.*, § 172.

- (3) F. A. Hommel, *D. de temporandis poenis ob imbecillitatem intellectus*, Lips., 1755.
- (4) Westphal, *Grundsätze von rechtlicher Beurtheilung der aus Hitze des Zorns unternommenen Handlungen*, Halle, 1784.
- (5) Püttmann, *Pr. delinquendi occasio, an et quatenus delictum ejusque poenam minuat*, Lips., 1786, en *Opusc.*, n.º 4.
- (6) L. 1, § 2, 3, 4 ad Scto. Turpill. *Facti quidem quaestio in arbitrio est judicandis, poenae vero persecutio non ejus voluntati mandatur, sed legis auctoritati reservatur*. L. 14, *D. de Set. Silan.* L. 8, *C. ne sanctum baptisma.* L. 8, § 2, *C. ad L. Jul. de vi publica*. Cfr. Feuerbach, *Revision*, 1ª parte, Cap. I.
- (7) En detalle está cada causa de atenuación en Feuerbach, *Diss. de causis mitigandi ex capite impositae libertatis*, Jenae, 1799, y en su *Revision*, 1ª parte, p. 150 422. Contra esto, recientemente, Martin en su *Lehrbuch*, § 56, y Bauer en *Lehrbuch*, § 129 y ss. La forma y medida en que cada crimen tiene por fundamento la limitación de la libertad se comprueba prácticamente en la *Aktenmässiger Darstellung merkw. Verbrechen*, de Feuerbach, especialmente en la 2ª parte.

## § 101

También se admiten como causas de atenuación, aunque no unánimemente: II) La buena conducta<sup>(1)</sup>; III) El arrepentimiento<sup>(2)</sup>; IV) La denuncia voluntaria; V) La costumbre<sup>(3)</sup>; VI) El error y la ignorancia respecto de la magnitud de la pena legal del crimen<sup>(4)</sup>; VII) El resultado positivo de la acción<sup>(5)</sup>; VIII) El parentesco del afectante con el afectado<sup>(6)</sup>; IX) La reparación del daño<sup>(7)</sup>; X) La renuncia de los derechos emergentes de la afectación por parte del afectante<sup>(8)</sup>; XI) La compensación<sup>(9)</sup>; XII) El transcurso de la mitad del plazo de prescripción; XIII) La habilidad del autor<sup>(10)</sup>. Ninguna de estas causas se funda en leyes y casi todas contrarían la naturaleza de las cosas.

- (1) B. C. H. Breuning, *Quaest. an vitae bene actae probatio sit inculpati argumentum*, Lips., 1778.
- (2) Kleinschrod, cit., § 148-152.
- (3) Püttmann, *De delictis, quae consuetudine excusantur in Miscell.*, Cap. XXVIII.
- (4) A. Fr. Schott, *Diss. de ignorantia populi circa poenas*, Lips., 1788.
- (5) Kleinschrod, 2ª parte, § 65-87.
- (6) Quistorp, *Beytr. n. Archiv*, n.º 31.
- (7) Esta, como las causas de atenuación IX y X, podrían ser puras *caus. mit. propriae*.
- (8) Engau, *Diss. de transactione cum laeso inite poenam criminalem temperante*, Jen., 1746; Hommel, *Diss. de transactione super omittenda criminis capitalis accusatione actori illicita*, Lips., 1750; Kleinschrod, cit., 2ª parte, § 87-92.
- (9) Kapf, *De compensatione circa maleficia*, Tüb., 1778.
- (10) Püttmann, *An et quatenus reorum in remp. merita in causis levandae poenae numeranda sint*, en *Opusc. Jur. Crim.*, n.º XI.

### 2.2.4. Fundamentos de la punibilidad relativa en las leyes penales indeterminadas

Feuerbach, *Revision*, 2ª parte. Sus puntos de vista son seguidos por Grolmann, *Ueber die Begründung des Strafrechts*, cap. III, pp. 118-187; Gros, *Lehrb. des phil. Rechtsw.*, Tüb., 1801, § 385 y ss., § 391 y ss.; Stübel en su *Grunds. zu Vorl. über den allg. Theil d. peinl. Rechts*, y otros.

Para las teorías opuestas: Kleinschrod, *Syst. Entw.*, 1ª parte, Cap. IV, § § 43-206; Stübel, *Syst. d. peinl. R.*, 2ª parte; Klein, *Vorläufige Bemerkungen über die Zurechnung der Verbr. zur Strafe*, en *Archiv*, II, 4, 4, y otras pequeñas contribuciones en *Archiv*, Thibaut, *Beytr.*, p. 36 y ss.; Henke, *Ueber d. Grenzen d. richterl. Willkür bey Best. arbiträrer Strafen*, en sus *Criminalist. Vers.*, Berl., 1807; J. J. Santen, *Versuch die Grösse der Verbrechen und das Strafmaass in jedem Falle nach einem sichern Verhältnisse zu bestimmen*, Rostock, 1816; Martin, *Lehrbuch*, pp. 125-137.

### § 102 (a)

Toda vez que la pena que merece un crimen contenido por una ley penal indeterminada no pueda ser conocida en forma inmediata partiendo de la ley, corresponderá al juez determinar adecuadamente el grado de punibilidad en los casos particulares, dentro del ámbito librado a su criterio (§ 78). La tarea del juez en la aplicación de una ley penal indeterminada consistirá, pues, en buscar la pena que hubiese correspondido a cada una de las conductas en ella conceptuada como lo hubiese debido hacer el legislador mismo si las hubiese querido conminar particularizadamente (en su especialidad) con una pena determinada.

### § 102 (b)

Ahora bien, los principios conforme a los cuales puede juzgarse la magnitud de la punibilidad en la idea del legislador son, conforme a la diferencia de sus fuentes de conocimiento, de dos clases, según sean positivos o generales: I) Cuando el legislador mismo, sea en general<sup>(1)</sup> o en referencia particular al crimen conminado indeterminadamente<sup>(2)</sup>, haya proporcionado el criterio conforme al cual deba establecerse la magnitud de la punibilidad en concreto, este momento positivamente determinado deberá aplicarse prioritariamente a cualquier otro —en tanto sea suficiente<sup>(3)</sup>— como criterio para juzgar la magnitud de la punibilidad del crimen en concreto<sup>(4)</sup>. II) Pero, en la medida que estas determinaciones positivas no se hayan dado<sup>(5)</sup>, habrán de servir de fundamento a la valoración judicial directamente los principios jurídicos generales (o sea, los que se deducen de la naturaleza de la pena y de la ley penal)<sup>(6)</sup>. A este efecto son necesarias las doctrinas que siguen.

- (1) Con excepción de algunos puntos, como la relación de dolo y culpa, de tentativa y consumación, de complicidad y autoría, etc., el derecho común no conoce tales normas generales, pero sí lo hacen particulares legislaciones criminales, como la austríaca (ley sobre crímenes, § § 36-40), el Código Penal bávaro (arts. 90-94) y casi todos los otros nuevos códigos penales. Por cierto, algunos afirmarán ahora que esto —y cualquier determinación conceptual y de principios—, especialmente en lo que se conoce como "parte general", es un mal en la legislación penal (!).
- (2) Los ejemplos de esta clase son muy raros. Como más abarcativo se da el art. 160 de la Ord. Carolina, con tales criterios para la punición de grandes robos, aunque no fuesen agravados: "Y en tales casos ha de tenerse en cuenta el valor de lo robado, como también si el ladrón era al respecto conocido o habitual".

- (3) La mayoría de las veces, las leyes dan uno y otro momento, a modo de interpretación y de ejemplo. Así, el art. 125 de la Ord. Carolina, “grandes daños o escándalo”; el art. 127, “conforme a la oportunidad de la ejecución peligrosa”, etc., dejando el resto librado, tanto en el significado como en el alcance de los mencionados momentos, “al criterio jurídico de los hombres de derecho”.
- (4) A este primer punto pudieron formularse reproches con razón en anteriores ediciones, pero los mismos ahora no son pertinentes.
- (5) Este es el caso cuando la ley calla completamente al respecto, o bien cuando solo se refiere a la punibilidad del crimen en sus distintos momentos con expresiones generales, como el art. 113 de la Ord. Carolina (“conforme a la oportunidad y forma de la infracción”), el art. 114 (“conforme a la oportunidad y cuantía, forma y peligrosidad de las cosas y personas”), el art. 127 (“conforme a la magnitud y oportunidad de su entuerto”), el art. 177 (“según los casos”), etc.
- (6) Cfr. Thibaut, *Bayträge zur Kritik der Feuerbachischen Theorie*, pp. 60-71; F. Henke, *Crim. Vers.*, t. I, p. 40 y ss.; Martin, *Lehrbuch* (§ 58 y ss.) debe, bajo los anteriores presupuestos, considerar a la analogía como la norma del espíritu de las leyes criminales positivas existentes en el Estado. Esto se admitiría siuviésemos, para el derecho común, un espíritu consciente o al menos unívoco, al que respondiese la legislación en un cuerpo uniforme. Puesto que, por el contrario, nuestro derecho común proviene de muy diferentes cuerpos, que concurren en él, teniendo cada uno su propio y completo espíritu, y dado que en cada cuerpo legal, en gran parte, se integran concurrentemente fragmentos provenientes de diferentes épocas, la mayoría de los cuales a su vez es dominada por sus propios elementos espirituales, que en sus objetivos y puntos de vista (que raramente son claros y conscientes) frecuentemente se contradicen entre sí, resulta imposible extraer conjuntamente de tales elementos —por medio de la analogía o de la mera abstracción— normas unívocas o solo satisfactorias por su coincidencia para el uso práctico, cuando no se quiere adoptar la ayuda de una teoría general para eliminar las contradicciones aparentes y llenar los huecos. La objeción de que de los principios generales no puede esperarse ninguna convicción unívoca, como consecuencia de que el derecho debe rendir alabanza a los cambiantes vientos de las teorías, es un reproche que no corresponde a las teorías, sino a la legislación misma en todos los casos en que torna necesario el “consejo de la jurisprudencia”, cuando en forma natural el derecho debiera seguir su propia convicción, es decir, adoptar su propia teoría. De cualquier forma, una teoría coherente no es una norma tan insegura como lo es una vacilante analogía, siempre determinada incluso por puntos de vista personales, o un así llamado espíritu, que cada uno percibe conforme a las características de sus propios ojos, o bien no percibe en absoluto.

### § 103

El fundamento jurídico general de la existencia de todas las penas civiles es la necesidad de conjurar un peligro para la situación jurídica. De allí que la magnitud del peligro sea el criterio para la magnitud de la pena, y el consiguiente principio, según el cual cuanto mayor sea la peligrosidad de la acción para la situación jurídica, mayor será la punibilidad civil<sup>1</sup>.

(1) Cfr. Revisión, 2ª parte, p. 440 y ss.

### § 104

Por ende, la magnitud de la punibilidad será juzgada conforme a las siguientes reglas: mayor será la punibilidad: I) Cuanto más importante sea el derecho contra el que el peligro se haya dirigido; II) Cuanto mayor sea el número de lesiones jurídicas a que se haya dirigido; III) Cuantas más sean las razones que funden la probabilidad y efectiva producción de la lesión jurídica; IV) Cuanto más duradera sea la causa del peligro operante y cuanto menor pueda ser la neutralización del mismo por otras causas. Así, la magnitud de la punibilidad dependerá de la importancia, del ámbito, de la intensidad y de la permanencia del peligro.

### § 105

La peligrosidad de una acción podrá juzgarse: I) Conforme a las características que de la misma devienen en el mundo sensible (cantidad de la acción), y II) Conforme a las características que deban establecerse atendiendo a las causas psicológicas de la misma (cualidad de la acción). Los fundamentos de la punibilidad que se establecen cuantitativamente se llaman fundamentos objetivos de la punibilidad (*rationes illegalitatis externae*) aquellos que provienen de la cualidad de la misma se llaman fundamentos subjetivos de la punibilidad (*rat. illegal. internae s. subjetivae*).

#### 2.2.4.1. Fundamentos objetivos de la punibilidad

### § 106

Los fundamentos objetivos de la punibilidad dependen: I) De los objetos a los que la acción se dirija; II) De las relaciones de la acción con el resultado ilícito como tal; III) De la clase de eficacia de la infracción.

### § 107

- I) En atención al objeto, una acción será más punible: 1) Cuanto más importante sea el derecho que con la misma se haya lesionado o a cuya lesión se haya dirigido (regla I, § 104), y un derecho será más importante cuanto más insustituible sea, y cuanto más se haya restringido la libertad jurídica con su lesión; y 2) Cuando a mayor número de lesiones jurídicas se haya dirigido o cuanto mayor sea el número de derechos que con la misma se hayan lesionado efectivamente (regla II, § 104).

### § 108

Desde el punto de vista objetivo de la importancia del peligro (§ 107), cuando todo el resto sea igual, resultará la mayor punibilidad: a) De la lesión de derechos originarios frente a la lesión de los adquiridos; b) De la lesión del derecho a la existencia en general, frente a todas las restantes lesiones de derechos originarios; c) De la lesión de la integridad de las fuerzas frente a la mera perturbación pasajera del uso de la libertad; d) De la perturbación pasajera del uso de la libertad (lesión a la libertad) frente a una mera injuria al honor.

### § 109

Cuantas más personas sean lesionadas en sus derechos, tanto más lesionados serán los derechos. De ello se deduce, desde el punto de vista objetivo del ámbito (de la extensión) del peligro (§ 107), lo siguiente: a) La lesión a un derecho del

propio Estado es más punible que una lesión del mismo derecho en cualquier otra persona b) La lesión contra una colectividad dentro del Estado es más punible que la misma lesión contra un individuo; pero la lesión de alguno de los derechos que corresponden al soberano como mera persona privada se halla al mismo nivel que la misma lesión jurídica contra un súbdito.

### § 110

II) En atención a las relaciones de la acción con el resultado ilícito, la acción será más punible cuanto más íntima haya sido la conexión causal que tuvo lugar entre la acción y el resultado, puesto que más intenso habrá sido el peligro (regla III, § 104).

### § 111

De allí surge que: 1) El crimen consumado es más punible que el emprendido<sup>(1)</sup>; 2) El crimen emprendido será más punible cuanto más próxima a la consumación se haya quedado la acción en que consistió la tentativa<sup>(2)</sup> (§ 43).

- (1) Ord. Carolina, art. 178. Hay una total confusión de la moral y el derecho cuando algunos, como Filangieri (*System der Gesetzgeb.*, t. IV, p. 271) y Servan (*de la législ. crim.*, L. I, sect. 1) sostienen la equiparación del *conatus proximus* y el *delictum perfectum* con el delito consumado (cf. Traug. Thomasius, *D. an poena delicti perfecti ordinaria puniendus sit conatus proximus*, Lips., 1705; Kleinschrod, *Syst. Entw.*, 1ª parte, § 39). No obstante, a veces, la ley equipara expresamente la tentativa con el delito consumado.
- (2) Consumando la acción ya un *crimen completo difetenta* (tentativa calificada), se aplican los principios de la concurrencia de crímenes, debiéndose imponer la pena del crimen consumado agravada.

### § 112

III) Tomando en cuenta la forma de la eficacia se obtiene la relación entre la punibilidad del autor y la de los cómplices. Dado que la punibilidad es mayor cuanto mayores sean las causas que se presenten en una persona como generadora de una lesión jurídica (regla III, § 104), debe ser más punible el autor que el cómplice<sup>(1)</sup>, porque de todas las que son en el fondo causas efectivas del crimen, las del cómplice solo son concausas que aligeran la producción del mismo (§ § 44 y 45).

- (1) Ord. Carolina, art. 177.

### § 113

El autor de un crimen puede ser punible en diferente grado, conforme haya tenido en sus manos más o menos causas para la génesis de la infracción. Conforme a esto: 1) Será más punible que otro cualquiera, el que se asocie con otros para llevar a cabo el hecho; 2) El autor de la gestación de un complot (instigador) y el jefe de la ejecución de un crimen resuelto en común (cabecilla) son más punibles que el participante común, y 3) El autor intelectual —que es el que influye fuertemente en la decisión del autor físico para la realización del hecho— es más punible que quien mediante causas determinantes más débiles haya influido sobre su decisión. Un autor por amenaza o coacción es, por consiguiente, más punible que cualquier otro autor intelectual.

### § 114

Para la determinación del grado de punibilidad entre los cómplices rige la regla de que cuanto más exacta sea la conexión de la complicidad con el crimen mismo, y más haya contribuido a la producción del hecho, mayor será su punibilidad. De allí que, por regla general, el cómplice mediante acuerdo formal sea más punible que quien presta una ayuda ocasional (§ 52), que la complicidad inmediata sea más punible que la lejana (§ 51) y que el cómplice positivo sea más punible que el negativo (§ 49).

### § 115

La complicidad general, al igual que la especial (§ 52), ora es más punible, ora menos punible. 1) Es más punible cuando la característica que la distingue del crimen del autor aumenta la punibilidad del hecho, y 2) Menos punible cuando disminuye la misma<sup>1</sup>.

- (1) La diferencia entre cada cómplice no es en sí misma fundamento para una diferente punibilidad, siendo falsa la afirmación de los doctrinarios cuando sostienen que el *socius specialis* debe ser más punible que el *socius generalis*.

## 2.2.4.2. Fundamentos subjetivos de la punibilidad

### § 116

Los principales niveles de la punibilidad subjetiva tienen por fundamento la diferencia de la determinación de la voluntad para el hecho. Como una acción puede resultar de dolo o de culpa (§ 54), pero la determinación culposa de la voluntad no se dirige directamente a la lesión misma, resulta que en sí misma contiene menos causa para la formación del crimen, que la conferida en la determinación dolosa de la voluntad (regla III, § 104). Por ende, la regla es que el crimen por dolo es siempre más punible que el crimen por culpa<sup>(1)</sup>.

- (1) Ord. Carolina, art. 146.

### § 117

La culpa resulta más punible: cuanto más fácilmente se haya podido hacer u omitir la acción mediante cuya comisión u omisión se hubiese evitado el resultado antijurídico; cuanto más estrecha sea la conexión entre la acción y la lesión jurídica resultante; cuanto más obligado a la diligencia haya estado el culpable, en razón de sus especiales relaciones.

### § 118

El dolo se determina siempre por la existencia de un impulso sensual que impele a la voluntad a querer el acto. De allí, pues, que en general la magnitud del peligro (en la representación del legislador) funde la magnitud de la punibilidad en concreto (§ 107). De este modo, la punibilidad de una acción dolosa será mayor cuanto más peligrosos sean los impulsos sensuales que yacen como causa del hecho<sup>1</sup>.

- (1) En particular sobre la teoría de la libertad, como la doctrina aceptada lasa ahora, Revisión, 2ª parte, cap. IX.



### § 119

El grado de peligrosidad de un impulso sensual depende: I) de su *intensidad*: cuanto con mayor fuerza e intensidad haya influido, más punible será la acción; II) De su *firmeza*: cuanto más enraizado y dominador del ánimo sea, también será más difícil de olvidar y, por ende, mayor su punibilidad; III) De su ámbito: si por su naturaleza está dirigido a una pluralidad de lesiones jurídicas, será más punible la acción que resulte<sup>(1)</sup>.

- (1) Sobre el método de valoración de una acción conforme a estas reglas, cfr. *Revision* 2ª parte, pp. 385-393.

#### 2.2.4.2.1. Grado de punibilidad conforme a la intensidad del impulso

### § 120

De la fortaleza de los obstáculos que se oponen a la comisión de un crimen y que hayan debido ser superados por los anhelos, se conocen los grados de fortaleza con que estos mismos anhelos han esperado.

### § 121

De allí resulta: 1) Que un anhelo antijurídico surgido de la pasión o de la costumbre, en forma que haya cancelado las máximas fuerzas del ánimo, opere aumentando la punibilidad de la acción que determina<sup>(1)</sup>. 2) Que cuantos más impedimentos en particular (motivos) se opongan a la determinación de la voluntad para el hecho o a su ejecución, más suba la pena. Así, esto tendrá lugar: a) Cuanto más numerosos e importantes sean los motivos que se hayan opuesto a la decisión, y más clara u ostensiblemente los haya reconocido el hombre, y b) Cuanto mayores hayan sido las dificultades externas que en la ejecución se hayan debido superar.

- (1) Así, no aumenta la punibilidad cuando el hecho se haya cometido en estado emocional, sino cuando el apetito antijurídico ha devenido en pasión.

#### 2.2.4.2.2. Grado de punibilidad conforme a la firmeza del impulso

### § 122

Del grado de firmeza de determinado anhelo conforme a sentido se puede concluir: I) De la falta de incentivos externos más potentes para la acción: cuando para suscitar el anhelo hayan sido necesarios menos requerimientos exteriores, más fuerte y dominante debe haber sido este en el ánimo; II) De sus efectos: cuando el anhelo haya vencido impedimentos psicológicos continuados que actuaban en su contra; III) De sus motivos: si el hombre se encuentra bajo la acción de causas tales que provoquen una perversión profunda del ánimo mediante el resultado de una reafirmación más poderosa del dominio de tendencias y anhelos contrarios a la ley.

### § 123

De lo dicho, resulta como regla: I) Un crimen que se haya cometido por impulsos interiores, bajo incitaciones externas débiles, es más punible que otro al que el hombre haya sido determinado por fuertes estímulos externos accidentales. La seducción, el miedo, etc., reducen de este modo la punibilidad. II) Un crimen cometido por impulsos interiores es más punible: a) Cuantos más y más fuertes hayan sido los anhelos que operaron en forma efectiva para vencer en forma continua las causas que le oponían resistencia, como en el caso de un crimen habitual, y b) Cuantas más causas naturales, como por ejemplo mala educación y semejantes, le hayan dado origen y hayan determinado la efectividad continuada de las mismas.

#### 2.2.4.2.3. Grado de punibilidad conforme al ámbito del impulso

### § 124

Cuanto mayor sea el número de sujetos amenazados por el impulso que yace en la acción y más sean las lesiones jurídicas (en forma y número) a que haya sido dirigida, mayor será magnitud de la punibilidad.

### § 125

De allí que haya impulsos que, por su naturaleza, se dirijan a la realización de acciones adecuadas a la ley y, por ende, den base al grado menor de punibilidad<sup>(1)</sup> en tanto que otros, por su naturaleza, determinan acciones ilícitas y que fundan un alto grado de la misma. La graduación de estas debe juzgarse conforme al diferente carácter psicológico de las mismas. Un crimen cometido por odio activo a la humanidad, conforme al punto de vista de su ámbito, debería ser juzgado como de una máxima punibilidad.

(1) Crímenes por amor, piedad, deber putativo, opiniones religiosas, etc.

#### 2.2.5. Fundamentos de la punibilidad relativa en las leyes concurrentes

W. A. Schöpf, *Diss. de concursu delictorum*, Tüb., 1758.

P. Schulz, *De concursu del.*, Hal., 1748.

Kleinschrod, *Syst. Entw.*, III, § § 101-110.

Fr. Car. Savigny, *De concursus delictorum formali*, Marb., 1800.

A. W. Schröter, *De concursu delictorum*, Lips., 1812, y su *Handbuch*, § § 151-170.

Mittermaier, en *N. Archiv des Criminalrechts*, t. II, n.º 10.

### § 126

Cuando varias infracciones aún no penadas, cometidas por la misma persona, fuesen objeto de una única sentencia judicial, se produce el concurso de crímenes (*concursum delictorum*).

### § 127

Hay únicamente tres formas posibles de concurrencia, conforme a la diferencia de las leyes penales infringidas. I) Una de ellas tiene lugar cuando una misma acción o un acto ininterrumpido infringe distintas leyes penales, siendo esta una *concurrencia ideal o formal (conc. del. simultaneus)*. II) Distintas acciones, mediante las cuales son infringidas diferentes leyes penales, dan lugar a una *concurrencia objetiva (c. d. objektivus s. heterogeneus)*. III) Habiéndose infringido una misma ley mediante diferentes acciones, se produce una *concurrencia subjetiva (c. d. subjektivus s. homogeneus)*.

### § 128

Verificándose la concurrencia subjetiva en uno e idéntico objeto, se trata de un *crimen continuado (del. continuatum)*; produciéndose sobre objetos diferentes, se trata de un *crimen reiterado (del. reiteratum s. repetitum)*.

### § 129

En estos supuestos, la pena de cada ley penal encontrará aplicación siempre que los presupuestos para la pena legal estuvieren dados, de lo que se deduce que: 1) Cuando hayan sido infringidas varias leyes penales, se aplicarán las penas de todas las leyes penales infringidas; 2) Cuando una ley penal haya sido infringida varias veces, está jurídicamente fundada la imposición de la pena de la misma tantas veces como haya sido infringida<sup>(1)</sup>.

(1) L. 2, pr. de priv. del. "Nunquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur; neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam".

### § 130

No obstante, cuando conforme a la regla anterior (§ 129), las penas que concurren sean de tal naturaleza que sea imposible aplicarlas enteramente, o siendo ello inadmisibles en función de principios jurídicos superiores, solo corresponderá aplicar la pena completa de una infracción, aunque con un complemento que consista en una parte de las penas completas en que hubiese incurrido con las restantes infracciones. La imposición concurrente de varias penas de distinto grado se hará aplicando la más estricta o severa, asociándole agravantes<sup>(1)</sup>.

(1) Compárese Grolmann, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, § 123 y ss.

## § 131

Las leyes sancionan estos principios, en especial para la concurrencia objetiva<sup>(1)</sup> y para los crímenes reiterados<sup>(2)</sup>. Pero, en la concurrencia ideal y en el crimen continuado, hacen una excepción, en tanto que los crímenes que concurren idealmente sean del mismo género, estableciendo la regla de que la pena mayor cancela la menor (*poena maior absorbet minorem*)<sup>(3)</sup>; aquí la infracción plural quiere que se la considere como una sola infracción<sup>(4)</sup>. Cuando una pluralidad de crímenes de distinta naturaleza concurren idealmente, queda en pie la regla según la cual se impone el mal de la infracción más grave asociado a un complemento agravante<sup>(5)</sup>.

- (1) L. 32, § 1, *D. ad L. Aquil.*; L. 2. *D. de privatis delictis*; L. 7, *D. de accus.* En contra de las leyes, los prácticos establecen los siguientes principios: I) Concurriendo varios crímenes capitales, solo debe imponerse la pena del crimen mayor, sin tener en cuenta los restantes. Ellos extienden de este modo el principio *poena maior absorbet minorem*, que las leyes solo establecen para el caso de concurrencia ideal. Así, solo si la pena de otro de los crímenes concurrentes tiene una agravación accesoria, deberá combinarse esta accesoria con la pena del crimen más grave. (Heil, *Judex et defensor*, cap. VI, § 63); II) Concurriendo pena de muerte con otra corporal o pena corporal con otra pena menos grave, la mayor absorbe a la menor (Carpzov, Q. 132, no 63); III) Concurriendo varias *poenae corporis afflictivae*, debe imponerse la más grave, exceptuando algunos casos (Carpzov, 1. c. n.º 72); IV) Correspondiendo multa a todos los crímenes, debe pagarse la de cada uno de los crímenes.
- (2) L. 28, § 3,70, *D. de poenis*; L. un., *C. de superexactionibus*; L. 8, § 1. *C. ad L. Jul. de vi publ.* Los prácticos opinan análogamente, con la diferencia de que para ellos varios crímenes que en conjunto estuviesen conminados con pena corporal deben ser tratados como uno, aplicando la regla *poena maior*, etc. S. v. Schelhass, en *N. Archive des criminalr.*, t. II, n.º 32; Gesterding, en *N. Archive*, t. V, n.º 20.
- (3) El derecho romano conviene en los principios generales: L. 9, *C. de acc.*, dice: “*Si ex eodem facto plurima crimina nascuntur, et de uno in accusationem fuerit deductus, de altero non prohibetor ab altero deferrí*”. La Ord. Carolina (art. 163) limita este principio: “Cuando en un robo concorra más de una agravante, que se encuentre en los artículos siguientes considerada diferenciadamente, se aplicará la máxima agravante del robo”. Para otras formas de concurrencia no estableció Carlos esta regla. Incluso no se extiende ni siquiera a todas las formas de concurrencia ideal, sino que se limita al caso en que Carlos discurrió expresamente, es decir, a distintos crímenes del mismo género que concurren idealmente. El derecho romano habla en general y, como es sabido, una ley especial no deroga la general.
- (4) L. 67, § 2, *D. de furtis*. Cfr. Engan, *El. jur. crim.* § 79; Westphal, *Criminalrecht*, p. 132, § 3; Quistorp, I, § 90.
- (5) Klein, *pein. R.*, § 159.

## § 132

En caso de agravación solo puede imponerse legalmente un complemento agravante a la pena aplicable, pero no un mal más severo de diferente naturaleza<sup>(1)</sup>.

- (1) Heil, *Judex et defensor*, C. VI, § 63; Koch, *Inst. jur. crim.*, § 156.

