

MANUAL DE DERECHO PENAL

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PENAL

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

LUIS PRIETO SANCHÍS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ
Director de publicaciones

MANUAL DE DERECHO PENAL

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PENAL

Harro Otto

Prof. em. Dr. jur., Dr. h.c., Universidad de Bayreuth

7.^a edición reelaborada

Traducción del alemán de José R. Béguelin

Colección: Atelier Penal

Directores:

Jesús-María Silva Sánchez

(Catedrático de Derecho penal de la UPF)

Ricardo Robles Planas

(Catedrático acr. de Derecho penal de la UPF)

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Título original: *Grundkurs Strafrecht – Allgemeine Strafrechtslehre, 7., neu bearbeitete Auflage*, De Gruyter, Berlin, 2004 (ISBN 3-89949-139-4)

© 2017 Harro Otto

© 2017 Atelier

Via Laietana 12, 08003 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibros.es

Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-16652-86-0

Depósito legal: B-27578-2017

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona

www.addenda.es

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	13
PRÓLOGO	15
ABREVIATURAS	17

PRIMERA PARTE: INTRODUCCIÓN

§ 1: EL DELITO	21
I. La definición formal del «delito»	21
II. El contenido material del «delito»	26
III. Delito y ordenamiento jurídico	41
IV. Objeto de la teoría del delito	42
§ 2: DERECHO PENAL Y DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL	43
I. El programa del art. 103, ap. 2, GG	43
II. La realización del programa del art. 103, ap. 2, GG	52
III. Excurso: El ámbito de validez del Derecho penal alemán	66
§ 3: HISTORIA Y FUTURO DEL DERECHO PENAL	69
I. Acerca de la historia del Derecho penal	69
II. El futuro del Derecho penal	71
III. Material para reflexionar	73
IV. Europeización del Derecho penal	74
§ 4: CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS	77
I. Crímenes y delitos	77
II. Delitos de comisión y de omisión	77
III. Delitos de resultado y delitos de mera actividad	78

IV. Delitos de lesión y delitos de peligro.	79
V. Delitos de estado y delitos permanentes.	80
VI. Delitos comunes y delitos especiales	80
VII. Delitos de propia mano	80

SEGUNDA PARTE: LOS ELEMENTOS DEL DELITO

CAPÍTULO PRIMERO: EL TIPO DE INJUSTO

Primera sección: Aclaraciones conceptuales

§ 5: LA TEORÍA DEL TIPO.	83
I. Texto de la ley y tipo.	83
II. Los diferentes conceptos de tipo	84
III. Consecuencias dogmáticas a partir de la comprensión del concepto de tipo	88
IV. Tipo penal y concepto de acción	92

Segunda Sección: El delito doloso de comisión

§ 6: LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DE UN RESULTADO A LA PERSONA DEL AUTOR: EL «PRINCIPIO DE INCREMENTO DEL RIESGO»	99
I. Introducción	99
II. La imputación objetiva	101
III. Los elementos de la imputación objetiva del resultado.	103
IV. Problema especial: El principio de la adecuación social.	127
§ 7: LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO	131
I. Diferenciación entre conducta dolosa e imprudente	131
II. El llamado elemento cognitivo del dolo	131
III. El llamado elemento volitivo del dolo: la conducción del acontecer por parte del autor.	140
IV. Ubicación sistemática del dolo en la estructura del delito	147
V. Consciencia del injusto como elemento del tipo de injusto	152
VI. Problemas especiales dentro del tipo de injusto.	157
VII. Consecuencias para la estructura del delito	166
§ 8: TIPOS LIMITADORES DEL DEBER – CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	169
I. Punto de partida.	170
II. Legítima defensa (y legítima defensa de terceros), § 32 StGB.	175
III. Consentimiento	201
IV. Consentimiento presupuesto y presunto, gestión de negocios sin encargo, actuación en interés del lesionado, consentimiento hipotético	208
V. De la problemática de otras causas de justificación tipificadas.	211
VI. Estado de necesidad justificante, § 34 StGB	219

VII. Estado de necesidad justificante – Colisión de deberes – Ámbito libre de regulación jurídica.	230
VIII. El recurso directo al principio del interés preponderante.	233
IX. Examen práctico por niveles (provisional)	235
X. Ejercitación	236
XI. Excurso: Desvalor de acción y desvalor de resultado en el Derecho penal.	238

Tercera Sección: El delito doloso de omisión

§ 9: EL DELITO DOLOSO DE OMISIÓN	243
I. Fundamentos de la responsabilidad por el delito de omisión.	243
II. Posiciones de garante en virtud de la función de protección de un bien jurídico determinado	258
III. Posiciones de garante en virtud del deber de vigilancia de una fuente de peligro	269
IV. El alcance de la responsabilidad del garante	280
V. La estructura del delito de omisión impropia	284

Cuarta Sección: Delito imprudente y delito cualificado por el resultado

§ 10: EL DELITO IMPRUDENTE.	291
I. La imputación del resultado dentro de la responsabilidad por imprudencia	292
II. La estructura del delito imprudente	303
III. Consecuencias para planteamientos de problemas en particular.	305
§ 11: EL DELITO CUALIFICADO POR EL RESULTADO	309
I. Construcción del delito cualificado por el resultado.	309
II. Examen práctico por niveles.	313

CAPÍTULO SEGUNDO: LA CULPABILIDAD

§ 12: EL CONCEPTO DE CULPABILIDAD.	317
I. El origen del concepto de culpabilidad	317
II. Diferenciación entre antijuridicidad y culpabilidad	318
III. Definición de contenido del concepto de culpabilidad.	320
§ 13: LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD	329
I. Minoría de edad.	329
III. Capacidad de culpabilidad disminuida	338
IV. El error de prohibición.	339

§ 14: CAUSAS DE EXCULPACIÓN: PROHIBICIONES DE REPROCHAR LA CULPABILIDAD EXISTENTE BAJO CIERTAS CIRCUNSTANCIAS	343
I. Exclusión de la culpabilidad y exculpación.	343
II. Las regulaciones en particular.	344

CAPÍTULO TERCERO: CONSECUENCIAS SISTEMÁTICAS

§ 15: ERROR EN EL ÁMBITO DEL TIPO DE INJUSTO	357
I. El significado de las llamadas teorías del error	357
II. Las teorías del error	358
III. La problemática del llamado doble error	369
§ 16: ERROR EN EL ÁMBITO DE LA CULPABILIDAD	373
II. Planteamiento del problema	374
III. Consecuencias	376
§ 17: COMPARACIÓN ENTRE LOS DIFERENTES ESQUEMAS ESTRUCTURALES DEL DELITO CONSUMADO DE RESULTADO	377
I. Esquema estructural unitario para las diferentes formas del delito	377
II. El delito doloso de comisión según la estructura final de la doctrina dominante	378
III. Delito imprudente de comisión (según la opinión dominante)	379
IV. Delito doloso de omisión impropia (según la doctrina dominante)	380
V. Delito imprudente de omisión impropia (según la opinión dominante)	381
VI. El esquema estructural – un esquema de pensamiento	381

TERCERA PARTE: TENTATIVA Y DESISTIMIENTO

§ 18: LA TENTATIVA	385
I. Los niveles del delito	385
II. El tipo de la tentativa	388
III. Esquema estructural	397
IV. Planteamiento de problemas especiales	398
§ 19: DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA	411
I. La intención del legislador	411
II. El desistimiento del autor único, § 24, ap. 1, StGB	413
III. Desistimiento en caso de varios intervinientes: § 24, ap. 2, StGB	431
IV. Desistimiento e interrupción de la relación de imputación	433
V. Problemas particulares del desistimiento	434
§ 20: CAUSAS PERSONALES DE EXCLUSIÓN Y LEVANTAMIENTO DE LA PENA	439
I. Causas personales de exclusión de la pena	439
II. Causas personales de levantamiento de la pena	439

III. Atenuación facultativa de pena	439
IV. Error sobre una causa de exclusión o de levantamiento de la pena . .	440

CUARTA PARTE: AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

§ 21: AUTORÍA	443
I. Autoría como problema de posición	443
II. Delimitación entre autoría y participación en los delitos de comisión. .	445
III. Delimitación entre autoría y participación en los delitos de omisión. .	452
IV. Los tipos de autor en particular	456
V. Planteamiento de problemas particulares de la teoría de la autoría . . .	470
VI. Indicaciones sobre la estructura del delito	478
 § 22: PARTICIPACIÓN	 485
I. La accesoriadad de la participación	485
II. Presupuestos de la inducción	491
III. Presupuestos de la complicidad	499
IV. La llamada participación necesaria	507
V. Participación en el delito cualificado por el resultado	508
VI. La tentativa de intervención, §§ 30, 31 StGB.	509
VII. El actuar para otro (responsabilidad del órgano o del representante), § 14 StGB	512
VIII. Recomendaciones sobre la estructuración	515

QUINTA PARTE: CONCURSOS Y CONSTATACIÓN ALTERNATIVA

§ 23: CONCURSOS.	519
I. Pluralidad de hechos – concurso real – § 53 StGB.	519
II. Unidad de hecho – concurso ideal – § 52 StGB.	520
III. El llamado concurso de leyes	526
 § 24: CONSTATACIÓN ALTERNATIVA	 529
I. Aplicabilidad del principio « <i>in dubio pro reo</i> ».	529
II. La constatación alternativa	530
III. La llamada alternatividad del supuesto de hecho	532

BIBLIOGRAFÍA PARA EL ESTUDIO DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL	535
 ÍNDICE TEMÁTICO	 543

PRESENTACIÓN

Tengo el honor de presentar la primera traducción al español del *Grundkurs* del Prof. Harro Otto, concretamente su 7.^a y última edición. Se trata de un manual verdaderamente único en el panorama actual. Y ello porque está concebido especialmente para los estudiantes de las Facultades de Derecho, pero, a su vez, se dirige a los estudiosos de la Parte General del Derecho penal, lo que lo aproxima a un auténtico tratado —condensado, abstracto, típicamente alemán—. De hecho, es uno de los manuales clásicos entre la doctrina, de cita obligada en cualquier investigación académica. Es, pues, un gran mérito del Prof. Otto haber logrado un equilibrio entre la riqueza, rigor y profundidad de los planteamientos científicos, por un lado, y la dimensión didáctica, sistemática y la claridad expositiva, por el otro. Ello dice mucho de su autor. Uno de los grandes penalistas que ha dado la ciencia jurídica alemana en los últimos tiempos se preocupa especialmente de que esta traspase las discusiones entre profesores y llegue a los estudiantes. Quizás porque ese siempre me ha parecido un ideal a lograr este libro despierta toda mi admiración y advierto que va a tener una gran acogida tanto entre alumnos como entre científicos de habla hispana. No es necesario señalar que aunque el manual de Otto está referido al Derecho positivo alemán, ello no le resta un ápice de utilidad y relevancia en otros Ordenamientos, especialmente en el español y en los del mundo latino, pues es bien sabido que los problemas teóricos son idénticos, que los preceptos de la Parte General tienen una similitud extraordinaria e incluso que sus interpretaciones jurisprudenciales no suelen divergir en exceso. Con otras palabras: afortunadamente formamos parte de una misma *cultura* jurídico-penal.

El que la traducción al español la haya emprendido un profesor argentino es una prueba más de lo acabado de afirmar. José Béguelin (Universidad de Buenos Aires) ha efectuado una brillante y rigurosa traducción, que merece los máximos agradecimientos. Oriol Martínez Sanromà (profesor investigador en formación en la Universidad Pompeu Fabra) se ha ocupado de las correc-

Presentación

ciones de estilo y de las pruebas de imprenta con verdadera minuciosidad. Los estudiantes de Derecho penal de España y Latinoamérica, la dogmática penal hispanoparlante y la colección de Derecho penal de la editorial Atelier están de enhorabuena.

Ricardo Robles Planas
Barcelona, octubre de 2017

PRÓLOGO

El texto de este manual no es de fácil lectura para un estudiante, aunque el libro está dirigido al lector estudiante. Pero su cometido es, además de proporcionarle los conocimientos necesarios para el estudio jurídico-penal, que participe en la elaboración del entendimiento de las bases y las relaciones sistemáticas del Derecho penal. No se informará al lector solamente sobre las soluciones actuales a los problemas, sino que también se lo familiarizará con los planteamientos de los problemas y las posibles vías de solución —con sus respectivas premisas—, de tal manera que no se le indicará que adopte puntos de vista ajenos, sino que podrá desarrollar el suyo propio. El manual es una invitación a conocer a través de la reflexión las formas del pensamiento y argumentación jurídico-penales y así aprenderlas.

Los problemas son desarrollados paso a paso —partiendo de premisas destacadas con claridad—, de tal manera que se pueda comprender cómo un paso sigue al otro y, al mismo tiempo, lo excede. Las posibilidades introducidas en el texto de controlar el conocimiento y la comprensión de los problemas, así como de practicar la técnica de solución de problemas, contrarrestarán la simple incorporación pasiva del material.

En la exposición, el desarrollo de los problemas y la técnica estructural relevante están vinculados estrechamente entre sí para que puedan comprenderse las relaciones recíprocas entre el punto de vista del problema de hecho, las premisas que se concretan en su solución y la técnica para abordar el problema. La capacidad artesanal, el potencial conceptual, son presupuestos indispensables de la actividad jurídica, pero no la agotan.

El jurista tiene que aprender a reconocer cuándo su propio sistema de normas concurre con otros y cuándo se basa en las normas de aquellos, cuándo tiene que complementar la mirada normativa con una fáctica dentro de la tarea jurídica. Incorporar este aspecto interdisciplinario al trabajo propio amplía la comprensión de los problemas y posibilita, p. ej., introducir en la solución de problemas jurídicos enfoques fructíferos de la teoría sistemática sociológica

y de la etnometodología, o también del saber psicológico de los últimos años, sin que ello implique cambiar el método jurídico por un proceso meramente arbitrario.

La discusión científico-jurídica se complementa así con una dimensión diferente, pero directamente vinculada con la ciencia del Derecho, y el círculo de lectores del libro se amplía más allá de los lectores estudiantes. Al penalista y al jurista en general que desean investigar las propuestas de solución divergentes de las tradicionales en un tema determinado, se les abren aquí nuevas vías. En este sentido, el manual ha de servir como introducción al pensamiento y a la reflexión en la ciencia del Derecho y a la vez como aporte a la discusión científico-jurídica.

Bayreuth, abril de 2017

Harro Otto

ABREVIATURAS

AE	(<i>Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches</i>) = Proyecto Alternativo de un Código Penal
AG	(<i>Amtsgericht</i>) = juzgado de primera instancia
AktG	(<i>Aktiengesetz</i>) = Ley de Sociedades por Acciones
AO	(<i>Abgabenordnung</i>) = Código Tributario
AT	(<i>allgemeiner Teil</i>) = Parte General
BBG	(<i>Bundesbeamten-gesetz</i>) = Ley de Funcionarios Federales
BerechnungsG	(<i>Gesetz zur Berechnung strafrechtlicher Verjährungsfristen</i>) = Ley de Cómputo de los Plazos de Prescripción Penal
BFHE	(<i>Entscheidungen des Bundesfinanzhofs</i>) = Fallos del Tribunal Federal de Finanzas
BGB	(<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>) = Código Civil
BGH	(<i>Bundesgerichtshof</i>) = Tribunal Superior Federal
BGHR	(<i>Rechtsprechungssammlung des BGH</i>) = Colección de Jurisprudencia del BGH
BGHSt	(<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen</i>) = Fallos del BGH en Asuntos Penales (colección oficial)
BT	(<i>besonderer Teil</i>) = Parte Especial
BT-Dr./ BT-Drs.	(<i>Bundestagsdrucksache</i>) = Registro Oficial del Parlamento Federal
BtMG	(<i>Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln</i>) = Ley de Estupefacientes
BVerfG Constitucional	(<i>Bundesverfassungsgericht</i>) = Tribunal Federal
BVerfGE	(<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts</i>) = Fallos del Tribunal Federal Constitucional

Abreviaturas

comp.	= compilado, compilador
comps.	= compiladores
E 1962	(<i>Entwurf 1962</i>) = Proyecto de un Código Penal de 1962
EGGVG	(<i>Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz</i>) = Ley de Introducción a la Ley de Organización de la Justicia
EGStGB	(<i>Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch</i>) = Ley de Introducción al StGB
EuGHMR	(<i>Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte</i>) = Tribunal Europeo de Derechos Humanos
FG	(<i>Festgabe</i>) = libro en homenaje
FS	(<i>Festschrift</i>) = libro en homenaje
GedS	(<i>Gedächtnisschrift</i>) = libro en memoria
GG	(<i>Grundgesetz</i>) = Ley Fundamental, Constitución
HGB	(<i>Handelsgesetzbuch</i>) = Código de Comercio
JGG	(<i>Jugendgerichtsgesetz</i>) = Ley de Justicia Penal de Menores
Lb	(<i>Lehrbuch</i>) = manual, libro de estudios
LG	(<i>Landgericht</i>) = Tribunal Regional
OGHSt = OGHBrZ	(<i>Amtl. Sammlung der Entscheidungen des OGHBrZ [Oberster Gerichtshof für die Britische Zone] in Strafsachen</i>) = Colección Oficial de Fallos en Asuntos Penales del Máximo Tribunal de la Zona de Ocupación Británica
OLG	(<i>Oberlandesgericht</i>) = Tribunal Regional Superior
RG	(<i>Reichsgericht</i>) = Tribunal Imperial
SoldG	(<i>Soldatengesetz</i>) = Ley de Soldados
StÄG	= Ley de Modificación del Derecho Penal
StGB	(<i>Strafgesetzbuch</i>) = Código Penal
StPO	(<i>Strafprozessordnung</i>) = Ordenanza Procesal Penal
Stub.	(<i>Studienbuch</i>) = manual, libro de estudios
StVG	(<i>Straßenverkehrsgesetz</i>) = Ley de Tránsito
VereinsG	(<i>Vereingesetz</i>) = Ley de Asociaciones
WaffenG	(<i>Waffengesetz</i>) = Ley de Armas
WHG	(<i>Wasserhaushaltsgesetz</i>) = Ley de Aguas
WStG	(<i>Wehrstrafgesetz</i>) = Ley Penal Militar
ZPO	(<i>Zivilprozessordnung</i>) = Código Procesal Civil