

Recensión: *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*. t. 153, no 1-5, 2006

Eva Källman

Doctora en Derecho Penal, Investigadora del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca
ekallman@utalca.cl

Se reseñan los números 1 a 5 del *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, que corresponden al período de enero a mayo de 2006. El fascículo 1 comprende cuatro artículos: uno de Frank Zieschang sobre el “peligro” en el Derecho civil, el Derecho administrativo y el Derecho penal (*El concepto de peligro en el Derecho: unidad o diversidad?*, p. 1-10); un trabajo de Wolfgang Mitsch sobre el problema del § 14 inc. 3 de la Ley de seguridad aérea (“LuftSiG”) que autoriza el derribo de aviones cuando existe la amenaza aguda que sean usados con fines extraños y las causas de justificación (*Derribos de aviones y cambio en la dirección de los trenes. Problemas de Derecho penal insolubles en situaciones de estado de necesidad sin salidas*, p. 11-24); otro de Rainer Keller sobre la persecución penal de delitos contra la humanidad que no tienen referencias al interior del país (*Límites, independencia y subsidiaridad de la administración de justicia universal*, p. 25-37); y otro, de Hans Kudlich, sobre las consecuencias de la reciente modificación en los delitos de daños agravados (*Modificación sin consecuencias o amplificación de punibilidad inconsecuente – sobre la problemática interpretación del nuevo § 304 inc. 2 StGB*, p. 38-42).

El segundo fascículo contiene tres artículos: el trabajo de Ingeborg Puppe sobre el problema de la prueba del dolo y los distintos modelos de aproximación al problema del dolo eventual, donde se decanta por un concepto normativo del dolo (*Los nociones del concepto de dolus eventualis*, p. 65-79); el texto de Tatjana Hörnle, que señala que la política criminal actual muestra tendencias hacia un Derecho penal del enemigo y hace una análisis del mismo (*Dimensiones descriptivas y normativas del termino “Derecho penal del enemigo”*, p. 80-95); y otro, de Luís Greco quien emprende un esclarecimiento analítico de la noción del Derecho penal del enemigo (*Sobre el llamado Derecho penal del enemigo*, p. 96-113).

El tercer fascículo contiene tres artículos sobre temas procesales (Lie Lien: *Investigación analítica sobre las causas de la permantente discusión en torno a los acuerdos. Crítica respecto a los modelos de legitimación de acuerdos desde el punto de vista de análisis idiomático*, p. 129-147; Bettina Weißer: *¿Protegen el derecho a no declarar contra sí mismo y la dignidad humana contra los accesos procesal-penales clandestinos a los contenidos de las comunicaciones?*, p. 148-167; y Ulrich Eisenberg y Tobias Singelstein: *El archivo de muestras de identificación de ADN de personas no condenadas como medida para el “aseguramiento de la persecución penal”*, p. 168-182); y el cuarto, aunque contiene también un artículo en esa línea (Fritz Loos: *Problemas del nuevo procedimiento de adhesión*, p. 195-210), se aboca principalmente a los problemas del derecho penal europeo, con un artículo de Martin Böse, que discute la competencia de la Comunidad Europea para obligar a los Estados miembros a promulgar leyes penales y la autorización de la Comunidad de promulgar preceptos penales directamente aplicables (*La competencia de la Comunidad Europea sobre el Derecho penal. A la vez reseña de TJE, fallo del 13 de septiembre 2005*, p. 211-224); y otro de Klaus Ferdinand Gärditz y Christoph Gusy sobre las decisiones marco europeas

y su efecto a los Estados miembros (*Sobre el efecto de decisiones marco europeas en el Derecho estatal interior. A la vez reseña de TJE, fallo del 16 de junio 2005, p. 225-237*).

Finalmente, el quinto fascículo se dedica íntegramente a rendir un homenaje a Claus Roxin por su 75º. cumpleaños. Contiene numerosas contribuciones de felicitación a través de distintos autores europeos: *Encuentros con Claus Roxin (1996-2006)*. *Saludos en su 75º. cumpleaños* (Jürgen Wolter, p. 255-257); *La dogmática en una calle sin salida. Sobre la discusión de las prohibiciones de valoración de pruebas* (Frank Arloth, p. 258-261); *La autorización extendida del tribunal de casación según la nueva redacción del § 354 inc. 1a) y b) StPO* (Ulrico Franke, p. 261-267); *Actio illicita in causa. Un mal o una posibilidad de cortar de raíz el mal?* (Georg Freund, p. 267-273); *Derecho fundamental a la libertad de conciencia y su limitación en el Derecho penal* (Wolfgang Frisch, p. 273-279); *Sobre el normativismo y la doctrina de acción en el Tratado de Derecho penal, parte general, de Claus Roxin* (Karl Heinz Gössel, p. 279-284); *El caso del técnico de radar. ¿Estado de necesidad defensivo causado por personas? Una necrología del §14 inc. 3 de la Ley de seguridad aérea* (Walter Gropp, p. 284-288); *Apunte sobre el "dolus generalis"* (Michael Hettinger, p. 289-294); *§147 inc. 5 StPO – prisión preventiva* (Hans Hilger, p. 294-297); *Sobre la diferenciación entre la imputación del resultado, del acto y del injusto* (Andreas Hoyer, p. 298-301); *Claus Roxin, Xavier Marias y el fundamento de la pena en la inducción* (Heike Jung, p. 301-304); *La doctrina de Claus Roxin sobre el dominio del hecho por medio de aparatos organizados de poder y el Derecho penal internacional* (Claus Kreß, p. 304-310); *Normativización de la inocencia* (Wilfried Küper, p. 310-313); *El ensayo de Roxin sobre Karl May, el Derecho penal y la literatura* (Michael Lemke, p. 314-317); *La hipótesis razonable (error objetivo inevitable) y el consentimiento presunto: riesgo permitido o causa de exención de la penalidad* (Diego-Manuel Luzón, p. 317-323); *Nemo tenetur se ipsum accusare – perspectivas europeas* (Holger Matt, p. 323-328); *La formalización de la imputabilidad objetiva en el camino a un nuevo Código penal italiano* (Vincenzo Militello, p. 328-334); *Sobre las normas en la concepción del delito de Roxin* (Santiago Mir Puig, p. 334-338). *Investigación del cerebro y culpabilidad* (Heinz Müller-Dietz, p. 338-342); *Autoría mediata a través de la utilización de procesos regulados* (Armin Nack, p. 342-345); *'El autor está obligado por la comunidad a sufrir la pena' – Pensamientos sobre la justificación de la pena en referencia a Claus Roxin* (Michael Pawlik, p. 345-349); *Autoría mediata mediante dominio del hecho por medio de aparatos organizados de poder en el Derecho penal nacional e internacional* (Henning Radtke, p. 350-356); *La dependencia de la fiscalía alemana* (Erardo Cristoforo Rautenberg, p. 356-361); *Inducción a través de preguntas* (Franz Riklin, p. 361-365); *El valor del mantenimiento de la teoría unitaria de la autoría. Pensamientos sobre una dogmática internacional de la participación* (Kurt Schmoller, p. 365-370); *Despedida de la atenuación de la pena en los casos de disminución de la culpabilidad por abuso del alcohol* (Heinz Schöch, p. 371-375); *La instigación a modificar la hora del hecho* (Friedrich-Christian Schroeder, p. 375-378); *Manifiesto sistemático de Derecho penal* (Bernd Schünemann, p. 378 a 382); *El derecho de actuar en estado de necesidad y la infracción al deber de tolerancia* (Jesús-María Silva Sánchez, p. 382-386); *Normativización y objetivación del dolo?* (Joachim Vogel, pp. 386 a 389); *Sobre Karl May y su obra. Algunos pensamientos criminológicos* (Michael Walter, p. 389-393); *Formación de la pena global en el procedimiento incidental, después de la eliminación de la pena global por el tribunal de casación (§ 354 inc. 1b StPO)* (Klaus Wasserburg, p. 393-397); *De la vocación de nuestro tiempo*

para la reforma de las sanciones (Meter Wilkitzki, p. 398-402); *Sobre la imposición judicial del derecho a relevar un fiscal descalificado* (Wolfgang Wohlers, p. 403-406); *Sobre el dolus generalis al revés. Imputación subjetiva de la tentativa (apta) acabada en casos de imputación objetiva de la consumación* (Jürgen Wolter, p. 406-411); *El 'dominio del hecho a través de aparatos de organizados de poder' y el BGH* (Rainer Zaczyk, p. 411-a 415); *Matar en legítima defensa para defender cosas y el Art. 2, II, a) de la Convención Europea de Derechos Humanos* (Frank Zieschang, p. 415-419).

A continuación centraremos nuestra atención en los trabajos de Silva Sánchez y Wolfgang Mitsch. En su trabajo, Silva Sánchez aborda el problema de la agresión justificada por estado de necesidad, que, según Claus Roxin, constituye un derecho de intervención de la persona que se encuentra en dicho estado y que, por lo tanto, debe ser tolerada por el afectado. En consecuencia, el afectado que no tolera la intervención debe ser castigado en primer lugar por el delito de resultado cuya evitación no toleró (es decir daño material, lesión, homicidio, etc.). Ejemplo clásico de la agresión justificada por estado de necesidad es el siguiente: X se está ahogando y A quiere salvarle con el bote de B, quien impide el uso de dicho bote: B puede ser responsable de la muerte de A, por no tolerar su salvamento. Este parecer, sin embargo, no es compartido por la doctrina mayoritaria que lo considera sólo un deber de solidaridad pasiva del afectado, parte del deber general de socorro. Por ende, su lesión sólo puede llevar a la comisión del delito de omisión de socorro. En su artículo, Silva Sánchez coincide con Roxin y expone que la actuación agresiva en estado de necesidad corresponde a la estructura del transcurso del curso causal de salvación. Su interrupción por tanto, debe considerarse, en general, como motivo de imputación del resultado no evitado. Que aquí ocurre la interrupción en la esfera de alguien que debe tolerar una agresión no influye, según Silva, pues la situación de estado de necesidad constituye una modificación de las esferas jurídicas y el derecho del afectado no cambia el *status quo* que esa modificación ha producido. El deber de tolerar se presenta entonces como deber negativo de respetar el *status quo*; en el caso de propiedades ajenas la actuación en estado de necesidad suspende el derecho de propiedad del afectado (p. 382-386).

El trabajo de Wolfgang Mitsch también trata el tema de las causas de justificación. Problema cuya actualidad ha resurgido Alemania a partir de la introducción el año 2004 del nuevo §14 III de la Ley de seguridad aérea ("LuftSiG"), que autoriza el derribo de un avión civil cuando existe el peligro grave de que será usado por terroristas con fines extraños, es decir como arma. El artículo cuestiona la justificación de la matanza de inocentes para salvar otras personas, comparando la situación con el caso propuesto por Welzel, del guardavía que, para evitar la colisión de un tren de carga que corre sin control con uno de pasajeros (lleno de ellos y sin tiempo para evacuar), cambia el curso del primero haciéndolo atropellar a tres trabajadores de la vía. Según Mitsch, dado que el curso del tren de carga no puede considerarse una agresión, ni la muerte de los trabajadores equiparable a la del agresor, no es posible recurrir a la justificación por legítima defensa (p. 12); pero tampoco se puede recurrir al estado de necesidad justificante, pues "la vida humana no puede cuantificarse" y, por lo tanto, no es posible comparar las vidas salvadas con las perdidas, aunque fuese una sola (p. 13); ni menos al estado de necesidad exculpante, según lo prevé la Ley alemana (§35 II StGB), por no ser necesariamente los pasajeros del tren amenazado personas "vinculadas" con el guardavías. Además, rechaza Mitsch la posibilidad esbozada por algunos autores de recurrir a una "causal de exculpación supralegal", dado que ella tropieza con la clara limitación legal existente, por lo que sólo podría verse como una propuesta de *lege*

ferenda, a menos que se quiera cambiar al legislador por la literatura penalística, lo que según el autor habría sido expresamente rechazado por el BGH (p. 13-14). Por lo anterior, si el guardavías no evita la colisión que puede prever y evitar, no podría ser castigado a título de omisión, pues según Mitsch, eso supondría que el Derecho habría establecido deberes contradictorios, lo que no es aceptable: la omisión permanecería justificada (p. 14). A continuación desarrolla el autor otras variantes del caso: imprudente, con intervención de terceros, con múltiples cambios de vías, etc. (p. 15-23), para finalizar con la aplicación de los resultados de esta investigación al caso del derribo de un avión en vuelo, el cual, a primera vista, parece todavía menos posible de encuadrar dentro de una causal de justificación o de exculpación por estado de necesidad (conforme al §35 StGB), por lo que sólo sería posible afirmar la justificación de las muertes causadas con ese derribo mediante una norma expresa, como la del §14 III LuftSiG (p. 23), la que en todo caso no alcanzaría para hacer responder al que no derriba el avión por omisión respecto de las muertes que se produzcan (p. 24).