

Franz Von Listz

**TRATADO
DE
DERECHO
PENAL**

TOMO II

**BIBLIOTECA JURÍDICA DE AUTORES
ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS**

II.—La significación antisocial del crimen

y la función social de la pena

§ 14.—El Derecho penal como protección de los intereses (*Interessenschutz*)

BIBLIOGRAFÍA (sobre los conceptos de norma y bien jurídico): Anrens, *Naturrecht* (Derecho natural), I, 338; von Ihering, *Der Zweck im Recht* (El fin en el Derecho), 3.ª edición, 1893, I, 99. Sobre esto véase Hurwicz, *Rudolf v. Ihering und die deutsche Rechtswissenschaft*; Rodolfo von Ihering y la ciencia jurídica alemana, *Berliner Seminarabhandlge.*, N. F.; VI, 4.º cuaderno, 1911; Jellinek, *Ausgewählte Schriften* (Trabajos escogidos), 1911, I, 76; Binding, *Die Normen und ihre Übertretung* (Las normas y su transgresión), I, 1872, II, 1877 (especialmente I, 2.ª edición, 1890, págs. 328, 338); Binding, *Handbuch* (Manual), I, 1885; Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht* (Norma jurídica y derecho subjetivo), 1878; von Liszt, *Z.*, III, 1, VI, 663 (*Aufsätze*, I, 126, 212), VIII, 134; Merkel, *Juristische Enzyklopädie* (Enciclopedia jurídica), 3.ª edición publicada por R. Merkel, 1904; Gareis, *Enzyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft* (Enciclopedia y Metodología de la ciencia jurídica), 3.ª edición, 1905; Finger, G. S. (*Gerichtssaal*), XI, 139; Oppenheim, *Die Objekte des Verbrechens* (Los fines del crimen), 1894); Otter, *Z.* XVII, 493; M. E. Mayer (véase Bibliografía en § 32), 66; Hegler (véase Bibliografía en § 21), 36; Hold von Ferneck (véase Bibliografía en § 32), I, 182; Hirschberg, *Die Schutzobjekte der Verbrechen* (Los fines de protección contra los crímenes), (Binding, cuaderno 113), 1910. Sobre esto Löffler, *Osterreichische*, *Z.* I, 474.

I. El Derecho es la ordenación de la Sociedad organizada en Estado; se manifiesta en un sistema de normas coer-

citivas que ligan a los particulares como a la comunidad y que garantizan la consecución de los fines comunes.

Todo derecho existe para el hombre. Tiene por objeto la defensa de los intereses de la vida humana (*Lebensinteressen*). El Derecho es, por su naturaleza, la protección de los intereses; la idea de fin da fuerza generadora al Derecho.

1. Nosotros llamamos BIENES JURÍDICOS (1) a los intereses protegidos por el Derecho. *Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido*. Todos los bienes jurídicos son *intereses vitales* del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico. La libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de la correspondencia eran intereses vitales, como los derechos de autor e inventor, mucho antes de llegar a estar garantizados por la Constitución contra las intromisiones arbitrarias del poder del Estado, o por las leyes penales, contra las violaciones procedentes de los individuos. La necesidad crea la defensa y con el cambio de los intereses varía el número y la especie de los bienes jurídicos.

Pero los intereses vitales resultan de las *relaciones de la vida* entre los mismos individuos o entre los particulares y la sociedad organizada en Estado, y viceversa. Donde hay

(1) Un bien jurídico no es un *bien del Derecho* (como Binding y otros suponen), sino un *bien de los hombres*, reconocido y protegido por el Derecho. Puede ser protegido, aunque no es necesario, por la concesión de un derecho subjetivo. Contra la equivalencia de «bien» e «interés» véase, especialmente, Oppenheim, 27. La controversia es puramente terminológica. Así, también Merkel 20, Meyer-Allfeld 19, nota 6; Stooss, *Schweizer. Z. (Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht)*, VII, 350.—Difiere Oeffker, 495: Bienes jurídicos son los estados a que aspira el derecho. Opinan igualmente Gerland, *V. D. (Vergleichende Darstellung des deutschen und ausserdeutschen Strafrechts)*, 1905 y siguientes), parte general, I, 203; Hegler; Hirschberg. Está equivocado Frank, *Einleitende Bestimmungen* (Prescripciones preliminares), IV; los errores del legislador no son, naturalmente, imposibles (ejemplo: los sortilegios).

vida existe la fuerza que aspira a manifestarse libremente, a desarrollarse y formarse sin trabas. Las esferas de acción de las voluntades, al ponerse en contacto, se entrecruzan en innumerables puntos. De estas relaciones de la vida surge el interés que tienen para la actividad de un individuo las acciones u omisiones de otro. El inquilino quiere alojarse en la habitación que ha alquilado, el acreedor quiere recuperar lo que prestó al deudor ; lo que yo he ganado con mi trabajo nadie me lo debe quitar ni perjudicar ; nadie debe atentar a mi buen nombre ; el Estado exige impuestos y el servicio militar, los ciudadanos reclaman expresar libremente su opinión por medio de la palabra o la escritura. Para no encender la guerra entre todos se necesita un orden de paz (*Friedensordnung*), una demarcación de las esferas de acción (*Machtreise*), amparar unos intereses y rechazar otros.

2. La voluntad general, que está por encima de las individuales, se encarga de esta misión, resolviéndola en el ORDEN JURÍDICO : en la separación de los intereses autorizados de los no autorizados.

El orden jurídico delimita las esferas de acción (*Machtgebiete*) de cada uno ; determina hasta dónde puede obrar libremente la voluntad, y, en particular, hasta dónde puede inmiscuirse, exigiendo o negando, en las esferas de acción de los otros sujetos del derecho ; eleva las relaciones de la vida a relaciones jurídicas, los intereses de la vida a bienes jurídicos ; hace de la situación de la vida (*Lebensverhältnis*) una situación de Derecho (*Rechtsverhältnis*), refiriendo los derechos y deberes a supuestos determinados. Las normas de orden jurídico, mandando y prohibiendo, presentando una determinada acción bajo supuestos determinados, son la muralla de defensa de los bienes jurídicos. La protección jurídica que presta el orden del Derecho a los intereses de la vida es la *protección por las normas* (*Normenschutz*). «Bien jurídico» y «Norma» son los dos conceptos fundamentales del Derecho (2).

(2) Mi punto de vista respecto de la teoría general del Dere-

II. Pero el Derecho no es solamente un orden de paz, sino que es al mismo tiempo, y según su más íntima naturaleza, un ORDEN DE LUCHA (*Kampfordnung*). Para cumplir su fin necesita de la fuerza que doblega las resistencias de las voluntades individuales. Detrás del orden de paz de las relaciones jurídicas está el poder del Estado. El es bastante fuerte para obligar por medio de la fuerza de la obediencia de sus normas, para proporcionar, cuando es necesario, un poder efectivo a la unión lógica de hecho y consecuencia jurídica. Así aparece un nuevo elemento en el concepto del Derecho: la COACCIÓN (*Zwang*). Bajo tres formas principales se nos manifiesta: 1. Como cumplimiento por la fuerza (ejecución coactiva. *Zwangsvollstreckung*). 2. Como restablecimiento del orden perturbado o indemnización en dinero. 3. Como castigo de la desobediencia. Más tarde se estudiará en qué casos tiene lugar el castigo de los infractores de las normas del Estado, que es la más decisiva garantía —y, sin embargo, solamente mediata— del orden jurídico. Aquí se trata de la posi-

cho, es, por tanto, el mismo que el de Binding. Pero en seguida separamos nuestros caminos. Tanto en sus *Normas* como en su *Manual*, I, 155, Binding ha hecho, de un modo enteramente parcial y arbitrario, del concepto de la norma, el eje (*Angelpunkte*) de todo el sistema jurídico penal, sin prestar ninguna atención al bien jurídico, para servir a la protección del cual está llamada la norma. Compárese sobre esto von Liszt, Z. VI, 672 (*Aufsätze*, I, 222), VIII, 134.—El defecto capital de la teoría de las normas está en la concepción puramente formalista del delito como una violación del deber de obediencia, en tanto que queda completamente relegada a segundo término la tendencia del crimen contra las condiciones de la vida de la comunidad humana jurídicamente organizada. Binding, *Verbrechen*, pág. 115, uno de los partidarios de la teoría de las normas ha abandonado completamente la teoría de Binding, pues toma actualmente como punto de partida la «normalidad de la acción», en lugar de las normas particulares. La Bibliografía sobre la teoría de las normas está recopilada por Kitzinger en G. S., LV, 1 (23, nota 2). Además, con posterioridad Höpfner, Z. XXIII, 643, M. E. Meyer. (Véase Bibliografía en § 32), 130, Kohlrusch (Véase Bibliografía en § 36), 45, von Bar, *Gesetz*, I, 22, Affolter, L. A. (*Archiv. für öffentliches Recht*, publicados por Laband, etc.), XXIII, 361.

ción de la pena en el sistema jurídico, y, por tanto, de la peculiar significación del Derecho penal (3).

III. Si el Derecho tiene como misión principal el amparo de los intereses de la vida humana, el derecho penal tiene como misión peculiar LA DEFENSA MÁS ENÉRGICA DE LOS INTERESES ESPECIALMENTE DIGNOS Y NECESITADOS DE PROTECCIÓN, por medio de la amenaza y ejecución de la pena, considerada como un mal contra el delincuente.

1. La AMENAZA DE LA PENA (*Strafdrohung*), advirtiendo e intimidando, se añade a los mandatos y prohibiciones del orden del Derecho. Al ciudadano rectamente intencionado le demuestra, en forma convincente, el valor que atribuye el Estado a su mandato (la amenaza de la pena se aparece como «reprobación» del acto contrario a lo mandado, como expresión del «descontento» (*Unwerturteils*) jurídico y social); para las naturalezas menos delicadas presenta un mal en perspectiva como consecuencia de su conducta antijurídica, cuya representación debe servir como contrapeso a la inclinación criminal. Pero tanto en uno como en otro sentido se dirige a la totalidad de los sujetos del Derecho (*Rechtsgenossen*) (PREVENCIÓN GENERAL).

2. Pero la totalidad de la fuerza que le es propia la desarrolla la pena en la EJECUCIÓN (*Strafvollzug*), en el mantenimiento de la voluntad del orden jurídico por medio de la coacción penal (*Strafzwang*). Ella produce efecto:

a) Sobre la totalidad de los sujetos del Derecho, dominando, por una parte, las inclinaciones criminales por medio de la fuerza intimidante, y, asegurando y fortificando, por otra parte, por medio de la reprobación repetida y sostenida, el espíritu de orden de los ciudadanos. (PREVENCIÓN GENERAL).

b) Asimismo obra sobre el lesionado, al cual proporciona, además, la satisfacción de no dejar impune el ataque antijurídico dirigido contra él.

(3) Aquí debe ser expuesta mi opinión en conjunto. El § 17 trata de la controversia de las teorías del Derecho penal.

c) Mas especialmente actúa sobre el criminal mismo (PREVENCIÓN ESPECIAL). Según el contenido y extensión del mal penal (*Strafmaß*) puede variar la completa gravedad del efecto (*Schweregewicht der Wirkung*) producido sobre el criminal por la ejecución de la pena.

a) La misión de la pena puede tender, en este caso a hacer otra vez del delincuente un miembro útil para la Sociedad (adaptación artificial). Puede actuar, en primera línea, fortificando las representaciones debilitadas que refrenan los malos instintos (*Hemmungsvorstellungen*) o influyendo sobre el carácter del autor para transformarlo; según estos dos aspectos, se puede distinguir la INTIMIDACIÓN y la CORRECCIÓN como efecto perseguido por la pena.

β) Pero la pena puede tener también como misión suprimir, perpetua o temporalmente, al criminal que ha llegado a ser inútil a la comunidad, la posibilidad física de cometer nuevos crímenes, separándole de la Sociedad (selección artificial. Aquí se trata de la INOCULIZACIÓN (*Unschädlichmachung*) del delincuente.

Según que, en el caso concreto, se establezca como fin el uno o el otro efecto de la pena, la ejecución de la misma se manifiesta de manera diferente. El efecto que se desea conseguir sobre el *delincuente* (la prevención *especial*) determinará, en particular, la naturaleza y la extensión de la pena. La exigencia de la política criminal se dirige a utilizar, en lo posible, la aptitud de la pena como medio adecuado al fin, y a adaptarla a las necesidades del *caso particular*. Pero, tanto en el establecimiento de los hechos criminales, como en la determinación comprensiva de la pena, el contenido (*Anlage*) *general* de la legislación penal no podrá perder de vista los efectos de la amenaza y de la ejecución de la pena, que no tocan al delincuente (la prevención *general*).

IV. Pero en todas sus formas, a pesar de su naturaleza propia, el Derecho penal es un *Derecho*; es decir, protección de intereses. No es la clase de los intereses protegidos, que pueden pertenecer a los más variados dominios del Derecho, la que decide la esencia del Derecho penal, sino

la naturaleza propia de la protección. Los derechos de propiedad y de familia, la vida y el territorio del Estado, la situación del Jefe del Estado, como los derechos políticos del ciudadano, los intereses de la Administración y los de las sociedades por acciones, la honra de la mujer y la seguridad de las comunicaciones —todos los intereses sin excepción—, pueden participar de la defensa más enérgica que la pena les presta. En todos los dominios del Derecho interviene el Derecho penal complementando y asegurando (naturaleza «secundaria», «complementaria», «sancionadora» de las prescripciones del Derecho penal).

II.—LA SIGNIFICACIÓN ANTISOCIAL DEL CRIMEN Y LA FUNCIÓN
SOCIAL DE LA PENA

§ 14. *El Derecho penal como protección de los intereses*

	<u>Páginas</u>
I. Bien jurídico y norma	5
II. La coacción jurídica	8
III. Los efectos de la pena en general	9
IV. Naturaleza secundaria del Derecho penal	10

§ 15. *Las causas y los géneros de la criminalidad*

I. El concepto de la criminología	12
II. Criminalidad aguda y crónica	14
III. El "tipo delincuente"	17
IV. La concepción sociológica del delito	17

§ 16. *Las exigencias político-criminales del movimiento
de la reforma*

I. El principio fundamental	19
II. Su aplicación en particular	20
III. Las limitaciones de la idea de fin	29

§ 17. *La controversia de las escuelas del Derecho penal*

I. La escuela clásica	34
II. El avance de la dirección moderna	35
III. La oposición de las dos direcciones	36
IV. Los resultados legislativos	40

Adiciones:

II.—LA POLÍTICA CRIMINAL

	<u>Páginas</u>
A. <i>Los orígenes de la política criminal</i>	42
B. <i>La nueva política criminal</i>	59
1.º El fin en el Derecho	64
2.º Fundamentación jurídica de la pena finalista	64
3.º Prioridad	65
4.º Asunto	66
5.º Límites	71
C. <i>Crítica</i>	71
a) Posición de los partidarios	72
b) Posición de los adversarios	72
1.º E. Ferri	72
2.º V. Lanza	75
3.º Inpalomeni	76
4.º Birkmeyer	77
5.º Gretener	77
6.º De Mauro	77
7.º R. Schmidt	78
D. <i>Exposición</i>	79
1.º Alemania	79
2.º Italia	79
3.º Francia	83
4.º España	84
E. <i>Enseñanza</i>	85

III.—LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL IMPERIAL

§ 18. *La ley penal*

I. El Derecho estatuido como única fuente de las reglas del Derecho penal	94
II. Ley, Ordenanza, Tratado	97
III. Concepto de la ley, Erratas de imprenta y errores de redacción	97

	<u>Páginas</u>
IV. Las fuentes legales	98
V. Leyes en blanco	99

§ 19. *Dominio de la ley penal en el tiempo*

I. Comienzo y fin del imperio de la ley	100
II. El llamado efecto retroactivo de las leyes penales	101
III. Aplicación de la ley más benigna	103

§ 20. *Dominio de la ley penal en cuanto a la materia.—
Derecho del Imperio y Derecho de los Estados
confederados*

I. El principio fundamental	105
II. Las "materias" no reguladas por el Derecho imperial... ..	108
III. Otras limitaciones a la legislación de los Estados con- federados	109
IV. Las leyes transitorias de los Estados confederados	110

§ 21. *Dominio de la ley penal en el espacio.
Investigación doctrinal*

I. Concepto del llamado Derecho penal internacional	112
II. El principio de la territorialidad	113
III. El principio de protección	113
IV. El principio de nacionalidad	114
V. Intereses comunes de la comunidad internacional	114
VI. El principio de la administración de justicia mundial... ..	115

§ 22. (Continuación).—*La legislación del Imperio alemán*

I. El punto de partida	116
II. El concepto de país en Derecho penal	117
III. Contravenciones cometidas en el extranjero	121
IV. Crímenes y delitos cometidos en el extranjero	121
V. Disposiciones especiales	124

§ 23. (Continuación).— <i>Asistencia jurídica internacional</i>	<u>Páginas</u>
I. La extradición como acto de asistencia jurídica internacional	127
II. Los Tratados alemanes de extradición.—El derecho de asilo de los delincuentes políticos y la cláusula belga relativa al atentado	128
§ 24. <i>Dominio de la ley penal en cuanto a las personas</i>	
I. Inmunidades por razones de Derecho público	132
II. Inmunidades por razones de Derecho internacional	134
III. Los militares	135
§ 25. <i>El Derecho en tiempo de paz y el Derecho en tiempo de guerra</i>	
I. El § 4 de la ley de Introducción al Código penal imperial.	136
II. El Código penal militar	136
III. El § 30 de la ley de imprenta	137
<i>Añiciones:</i>	
III.—LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL	
§ 18. <i>La ley penal</i>	
I. Los dogmas del Derecho penal	139
II. Los dogmas del Derecho penal español	153
§ 19. <i>La ley penal en el tiempo</i>	
I. Órbita temporal de la ley penal	168
II. Órbita temporal de la ley penal española	173
§ 21. <i>La ley penal en el espacio</i>	
I. Dominio territorial y extraterritorial de la ley penal	182
II. Dominio territorial y extraterritorial de la ley penal española	189

§ 22. *La ley penal en el espacio (Continuación).*
Expulsión de los extranjeros

	<u>Páginas</u>
I. Principios	201
II. Legislación española	204

§ 23. *La ley penal en el espacio (Conclusión).*
La extradición

I. La extradición como cooperación penal internacional ...	209
II. La extradición en la legislación española	224

§ 24. *La ley penal en cuanto a las personas*

I. Inviolabilidad, inmunidad y benignidad penales	235
II. Legislación española	238

§ 25. *Derecho penal extraordinario*

I. Las circunstancias transformadoras	249
II. Derecho penal extraordinario en España	250

PARTE GENERAL

LIBRO PRIMERO

EL DELITO

§ 26. *El concepto del delito*

I. Caracteres esenciales del concepto	262
II. Formas de aparición	264
III. La infracción criminal y el delito de policía	264

§ 27. *La división tripartita de los actos punibles*

I. Historia	267
II. La división tripartita del Derecho vigente	268
III. Aplicación de la división tripartita	269

Adiciones:

EL DELITO EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

§ 28. *Teoría del delito.—A) Definición*

	<u>Páginas</u>
I. Delito legal y delito natural	272
II. Concepto del delito en la legislación española	280

§ 27. *Teoría del delito (Continuación).—B) División*

I. Clasificación del delito	284
II. Legislación española	289

SECCION PRIMERA

LOS CARACTERES ESENCIALES DEL DELITO

I.—EL DELITO COMO ACTO

§ 28. *Concepto general del acto*

I. La manifestación de voluntad	297
II. El resultado	300
III. Relación del resultado con la manifestación de voluntad.	301

§ 29. 1.—*La comisión*

I. El movimiento corporal	304
II. La causación	304
III. Consecuencias	306
IV. Restricciones y excepciones	307
V. Historia de la cuestión	309
VI. Estado de las opiniones	310

§ 30. 2.—*La omisión*

I. Concepto de la omisión	314
II. La comisión contraria al Derecho	315
III. La causalidad en la omisión	317

§ 31. *La actividad en la producción de los hechos*

	<u>Páginas</u>
I. Acto de ejecución	320
II. Dolo y culpa	321
III. Unidad y pluralidad de actos	321
IV. Tiempo y lugar del acto	322

Adiciones:

SECCION PRIMERA

I. — EL DELITO COMO ACTO

I. El acto delincuente en la Psicología, en la Ética y en el Derecho	325
II. El acto delincuente en la legislación española	330

II.—EL DELITO COMO ACTO CONTRARIO AL DERECHO

§ 32. *La ilegalidad como elemento constitutivo de la idea*

I. Concepto de la ilegalidad	335
II. Deslinde del acto legítimo y del acto ilegal	337
III. Ausencia de la ilegalidad	339
IV. Evolución histórica	340

§ 33. *La legítima defensa*

I. Historia	342
II. Los caracteres del concepto	343
III. Exceso en la legítima defensa	347

§ 34. *El estado de necesidad*

I. Historia	349
II. Concepto	352
III. El Derecho vigente y, en particular, el Código civil	353

§ 35. *Los restantes casos en que queda excluida
la ilegalidad*

	<u>Páginas</u>
I. El deber resultante de una función	359
II. Autorización especial	360
III. El medio apropiado para un fin justo	361
IV. Consentimiento del ofendido	364
V. Ataque contra sí mismo	364
VI. Reseñas fieles de los debates parlamentarios	365

Adiciones:

II.—LA EXTERIORIZACIÓN CRIMINAL

I. Los problemas de la exteriorización criminal	367
II. La exteriorización criminal en España	377

III.—EL DELITO COMO ACTO CULPABLE

§ 36. *Concepto de la culpabilidad*

I. La culpabilidad en sentido amplio y en sentido estricto...	387
II. Historia del concepto de la culpabilidad	390
III. Lo injusto no culpable	393

§ 37. *La imputabilidad*

I. La imputabilidad como estado normal	396
II. El concepto de la imputabilidad en el Código penal im- perial	398
III. Las <i>actiones liberae in causa</i>	399
IV. La falta de imputabilidad y la participación	401

§ 38. *Los casos de inimputabilidad*

I. Falta del desarrollo mental; minoría y retraso en el des- arrollo	402
II. Falta de salud mental	405
III. Perturbaciones de la conciencia	406

§ 39. *El dolo*

	<u>Páginas</u>
I. Concepto	409
II. Sus especies	409
III. La presunción de que los hechos están previstos por la ley	414

§ 40 (Continuación).—*El error*

I. Concepto e influencia en el dolo	417
II. Error esencial y no esencial	419
III. <i>Aberratio ictus</i> y <i>error in persona</i>	421

§ 41. *La conciencia de la ilegalidad*

I. El principio fundamental	423
II. Consecuencias	424
III. Excepciones	427

§ 42. *La culpa*

I. Historia	429
II. Concepto	430
III. Influencia del error	432
IV. Los delitos culposos en la legislación imperial	433
V. La culpa en relación con cada uno de los caracteres esenciales del delito	433
VI. Grados de la culpa	433

§ 43. *La culpabilidad en los delitos de imprenta*

I. Insuficiencia de los principios generales	436
II. El redactor responsable como autor	437
III. La culpa en el derecho de imprenta	438

Adiciones:

III.—LA VOLUNTARIEDAD CRIMINAL

Páginas

I. Lo voluntario y lo involuntario criminal	440
II. Legislación española	445

IV.—EL DELITO COMO ACTO INJUSTO PUNIBLE

§ 44. *Lo injusto y el delito*

I. Lo injusto civil y lo injusto penal	453
II. La tipicidad	455
III. Condiciones de punibilidad en sentido estricto	456
IV. Requisitos procesales	459

§ 45. *La querrela del ofendido*

I. Historia y estado de la legislación	461
II. <i>De lege ferenda</i> . Los dos grupos de delitos que necesitan querrela	462
III. La querrela en el Derecho imperial vigente	463

Adiciones:

IV.—LA ACTIVIDAD CRIMINAL

I. La actividad humana y la actividad criminal	469
II. La actividad criminal en la legislación española	479

EDITORIAL
REUS
S.A. - AÑO 1852

ISBN 84-290-1347-4



9 788429 013474