

Prof. Dr. Dr. h. c. HANS-HEINRICH JESCHECK

Catedrático de Derecho Penal y Director del  
Instituto Max Planck de Derecho Penal de Friburgo en Brisgovia

# TRATADO DE DERECHO PENAL

## PARTE GENERAL

Traducción y adiciones de Derecho español por

S. MIR PUIG

Director del Departamento de Derecho Penal  
de la Universidad Autónoma de Barcelona  
(págs. 261 a 1042)

y

F. MUÑOZ CONDE

Director del Departamento de Derecho Penal  
de la Universidad de Cádiz  
(págs. 1 a 260 y 1043 a 1255)

VOLUMEN PRIMERO



---

BOSCH, Casa Editorial, S. A. - Urgel, 51 bis - BARCELONA

# ÍNDICE

	Págs.
PRÓLOGO A LA TRADUCCIÓN ESPAÑOLA . . . . .	VII
ÍNDICE DE ABREVIATURAS . . . . .	XIX

## FUNDAMENTOS GENERALES

§ 1. Misión del Derecho Penal . . . . .	3
I. La protección de la Sociedad . . . . .	3
II. Función represiva y preventiva del Derecho Penal . . . . .	6
III. Protección de bienes jurídicos y protección de los valores ético-sociales de la acción . . . . .	9
Adiciones de Derecho español . . . . .	11
§ 2. Conceptos fundamentales del Derecho Penal . . . . .	13
I. Derecho Penal y poder punitivo . . . . .	15
II. Delitos, pena y medida . . . . .	18
III. Sanciones desprovistas de carácter penal . . . . .	19
Adiciones de Derecho español . . . . .	20
§ 3. Situación sistemática, clasificación y reforma del Derecho Penal . . . . .	22
I. El Derecho Penal como Derecho público . . . . .	22
II. Los tres sectores principales del Derecho Penal . . . . .	23
III. La Parte General y la Parte Especial del StGB . . . . .	25
IV. La reforma del Derecho Penal alemán . . . . .	26
Adiciones de Derecho español . . . . .	27
§ 4. Principios de Política Criminal . . . . .	28
I. El principio de culpabilidad . . . . .	30
II. El principio del Estado de Derecho . . . . .	33
III. El principio de Humanidad . . . . .	35
Adiciones de Derecho español . . . . .	36
§ 5. Estadística Criminal . . . . .	38
I. Generalidades sobre Estadística Criminal . . . . .	39
II. Evolución de la criminalidad total comprobada judicialmente en el Imperio Alemán y en la República Federal de Alemania desde 1882 a 1975 . . . . .	40
III. Evolución de la criminalidad juvenil constatada judicialmente en el Imperio Alemán y en la República Federal de 1882 a 1975 . . . . .	42
IV. Estadística de hechos averiguados . . . . .	44
V. Aplicación de penas y medidas . . . . .	45

	<u>Págs.</u>
VI. Reclusos por condena penal y sometidos a internamiento aseguroativo de 1969 a 1974 (con referencia a cada 31 de marzo) según la clase y duración de la privación de libertad y la edad . . . . .	48
Adiciones de Derecho español . . . . .	49
§ 6. Las Ciencias Penales . . . . .	56
I. La Ciencia del Derecho Penal (Derecho Penal material) y sus disciplinas afines . . . . .	58
II. La Criminología y sus disciplinas afines . . . . .	62
Adiciones de Derecho español . . . . .	64

## PRIMERA PARTE

### LA LEY PENAL

#### CAPÍTULO 1.º

#### LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA LEY PENAL

§ 7. El Delito . . . . .	69
I. El delito como injusto merecedor de pena . . . . .	69
II. El carácter fragmentario y accesorio del Derecho Penal . . . . .	73
III. Derecho Penal de acto y Derecho Penal de autor . . . . .	74
IV. División de las acciones punibles . . . . .	76
V. Hechos punibles e infracciones administrativas . . . . .	78
Adiciones de Derecho español . . . . .	83
§ 8. La Pena . . . . .	87
I. Origen, justificación y naturaleza de la pena . . . . .	89
II. Posibles sentidos de la pena . . . . .	92
III. Teorías absolutas . . . . .	96
IV. Teorías relativas . . . . .	98
V. Teorías eclécticas . . . . .	103
VI. La condena condicional . . . . .	108
Adiciones de Derecho español . . . . .	111
§ 9. Las medidas . . . . .	112
I. La doble vía en Derecho Penal . . . . .	113
II. Justificación y crisis de la doble vía . . . . .	116
III. Presupuestos y duración de las medidas . . . . .	119
Adiciones de Derecho español . . . . .	120

#### CAPÍTULO 2.º

#### LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL

§ 10. Historia del Derecho Penal alemán hasta el Código Penal imperial de 1871 . . . . .	127
I. Período germánico . . . . .	128

	<u>Págs.</u>
II. Período franco . . . . .	128
III. La Edad Media . . . . .	129
IV. La recepción del Derecho romano-italiano . . . . .	130
V. El Derecho común . . . . .	131
VI. La Ilustración . . . . .	132
VII. Período del Derecho Penal regional . . . . .	133
VIII. El nacimiento del Código penal imperial de 1871 . . . . .	134
Adiciones de Derecho español . . . . .	134
§ 11. La reforma del Derecho Penal alemán . . . . .	137
I. La reforma hasta la Primera Guerra Mundial . . . . .	138
II. La reforma politicocriminal de la República de Weimar . . . . .	138
III. La reforma penal del Nacionalsocialismo y la reacción de las potencias ocupantes . . . . .	129
IV. La obra reformadora de la República Federal . . . . .	139
Adiciones de Derecho español . . . . .	145
§ 12. Fuentes del Derecho Penal Federal fuera del StGB . . . . .	147
I. Derecho Penal codificado y no codificado . . . . .	147
II. Principales leyes penales . . . . .	148
III. Leyes penales accesorias . . . . .	150
IV. Derecho consuetudinario . . . . .	151
Adiciones de Derecho español . . . . .	153
§ 13. Jerarquía de las fuentes del Derecho Penal . . . . .	153
I. Derecho Penal federal y Derecho Penal regional . . . . .	154
II. Derecho Penal legal formal y Derecho Penal legal material . . . . .	157
Adiciones de Derecho español . . . . .	158
§ 14. El Derecho Internacional Penal . . . . .	159
I. Relaciones entre Derecho Penal estatal y Derecho Internacional Penal . . . . .	161
II. Evolución del Derecho Internacional Penal . . . . .	162
III. Presupuestos jurídicos del Derecho Internacional Penal . . . . .	165
IV. Tipos delictivos del Derecho Internacional Penal . . . . .	167
Adiciones de Derecho español . . . . .	169

CAPÍTULO 3.º

LEY PENAL Y ESTADO DE DERECHO

§ 15. Función de garantía de la Ley Penal . . . . .	171
I. Importancia de la técnica legislativa en la función de garantía de la Ley penal . . . . .	173
II. Evolución histórica del principio de legalidad . . . . .	177
III. La función de garantía de la ley penal en el Derecho vigente . . . . .	179

	<u>Págs.</u>
IV. Irretroactividad de las leyes penales . . . . .	183
Adiciones de Derecho español . . . . .	189
§ 16. El principio "in dubio pro reo" y la determinación alternativa . . . . .	193
I. Esencia y naturaleza jurídica del principio "in dubio pro reo" y su relación con la determinación alternativa . . . . .	194
II. El principio "in dubio pro reo" en el Derecho vigente . . . . .	196
III. Evolución, alcance actual y valoración de la determinación alternativa . . . . .	198
Adiciones de Derecho español . . . . .	202
§ 17. Interpretación de las leyes penales . . . . .	203
I. Argumentos de la lógica jurídica . . . . .	205
II. Interpretación y subsunción . . . . .	206
III. Necesidad y libertad de la interpretación . . . . .	208
IV. Clases de interpretación . . . . .	209
Adiciones de Derecho español . . . . .	215

#### CAPÍTULO 4.º

#### ÁMBITO DE VIGENCIA DEL DERECHO PENAL ALEMÁN

§ 18. El Derecho Penal Internacional (Ámbito de vigencia internacional) . . . . .	217
I. Concepto, límite e ideas fundamentales del Derecho Penal Internacional . . . . .	220
II. Principios del Derecho Penal Internacional . . . . .	225
III. El Derecho Penal Internacional en el StGB . . . . .	231
IV. Lugar de comisión . . . . .	238
V. El dolo en el Derecho Penal Internacional . . . . .	242
VI. Conceptos de carácter no penal empleados en el Derecho Penal Internacional . . . . .	242
Adiciones de Derecho español . . . . .	244
§ 19. Ámbito de vigencia personal . . . . .	248
I. Concepto de ámbito de vigencia personal en el Derecho Penal alemán . . . . .	248
II. Indemnidad e inmunidad en el Derecho Constitucional . . . . .	249
III. Privilegios de Derecho Internacional . . . . .	250
IV. Privilegios de los representantes de la RDA . . . . .	252
Adiciones de Derecho español . . . . .	252
§ 20. Derecho Penal Interlocal . . . . .	254
I. Concepto, vigencia y puntos de contacto del Derecho Penal Interlocal . . . . .	254
II. Evolución del Derecho Penal Interlocal y su aplicación dentro de la República Federal . . . . .	256
III. Aplicación del Derecho Penal de la República Federal en relación con la RDA . . . . .	257

SEGUNDA PARTE

EL HECHO PUNIBLE

CAPÍTULO 1.º

	<u>Págs.</u>
FUNDAMENTOS GENERALES DEL CONCEPTO DE DELITO	
§ 21. Sentido, método y estructura de la teoría general del delito	263
I. Sentido de la teoría general del delito . . . . .	263
II. Método de la teoría general del delito . . . . .	265
III. Formación del concepto de delito . . . . .	265
Adiciones de Derecho español . . . . .	268
§ 22. Fases de desarrollo de la moderna teoría del delito . . . . .	271
I. Antecedentes de la moderna teoría del delito . . . . .	272
II. El concepto clásico de delito . . . . .	274
III. El concepto neoclásico de delito . . . . .	276
IV. El concepto de delito del finalismo . . . . .	281
V. Perspectivas . . . . .	286
Adiciones de Derecho español . . . . .	288
§ 23. Concepto jurídico-penal de acción y cuestiones implicadas . . . . .	289
I. Necesidad, cometido y exigencias del concepto de acción . . . . .	290
II. Estructura y crítica del concepto causal de acción . . . . .	292
III. Estructura y crítica del concepto final de acción . . . . .	293
IV. El concepto social de acción . . . . .	295
V. Sanciones contra personas jurídicas y asociaciones sin personalidad . . . . .	299
VI. El actuar por otro (Responsabilidad de órganos y representantes) . . . . .	303
Adiciones de Derecho español . . . . .	305

CAPÍTULO 2.º

EL DELITO DOLOSO DE COMISIÓN

*Sección 1.ª*

LA ANTIJURICIDAD

*Subsección A*

LA ANTIJURICIDAD Y SU RELACIÓN CON EL TIPO

§ 24. Concepto y esencia de la antijuricidad . . . . .	314
I. Antijuricidad formal y material . . . . .	314
II. La norma jurídica, norma de valoración o de deter-	

	<u>Págs.</u>
minación . . . . .	318
III. Desvalor del resultado y desvalor de la acción en el injusto . . . . .	321
Adiciones de Derecho español . . . . .	328
§ 25. Antijuricidad y tipo . . . . .	332
I. El tipo como tipo de injusto (Unrechttypus) . . . . .	333
II. La teoría de los tipos "abiertos" . . . . .	385
III. La teoría de los elementos negativos del tipo . . . . .	338
IV. Tipo y adecuación social . . . . .	341
Adiciones de Derecho español . . . . .	344
§ 26. Estructura de los tipos penales . . . . .	348
I. Bien jurídico y objeto de la acción . . . . .	350
II. Clases de tipos . . . . .	354
III. La formación de grupos de tipos . . . . .	362
IV. Elementos descriptivos y normativos del tipo . . . . .	365
V. Casos especialmente graves, casos menos graves y ejemplos típicos . . . . .	366
Adiciones de Derecho español . . . . .	368
<i>Subsección B</i>	
ELEMENTOS DEL TIPO DE INJUSTO	
§ 27. Los elementos objetivos del tipo . . . . .	373
I. Significado de lo "objetivo" en el tipo . . . . .	373
II. Los elementos objetivos del tipo en particular . . . . .	374
Adiciones de Derecho español . . . . .	376
§ 28. Causalidad e imputación objetiva . . . . .	376
I. Causalidad e imputación objetiva como fundamentos de la responsabilidad jurídico-penal . . . . .	377
II. Determinación de la causalidad . . . . .	380
III. Restricciones tradicionales de la imputación objetiva . . . . .	386
IV. La nueva teoría de la imputación objetiva . . . . .	389
V. Teorías individualizadoras de la causalidad . . . . .	391
Adiciones de Derecho español . . . . .	391
§ 29. Dolo y error de tipo . . . . .	394
I. La exigencia de comisión dolosa del hecho . . . . .	395
II. Origen, esencia y objeto del dolo . . . . .	397
III. Clases de dolo . . . . .	401
IV. Finalidad y dolo . . . . .	410
V. El error de tipo . . . . .	411
Adiciones de Derecho español . . . . .	422
§ 30. Los elementos subjetivos del tipo . . . . .	433
I. Esencia, descubrimiento y delimitación de los elemen- tos subjetivos del tipo . . . . .	434

	<u>Págs.</u>
II. Los elementos subjetivos del tipo en el Derecho vigente	436
III. Tratamiento de los elementos subjetivos del tipo . . . . .	438
Adiciones de Derecho español . . . . .	439

*Subsección C*

LA EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURICIDAD

§ 31. Fundamentos generales de la justificación de acciones típicas	439
I. Relación entre norma prohibitiva y proposición permisiva . . . . .	440
II. Sistemática de las causas de justificación . . . . .	443
III. Origen y tipificación de las causas de justificación . . . . .	445
IV. Los elementos subjetivos de justificación . . . . .	447
V. La suposición errónea de causas de justificación . . . . .	450
VI. Efectos de las causas de justificación . . . . .	451
VII. Atenuación de la pena por justificación incompleta . . . . .	453
Adiciones de Derecho español . . . . .	454
§ 32. La legítima defensa . . . . .	458
I. Esencia de la legítima defensa . . . . .	459
II. Estructura de la legítima defensa . . . . .	461
III. Restricciones de la legítima defensa . . . . .	468
IV. El auxilio necesario . . . . .	473
V. Legítima defensa y convención de los derechos del hombre . . . . .	474
VI. Exceso en la legítima defensa y legítima defensa putativa . . . . .	475
VII. Derecho comparado . . . . .	475
Adiciones de Derecho español . . . . .	476
§ 33. El estado de necesidad justificante . . . . .	482
I. Distinción de las clases de estado de necesidad . . . . .	483
II. La defensa de cosas (estado de necesidad defensivo) . . . . .	485
III. El estado de necesidad jurídico-civil (estado de necesidad agresivo) . . . . .	487
IV. El estado de necesidad justificante . . . . .	490
V. La colisión de deberes justificante . . . . .	497
VI. La autorización oficial (behördliche Erlaubnis) como causa de justificación . . . . .	501
VII. Derecho comparado . . . . .	502
Adiciones de Derecho español . . . . .	504
§ 34. Consentimiento y consentimiento presunto del lesionado . . . . .	509
I. La conformidad del afectado y su tratamiento en Derecho Penal . . . . .	510
II. El consentimiento como causa de justificación . . . . .	515
III. El ámbito de eficacia del consentimiento justificante . . . . .	517
IV. Requisitos de la declaración de consentimiento . . . . .	520
V. El conocimiento del consentimiento por parte del autor . . . . .	523

	Págs.
VI. Derecho extranjero . . . . .	523
VII. El consentimiento presunto . . . . .	524
Adiciones de Derecho español . . . . .	529
§ 35. El actuar en el ejercicio de un cargo público y casos análogos . . . . .	534
I. El empleo de la coacción estatal como causa de justificación . . . . .	535
II. Obediencia jerárquica y orden militar como causas de justificación . . . . .	538
III. El Derecho de corrección del maestro . . . . .	542
IV. El actuar "pro magistratu" . . . . .	543
Adiciones de Derecho español . . . . .	547
§ 36. El riesgo permitido . . . . .	552
I. Riesgo permitido y adecuación social . . . . .	553
II. Los casos de riesgo permitido . . . . .	554
Adiciones de Derecho español . . . . .	557

*Sección 2.ª*

LA CULPABILIDAD

*Subsección A*

LOS FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DE LA CULPABILIDAD

§ 37. Fundamentos antropológicos del concepto de culpabilidad . . . . .	559
I. Principio de culpabilidad y libertad de voluntad . . . . .	561
II. La conciencia como fuente de conocimiento del Derecho y del injusto . . . . .	567
III. El modelo de la estructura estratificada de la personalidad . . . . .	570
Adiciones de Derecho español . . . . .	572
§ 38. Fundamentos dogmáticos del concepto de culpabilidad . . . . .	574
I. Culpabilidad jurídica y culpabilidad moral . . . . .	575
II. Fases de evolución de la teoría de la culpabilidad . . . . .	577
III. Concepto formal y material de culpabilidad . . . . .	580
IV. Culpabilidad por el hecho individual y culpabilidad por la conducta de la vida . . . . .	581
Adiciones de Derecho español . . . . .	583
§ 39. Delimitación, contenido y estructura del concepto de culpabilidad . . . . .	585
I. Antijuricidad y culpabilidad . . . . .	585
II. Objeto del juicio de culpabilidad . . . . .	587
III. El baremo del juicio de culpabilidad . . . . .	588
IV. Elementos del concepto de culpabilidad . . . . .	590
V. La teoría de la responsabilidad por el hecho . . . . .	591
Adiciones de Derecho español . . . . .	593

*Subsección B*

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD

	<u>Págs.</u>
§ 40. La capacidad de culpabilidad (imputabilidad) . . . . .	593
I. Concepto de capacidad de culpabilidad . . . . .	595
II. Etapas de la capacidad de culpabilidad . . . . .	597
III. Incapacidad de culpabilidad por perturbaciones psíquicas . . . . .	600
IV. Capacidad de culpabilidad disminuida . . . . .	607
V. Derecho comparado . . . . .	609
VI. La actio libera in causa . . . . .	610
VII. Tratamiento de la embriaguez en Derecho Penal . . . . .	612
Adiciones de Derecho español . . . . .	613
§ 41. Conciencia de la antijuricidad y error de prohibición . . . . .	620
I. La conciencia de la antijuricidad como elemento de la culpabilidad . . . . .	622
II. El error sobre la norma prohibitiva (error de prohibición directo) . . . . .	626
III. El error sobre causas de justificación . . . . .	632
IV. Derecho comparado . . . . .	639
Adiciones de Derecho español . . . . .	640
§ 42. El tipo de culpabilidad y sus elementos . . . . .	645
I. Esencia y función del tipo de culpabilidad . . . . .	645
II. Los elementos del tipo de culpabilidad . . . . .	647
III. Problemas de error y de participación . . . . .	651
Adiciones de Derecho español . . . . .	653

*Subsección C*

CAUSAS DE EXCULPACIÓN

§ 43. Fundamentos de la exculpación de acciones típicamente antijurídicas . . . . .	653
I. Exclusión de la antijuricidad y exculpación . . . . .	653
II. Exclusión de la culpabilidad y exculpación . . . . .	654
III. Principios fundamentales de las causas de exculpación . . . . .	655
Adiciones de Derecho español . . . . .	657
§ 44. El estado de necesidad exculpante . . . . .	658
I. La situación de estado de necesidad . . . . .	660
II. La acción realizada en estado de necesidad . . . . .	663
III. La restricción del estado de necesidad operada por la cláusula de exigibilidad . . . . .	664
IV. Atenuación de la pena en caso de exigibilidad de soportar la situación de estado de necesidad . . . . .	668
V. El error sobre el estado de necesidad . . . . .	669

	<u>Págs.</u>
VI. Derecho comparado . . . . .	670
Adiciones de Derecho español . . . . .	671
§ 45. El exceso en la legítima defensa . . . . .	671
I. Legítima defensa y exceso en la defensa . . . . .	671
II. Exceso en la defensa por trastorno, temor o pánico .	672
Adiciones de Derecho español . . . . .	675
§ 46. El actuar en obediencia jerárquica . . . . .	675
I. El actuar en obediencia jerárquica como causa de jus-	
tificaci3n y de exculpaci3n . . . . .	676
II. Límites de la eficacia exculpante de un mandato no	
vinculante . . . . .	678
III. Derecho comparado . . . . .	681
Adiciones de Derecho español . . . . .	682
§ 47. Colisi3n de deberes e inexigibilidad como causas supralega-	
les de exculpaci3n . . . . .	683
I. La colisi3n de deberes como causa de exculpaci3n su-	
pralegal . . . . .	684
II. La inexigibilidad como causa supralegal de exculpa-	
ci3n . . . . .	686
Adiciones de Derecho español . . . . .	689
§ 48. El error sobre causas de exculpaci3n . . . . .	691
I. Naturaleza jur3dica del error sobre causas de excul-	
paci3n . . . . .	691
II. Tratamiento del error sobre los presupuestos de una	
causa de exculpaci3n . . . . .	692
Adiciones de Derecho español . . . . .	694