

DERECHO, DERECHO PENAL Y PROCESO

I

PROBLEMAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO

JAMES GOLDSCHMIDT

DERECHO, DERECHO PENAL Y PROCESO

I PROBLEMAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO

Edición preparada por
Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA

Traductores

Del alemán

Miguel Ángel CANO PAÑOS
Christian CELDRÁN KUHL
León GARCÍA-COMENDADOR ALONSO
Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA

Del francés

Juan DELGADO CÁNOVAS
León GARCÍA-COMENDADOR ALONSO

Del italiano

Mónica TIRADO PABLOS

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2010

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

- © James Goldschmidt
- © Jacobo López Barja de Quiroga (ed.)
- © De los traductores
- © De las fotografías cedidas por Jacobo López Barja de Quiroga
- © MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
ISBN: 978-84-9768-753-9 (Tomo I)
ISBN: 978-84-9768-752-2 (Obra completa)
Depósito legal: M. -2010
Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico
Fotocomposición: MILÉSIMA ARTES GRÁFICAS, S.L.
Impresión: Top Printer Plus
Polígono industrial Las Nieves - 28935 Móstoles (Madrid)
MADRID, 2010

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO	13
PRESENTACIÓN	
JAMES GOLDSCHMIDT, UN GRAN JURISTA JUDÍO PERSEGUIDO POR EL NAZISMO (por Jacobo López Barja de Quiroga).....	15
I. LA VIDA DE JAMES GOLDSCHMIDT	17
II. BIBLIOGRAFÍA	37
1. Filosofía del Derecho.....	37
2. Derecho civil	38
3. Derecho penal	38
4. Derecho penal-administrativo	39
5. Derecho procesal	40
6. Notas y reseñas críticas. Necrologías	41
PRIMERA PARTE	
CUESTIONES GENERALES	
FRANZ VON LISZT	45
FRANZ VON LISZT	49
SEGUNDA PARTE	
TEORÍA DEL DERECHO	
EL OCASO DE LA LEY	61
APÉNDICE	73
EL «A PRIORI» EN EL DERECHO Y EN LA MORAL	75
I. KANT (NÚMS. 1 A 3).....	75
II. STAMMLER (NÚMS. 4 A 6).....	76

	<i>Pág.</i>
III. RADBRUCH (NÚM. 7)	79
IV. LA FENOMENOLOGÍA (NÚMS. 8 A 12)	80
V. CRÍTICA DE LA FENOMENOLOGÍA (NÚMS. 13 A 26)	83
VI. EL A <i>PRIORI</i> TRASCENDENTAL DE LA ESFERA EMOCIONAL Y EL A <i>PRIORI</i> MORAL (NÚMS. 27 A 35)	97
VII. EL A <i>PRIORI</i> JURÍDICO (NÚMS. 36 A 40)	103
EL PUNTO DE REFERENCIA DE LA IMPUTACIÓN	109
PROBLEMAS GENERALES DEL DERECHO	123
I. EL CONCEPTO DEL DERECHO	123
1. El Derecho como complejo de normas sociales atributivas	123
2. La generalidad y la inquebrantabilidad son características de las normas jurídicas	128
3. El Derecho como producto de la cultura de una comunidad	130
4. La justicia como idea del Derecho	133
5. El fin del Derecho es el de posibilitar la coexistencia de los hombres	141
6. Los deberes de hacer u omitir impuestos por las normas jurídicas	142
7. Los deberes impuestos por las normas jurídicas son típicamente correlativos con derechos	150
8. La controversia relativa al carácter coactivo del Derecho	151
II. LAS FUENTES DEL DERECHO	152
1. La Ley y el Derecho consuetudinario no son fuentes, sino formas del Derecho ..	152
2. Los dos elementos psíquicos que producen el Derecho	152
III. LAS CATEGORÍAS DEL DERECHO	153
1. Las opiniones con respecto a la existencia de «categorías jurídicas <i>a priori</i> »	153
2. La tesis de la existencia de un número de categorías « <i>a priori</i> » dependiente del número de los hechos a los cuales aquéllas han de aplicarse	153
3. No hay un « <i>númerus clausus</i> de conceptos jurídicos <i>a priori</i> »	154
4. Deber jurídico y Derecho subjetivo	159
5. Deber jurídico	159
6. El Derecho subjetivo	166
7. El deber y el Derecho subjetivo encajan en el concepto de la relación jurídica ...	174
8. Las normas jurídicas como declaraciones de una actividad hipotética del juez ..	175
9. Las categorías jurídicas son consecuencias que enlazan con causas determinadas	176
IV. LAS DISCIPLINAS DEL DERECHO	180
1. La sistematización Stammleriana	180
2. La sistematización que parte de la doble concepción aplicable a las normas jurídicas, a saber, de imperativos y de medidas	180
3. Refutación de las objeciones propuestas contra esta sistematización	181
TERCERA PARTE	
DERECHO PENAL	
LA TEORÍA DE LA TENTATIVA ACABADA E INACABADA	189
PREFACIO	189

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCIÓN	190
I. DESARROLLO HISTÓRICO CONCEPTUAL.....	191
1. El <i>delictum perfectum</i>	191
2. El <i>delitto frustrato</i> y el <i>délit manqué</i>	197
3. La tentativa acabada, un producto del <i>delictum perfectum</i> y del <i>délit manqué</i>	207
II. LEGISLACIÓN DEL IMPERIO, DOCTRINA MÁS RECIENTE Y CONSECUENCIAS	216
1. El Código Penal Imperial y el Proyecto de una Ley de reforma de 1876	216
2. Doctrina más reciente.....	219
3. Vista general y resultado del desarrollo en su totalidad	222
III. EXPOSICIONES DOGMÁTICAS	224
1. Constatación de la diferencia	224
2. Los grados de la tentativa acabada en relación con las diversas teorías de la tentativa; la definición de tentativa del §43 del Código Penal Imperial en relación con las diferentes teorías de la tentativa, y consecuencias de estas relaciones para la aproximación a la definición legal de tentativa acabada de la que se parte.....	227
3. Aspecto procesal de nuestra diferenciación: relación con la inducción	236
4. Formación de un sistema. Sobre su recepción en el Código Penal Imperial y diferencias en su penalidad	237
LA PUNIBILIDAD DE LA COACCIÓN ANTIJURÍDICA SEGÚN EL CÓDIGO PENAL DEL IMPERIO	241
PRÓLOGO	241
ADENDA A LA NOTA 62.....	268
SOBRE LA TEORÍA DEL HURTO	269
CONCEPTO Y COMETIDO DEL DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO	291
EL DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO EN RELACIÓN CON LA MODERNA TEORÍA DEL DERECHO Y DEL ESTADO	297
LA «TEORÍA DE LOS TIPOS» RECENSIÓN CRÍTICA DE LA «TEORÍA DEL DELITO» DE BELING Y DE LA TERCERA EDICIÓN DE SUS «FUNDAMENTOS»	319
EL ESTADO DE NECESIDAD, UN PROBLEMA DE LA CULPABILIDAD	343
PRÓLOGO	343
§I. EL ESTADO DE NECESIDAD COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN Y DE EXCULPACIÓN. EL ELEMENTO DE CULPABILIDAD CORRESPONDIENTE A LAS CAUSAS DE EXCULPACIÓN.....	344
§II. EL ELEMENTO NORMATIVO DE LA CULPABILIDAD. SU EVOLUCIÓN EN EL CASO DE DOLO.....	352
§III. EL ELEMENTO NORMATIVO DE LA CULPABILIDAD EN EL CASO DE LA IMPRUDENCIA.....	359
§IV. NATURALEZA E IMPORTANCIA PRÁCTICA DE LAS CAUSAS DE EXCULPACIÓN.....	368

	<i>Pág.</i>
§V. CRÍTICA DE LA REGULACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL AUSTRIACO (1912), EN EL PROYECTO DE LA COMISIÓN ALEMANA Y EN EL ANTEPROYECTO SUIZO (1908)	377
CONCLUSIÓN.....	394
¿QUÉ ES EL «DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO»?.....	401
¿ES ACONSEJABLE, CON OCASIÓN DE LA FUTURA REFORMA DEL DERECHO PENAL, MODIFICAR LAS DISPOSICIONES DEL DERECHO CIVIL SOBRE CAPACIDAD DE CULPA, CULPABILIDAD Y EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD?	409
CONTRIBUCIÓN A LA TEORÍA DE LA ESTAFA DE CRÉDITO	435
EL CONCEPTO NORMATIVO DE LA CULPABILIDAD.....	449
CASOS PRÁCTICOS DE DERECHO PENAL.....	479
PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN	479
PRÓLOGO A LA TERCERA EDICIÓN	480
BREVES INSTRUCCIONES PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS CASOS DE DERECHO PENAL	481
EJEMPLO DE MUESTRA	482
BIBLIOGRAFÍA	483
ESQUEMA.....	483
SOBRE LA LEGALIDAD DE LA EXACCIÓN COACTIVA EN LOS ORDENAMIENTOS DE POLICÍA SEGÚN LA LEY DE POLICÍA ADMINISTRATIVA PRUSIANA.....	493
I. ESTADO DE LA DISCUSIÓN.....	493
II. ¿CONTRAVIENE LA LEY DE POLICÍA ADMINISTRATIVA DE 1 DE JUNIO DE 1931 LA CONSTITUCIÓN IMPERIAL?.....	496
III. ¿CONTRAVIENE LA LEY DE POLICÍA ADMINISTRATIVA LAS RESTANTES LEYES IMPERIALES, ESPECIALMENTE EL ORDENAMIENTO PROCESAL PENAL?.....	497
1. La exacción coactiva como pena administrativa.....	498
2. La exacción coactiva como medio coactivo.....	506
IV. LA LEY DE POLICÍA ADMINISTRATIVA Y LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO	512
CONTRIBUCIÓN A LA SISTEMÁTICA DE LAS TEORÍAS GENERALES DEL DELITO.....	519
I. DELITO Y PENA	519
II. EL DELITO EN EL SISTEMA DE LOS ACTOS JURÍDICOS.....	520
III. ANÁLISIS DEL DELITO: GENERALIDADES.....	525
IV. LA CAPACIDAD.....	526
V. LA LEGITIMACIÓN.....	530
VI. LA CAUSA ILÍCITA.....	532
VII. LA VOLUNTAD	537
VIII. LA FORMA.....	545

	<i>Pág.</i>
IX. LA ESTRUCTURA CUANTITATIVA DEL DELITO.....	548
METODOLOGÍA JURÍDICO-PENAL	553
I. JUSTIFICACIÓN DEL MÉTODO	553
II. EL PROBLEMA.....	557
III. PARTE EXEGÉTICA: LA LEY, QUE SE APLICA, Y SU INTERPRETACIÓN	557
1. Colisión territorial de estatutos.....	557
2. Colisión temporal de estatutos	559
3. La interpretación.....	560
IV. PARTE LÓGICA: LA AVERIGUACIÓN DEL TIPO Y DE SUS CARACTERÍSTICAS	562
1. Tipicidad	562
2. Pretendidos elementos subjetivos de la antijuridicidad y normativos del tipo legal	563
3. Leyes mixtas	565
4. La conducta: acción y omisión.....	565
5. La manifestación de la voluntad	567
6. La relación causal.....	568
7. El deber de impedir el resultado en los delitos de comisión por omisión	570
8. Antijuridicidad, penalidad, perseguibilidad	571
9. Causas de justificación.....	572
10. Culpabilidad	575
V. PARTE TÉCNICA: LA MANERA DE EXPONER UN CASO JURÍDICO-PENAL .	579
1. Los requisitos del delito	579
2. Las formas del delito.....	580
3. Medición de la pena	581
4. Decisión eventual	581
5. Reglas elementales	581
APÉNDICE	582
PREÁMBULO.....	582
PRIMER CASO.....	582
SEGUNDO CASO.....	586
TERCER CASO	590
LA REVOLUCIÓN JUDICIAL EN ESPAÑA	595
UN JUICIO SOBRE EL CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL DE CUBA	603

CUARTA PARTE

DERECHO PROCESAL

DERECHO JUSTICIAL MATERIAL	633
I. EL DERECHO PENAL Y LA PRETENSIÓN DE TUTEL JURÍDICA COMO LAS DOS ESPECIES DEL DERECHO JUSTICIAL PÚBLICO	633
II. LA PRETENSIÓN DE TUTELA JURÍDICA COMO DERECHO PÚBLICO JUSTICIAL MATERIAL	635
III. LA TEORÍA DOMINANTE DE LA «PRETENSIÓN DE PENA», «EL DERECHO A LA ACCIÓN PENAL» Y SU INSOSTENIBILIDAD	644

	<i>Pág.</i>
IV. FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS QUE ACREDITAN LA CONGRUENCIA DEL DERECHO PENAL CON EL DERECHO CONCRETO DEL JUEZ PENAL.....	653
V. DESARROLLO DEL DERECHO PENAL COMO DERECHO JUSTICIAL MATERIAL PÚBLICO; PRESUPUESTOS PROCESALES DEL DERECHO PENAL Y DEL DERECHO PROCESAL PENAL.....	673
TEORÍA DE LA COSA JUZGADA EN AMBOS PROCESOS	679
SOBRE LA REFORMA DEL PROCESO PENAL.....	681
LOS PROCEDIMIENTOS PENALES ALEMÁN Y AUSTRIACO Y LAS PERSPECTIVAS PARA SU UNIFICACIÓN	705
LA APELACIÓN EN CAUSAS PENALES	731
PROBLEMAS JURÍDICOS Y POLÍTICOS DEL PROCESO PENAL.....	745
I. CONCEPTO DEL PROCESO PENAL. LOS DOS PROBLEMAS QUE ÉL PLANTEA. TEORÍAS PENALES.....	745
II. CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DEL OBJETO DEL PROCESO PENAL	754
III. CATEGORÍAS DEL DERECHO PROCESAL PENAL	766
IV. PRINCIPIOS DE LA POLÍTICA PROCESAL	778
1. Principio acusatorio y principio inquisitivo	779
2. Principio de legalidad y de oportunidad.....	782
3. Tribunal popular y tribunal de magistrados.....	784
4. Oralidad, contradicción, concentración, intermediación.....	788
5. Publicidad y secreto	795
6. Prueba libre y prueba tasada.....	797
V. LA DEFENSA.....	800
VI. ACCIÓN CIVIL Y RESPONSABILIDAD CRIMINAL	804
TEORÍA GENERAL DEL PROCESO	813
INTRODUCCIÓN	813
I. LA TEORÍA DE LA RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL	814
II. LA TEORÍA DE LA EXIGENCIA DE PROTECCIÓN JURÍDICA.....	818
III. EL FIN DEL PROCESO	821
IV. CONSIDERACIÓN ESTÁTICA Y DINÁMICA DEL DERECHO. NUEVAS CATEGORÍAS PROCESALES.....	825
V. LOS DERECHOS PROCESALES.....	834
VI. LAS CARGAS PROCESALES. LA CULPABILIDAD PROCESAL.....	841
VII. LOS ACTOS DE OBTENCIÓN.....	849
VIII. LAS PETICIONES	851
IX. LAS AFIRMACIONES	856
X. LAS APORTACIONES DE PRUEBA.....	860
XI. LOS ACTOS DE CAUSACIÓN	867
XII. DEFECTOS E IMPEDIMENTOS DE VOLUNTAD EN LOS ACTOS DE LAS PARTES.....	869
XIII. ACTOS JUDICIALES.....	878
XIV. DESENVOLVIMIENTO DE LA SITUACIÓN PROCESAL.....	883

PRÓLOGO

Es una gran satisfacción ver llegado el momento en que a este libro deban anteponerse unas palabras previas. Seguramente lo acostumbrado es que se realicen unos apuntes sobre el autor y su obra, sin embargo, sobre el autor ya lo hago en la semblanza que se inserta a continuación y sobre la obra, quiero dejarlo para otro momento, pues, dada su enorme importancia e influencia que tanto para el Derecho penal como para el Derecho procesal ha tenido, no es este prólogo el lugar más idóneo para ello. No obstante, he de decir que la lectura de los textos que siguen, en numerosos casos, sorprenden por su gran actualidad al ser temas que hoy día están en discusión; además, en los diversos escritos es fácil descubrir el estado de ánimo del autor y sus referencias a las muy diversas situaciones políticas concretas que le tocó vivir: antes de la Primera Guerra Mundial, el período de Entreguerras, la represión nazi y el comienzo de la Segunda Guerra Mundial, pues fallece al poco tiempo de caer París en manos de los nazis. Pero, lo que he de explicar es que este libro supone una colección de libros y artículos publicados por James GOLDSCHMIDT a lo largo de su vida. De toda su imponente obra, he recogido lo que me ha parecido más relevante para poder conocer su pensamiento en muy distintos ámbitos: del Derecho, del Derecho penal y del Derecho procesal; de ahí el título que he dado al libro.

El planteamiento de la obra es el siguiente:

Como título general he escogido el de Derecho, Derecho penal y Proceso. Esta obra se compone de cuatro volúmenes:

En el primero, que lo titulo Problemas fundamentales del Derecho, he recogido una serie de artículos y libros que nos muestran claramente el pensamiento y las teorías de James GOLDSCHMIDT en relación con el Derecho, bien sea sobre Filosofía del Derecho (el a priori, la teoría imperativa de la norma y su desenvolvimiento, etc.), sobre el Derecho penal (la teoría normativa de la culpabilidad, el Derecho penal administrativo, la tentativa, etc.) o sobre el Derecho procesal (la teoría de la situación jurídica, el Derecho judicial, el principio acusatorio y las bases para un proceso penal en un país democrático, etc.).

El segundo volumen está dedicado al Derecho procesal civil (su libro Zivilprozessrecht), en el que elabora todo el Derecho procesal civil haciendo hincapié en

las diferentes teorías y la legislación y la jurisprudencia aplicables. Se trata de la conocida traducción de Leonardo PRIETO-CASTRO en la que éste incorporó las modificaciones que James GOLDSCHMIDT iba introduciendo a la segunda edición alemana. He de agradecer a Carmen y Fermín PRIETO-CASTRO (hijos de Leonardo PRIETO-CASTRO) las facilidades que han dado para poder utilizar esta traducción, en la que con toda fidelidad se han traducido muchos términos jurídicos que con posterioridad han tenido carta de naturaleza dentro de la terminología española del Derecho procesal.

El tercer volumen se centra en el libro *El proceso como situación jurídica* (Der Proze als Rechtslage), en el que desarrolla la teoría del proceso como relación jurídica y defiende su teoría sobre el proceso como situación jurídica. Desarrolla el concepto dinámico del proceso, pues únicamente desde ese punto de vista debe examinarse el proceso: un examen dinámico; esto es, la situación en que se encuentra una persona en relación con su derecho bajo el punto de vista de la sentencia que se espera. Por ello, ha de considerarse al proceso como el conjunto de actos (dinámico) realizados siempre con la expectativa de una sentencia favorable o desfavorable y dirigidos a la obtención de la cosa juzgada o, en otras palabras, es el procedimiento cuyo fin es el establecimiento de la cosa juzgada, es decir, obtener el efecto de que la pretensión del actor valga en el futuro ante los tribunales como jurídicamente fundada o no fundada (pp. 151 y ss.). Se trata de un libro básico y esencial dentro de la literatura procesalista, escrito con un rigor y una profundidad inigualable.

El cuarto volumen comprende el Derecho penal administrativo (Das Verwaltungsstrafrecht), en el que tras un exhaustivo e impresionante estudio histórico, expone su teoría (él expresamente habla de una tentativa de una teoría) sobre lo que es el Derecho penal administrativo, en ese afán de diferenciar el Derecho penal de las sanciones administrativas; distinción que, con independencia de la teoría que se mantenga, cada vez es más necesaria dada la múltiple actividad administrativa y las diferencias ex post que existen en el ordenamiento según que la infracción se considere que tiene carácter administrativa o penal.

He de resaltar la importante ayuda con la que estoy contando en este proyecto. Por supuesto la de mis amigos, los traductores, Miguel Ángel CANO PAÑOS, Christian CELDRÁN KUHL, Juan DELGADO CÁNOVAS, León GARCÍA-COMENDADOR ALONSO y Mónica TIRADO PABLOS, a los que embarqué para que desinteresadamente pusieran todo su empeño en verter al castellano las difíciles, enrevesadas y, en ocasiones, desusadas frases de James GOLDSCHMIDT, por lo que les estoy muy agradecido; en este extremo también he de dárselas a Enrique BACIGALUPO y a Luis Carlos REY SANFIZ, a los que acudí en bastantes ocasiones con palabras o frases cuya traducción era muy complicada. También he de agradecer a Raquel PÉREZ ALONSO y a Isabel DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ su colaboración en la preparación de muchos de los textos que constituyen este libro; así como a Miguel Ángel ENCINAR DEL POZO por su colaboración en la lectura y relectura de los manuscritos; y a Carlos PRAT WESTERLINDH, que también ayudó en la tarea de lectura de textos. Y, sin duda, a Teresa MANSO PORTO, Referatsleiterin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, quien con toda paciencia atendió siempre mis demandas sobre búsqueda de libros y artículos de James GOLDSCHMIDT, así como a Mirja FELDMANN quien también ha ayudado en dicha búsqueda; tarea en la que también ha colaborado Paz BATISTA GONZÁLEZ. Evidentemente, el apoyo de Juan José PONS, que me animó a preparar y continuar con el libro, manteniendo en todo momento su disposición para editarlo, ha sido esencial. Muchas gracias a todos ellos. Para los volúmenes tercero y cuarto espero contar con algunos amigos más.