

GÜNTHER JAKOBS

# DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

Fundamentos

y teoría de la imputación

2.ª edición, corregida

GÜNTHER JAKOBS

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL



MARCIAL PONS





neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, DRZ, 1950, separata 11; *el mismo*, Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, Arndt-Festschrift, pp. 415 ss.; K. Tiedemann, Die Gesetzgebungskompetenz für Ordnungswidrigkeiten, AoR, 89 (1964), pp. 56 ss.; *el mismo*, Verwaltungsstrafrecht und Rechtsstaat, ÖJZ, 1972, pp. 28 ss.; F. Tropf, Begriff und Wert eines Verwaltungsstrafrechts, 1926; Th. Vogler, Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung, ZStW, 90, pp. 132 ss.; U. Weber, Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt, ZStW, 92, pp. 313 ss.; E. Wolff, Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, Frank-Festgabe, t. II, pp. 516 ss.

## A. Evolución histórica

1. Hay normas mediante las cuales se puede (co-)definir la identidad de una sociedad, de un Estado o de una persona. Entre ellas se encuentran las normas centrales o nucleares del Código Penal, en la medida en que garantizan el derecho a la existencia de cada ciudadano y los principios del orden constitucional. Alrededor de este centro o núcleo de normas penales, cuyos límites sólo se pueden determinar difusamente, se encuentran círculos de normas derivadas («auxiliares») de importancia real o supuestamente decreciente, en las cuales el decrecimiento puede ir aproximando progresivamente el comportamiento normado a lo adecuado socialmente. En los círculos externos se trata ya sólo de evitar peligros abstractos (Ejemplo: conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas, § 316 del StGB) o de la garantía de que sigue siendo organizable el control estatal del comportamiento peligroso (ejemplo: circulación sin permiso de conducir, § 21, párrafos 1 y 2 de la StVG, *vid. infra*, acerca de la autorización oficial, 16/29). Cuanto menos evidente es la relación con el núcleo y cuanto más se aproxima el comportamiento antinormativo a lo adecuado socialmente, tanto menos necesario y con frecuencia asimismo tanto menos tolerable es reaccionar ante una infracción del modo en que se reacciona frente a la infracción de las normas del núcleo. En este descenso gradual no se trata de atenuar la medida de la sanción (ejemplo: algunas perturbaciones del régimen de funcionamiento de un órgano legislativo, § 112 de la OWiG, pueden castigarse más sensiblemente que algunos allanamientos de morada, § 123 del StGB); más bien, la reacción tal como se despliega a consecuencia de la infracción de una norma central debe ceder ante la reacción que no esté cargada con *odium* (también) para contribuir a solucionar la criminalidad central. Junto a la posibilidad de esta distinción de Derecho material está la de una solución procesal simplificada.

2. a) El StGB de 1871 había llevado a cabo la diferenciación sólo débilmente, al incluir la criminalidad del ámbito marginal, junto con algunos casos de bagatela del ámbito central (ejemplo: hurto familiar, § 370, párrafo 1, núm. 5 del StGB, antigua redacción, como tipo privilegiado del robo y de la apropiación indebida) en el Derecho *penal*, pero en una clase de infracciones situada junto a crímenes y delitos, las faltas (*Übertretungen*). Una falta era un comportamiento conminado con arresto (*Haft*) o con multa (leve) <sup>1</sup> (§ 1, párrafo 2 del StGB, a. r., §§ 360 ss. del StGB, a. r.). A las faltas les eran aplicables algunos preceptos especiales de la Parte General (sobre todo punibilidad limitada).

Al principio hasta 150 marcos (*Mark*), después hasta 500 marcos (*Deutsche Mark*).

## APARTADO 3

## Delimitación de la punición estatal con respecto a otras reacciones de Derecho público

**ACCIONES ADMINISTRATIVAS  
NGSWIDRIGKEITEN)**

**TA: J. Baumann**, Über die notwendigen Veränderungen im Bereich des *ius cogens*, JZ, 1972, pp. 1 ss.; *el mismo*, Grabesang für das Legalitätsprinzip, JRFP, 1972, pp. 273 ss.; *el mismo*, Bekämpfung oder Verwahrung der Ordnungswidrigkeitenrechts, Jura, 1984, pp. 11 ss.; *P. Cramer*, Die Entfaltung des Rechts der Ordnungswidrigkeiten, 1971; *F. Dencker*, Die Bagatelldelikt im Entwurf eines EStGB, JZ, 1973, pp. 144 ss.; *E. Dreher*, Die Bagatelldelikt, Welzel-Festschrift, pp. 917 ss.; *J. de Figueiredo*, Die Ordnungswidrigkeiten zum Nebenstrafrecht, Je-seeck-Festschrift, 1987; *R. Frank*, Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt, ZStW, 187, pp. 187; *E. Göhler*, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 8. ed., 1987; *H. Schmidt*, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902; *el mismo*, Begriff und Aufbaue des Verwaltungsstrafrechts, GA, 49 (1902), pp. 71 ss.; *H.-L. Günther*, Das Ordnungswidrigkeiten-Aufbruch zu neuen Ufern?, en: 40 Jahre Bundesstrafrechtsentwicklung, 1990, pp. 381 ss.; *H. J. Hirsch*, Zur Behandlung der Bagatelldelikt in der Bundesrepublik Deutschland, ZStW, 92, pp. 92; *H.-H. Jeschek*, Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht, JZ, 1959, pp. 4 ss.; *K. L. Kunz*, Möglichkeiten der Bekämpfung von Bagatelldelikt in der Bundesrepublik Deutschland, ZStW, 90, pp. 877 ss.; *J. Krümpelmann*, Die Bagatelldelikt, Das Strafrechtliche Bagatelldelikt, 1984; *D. Lang*, Zur Frage der Schuld bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten (Kriminalrecht und Verwaltungsstrafrecht), GA, 1957, pp. 22 ss.; *el mismo*, «Verwaltungsstrafrecht», H. Mayer-Festschrift, pp. 49 ss.; *R. Lange*, Der Strafgesetzbuch, JZ, 1956, pp. 73 ss.; *el mismo*, Die Magna Charta der anständigen, JZ, 1956, pp. 519 ss.; *el mismo*, Nur eine Ordnungswidrigkeit?, JZ, 1956, pp. 233 ss.; *C. Lindemann*, Gibt es ein eigenes Wirtschaftsstrafrecht?, 1932, pp. 193; *el mismo*, Die Problematik der Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten, ZStW, 82, pp. 2 ss.; *el mismo*, Untersuchungen zur Lehre von Ordnungswidrigkeiten, Primer vol., Geschichte und Rechtsvergleichung, 1977, pp. 197; *el mismo*, Geltendes Recht und Kritik, 1982; *H. Mayer*, Strafrechtsreform für morgen, 1962; *M. E. Mayer*, Rechtsnormen und Kultur, 1963; *W. Naucke*, Die Wirkung zwischen Strafziel und Verbrechenbegriff, 1985; *K. Peters*, Beschreibung der Tatbestände im Besonderen Teil, ZStW, 77, pp. 470 ss.; *K. Rehmann*, S. Herrmann, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 2. ed. (Loseblatt), 1987; *el mismo*, Ordnungswidrigkeitengesetz, 5. ed., 1975; *W. Sax*, Grundsätze der Strafrechtsplege, en: *K. A. Bittermann*, H. C. Nipperdey, U. Scheuner (ed.), Die Strafrechtsplege, t. III (2), 2. ed., 1972, pp. 909 ss.; *Eb. Schmidt*, Probleme des Wirtschaftsrechts, SJZ, 1948, pp. 22 ss.; *el mismo*, Rechtsnot im Wirtschaftsstrafrecht, Überwindung, SJZ, 1948, parágrafo 569 ss.; *el mismo*, Das Gesetz zur Vermeidung des Wirtschaftsstrafrechts, SJZ, 1949, parágrafo 665 ss.; *el mismo*, Das



as cometidos en el extranjero e impunidad de la tentativa y de § 6, 43, 49 del StGB, a. r.). La sustanciación procesal de las judicialmente con todas las garantías procesales esenciales<sup>2</sup>. a estado vigente —naturalmente desde hace tiempo ya acom— contravenciones, que se mencionarán después— hasta 1975<sup>3</sup>. clusivamente propia del Derecho penal criminal y judicial no futuro:

rioridad, durante siglos había existido, al lado del Derecho pe— Derecho sancionatorio policial<sup>4</sup>, con arreglo al cual —junto a ciones leves (no de bagatela) de la criminalidad— se castiga— inconsistentes en la lesión o puesta en peligro de los derechos sub— individuo, sino en la contravención de reglamentos tendentes a eligos en el ámbito previo (antes de la puesta en peligro con— lustrada de que sólo es delictiva la violación de derechos sub— entir aún en la doctrina de M. E. Mayer sobre los «delitos ad— como «culturalmente indiferentes»: «Una persona que cumple todos los deberes que le impone la tradición cultural no ob— los deberes que tiene frente al Gobierno... El injusto criminal tud de la ley y por su dañosidad social; el injusto policial lo es ey»<sup>5</sup>. Esta distinción entre un límite, que sólo ha de asumir el onforme a Derecho y lo injusto en el Derecho penal criminal, ha de trazar el Estado en el injusto ajeno al Derecho penal cri— tra —aunque sin equiparar Administración con evitación de pe— en la actualidad, en la formulación de que la antijuricidad de iones contra reglamentos administrativos» depende de la cir— ue estas contravenciones «infrinjan preceptos positivos que de— tamente, en el espacio del comportamiento sustancialmente li— , enclaves de mandatos y prohibiciones jurídicos»<sup>6</sup>.

erna doctrina del Derecho administrativo sancionatorio se ini— midt<sup>7</sup>. En virtud de ella, el Derecho sancionatorio administra— a evitación de peligros, sino al Estado que fomenta el «bien— el «bienestar... nunca (puede) convertirse en un estado»<sup>8</sup>, sino tamente siempre una meta, un anhelo no alcanzado»<sup>8</sup>, el deli— o no produce daño alguno en lo existente (*damnum emergens*), ace perder ganancia (*lucrum cessans*)<sup>9</sup>. Pero qué sea ganancia definir la propia Administración, así como cuándo es necesaria

igencia del principio de legalidad ya Frank, ZStW, 18, pp. 733 ss., 745 ss. or el artículo 300 del EGGStB de 2 de marzo de 1974, BGBl., I, pp. 469. yormenorizada en Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht, pp. 70 ss.; Mattes, Un— I, pp. 57 ss., 105 s.

zn, pp. 115 s., vid. asimismo *op. cit.*, p. 27.  
1956, pp. 73 ss., 79; *el mismo*, JZ, 1956, pp. 519 ss.; *el mismo*, JZ, 1957, mbien Michels, Handlung, p. 87 y *passim*.  
strafrecht, pp. 529 ss.; *el mismo*, GA, t. 49 (1902), pp. 71 ss.; más bibliografía Derecho penal administrativo de Goldschmidt, en E. Wolf, Frank-Festgabe, i18, nota 2. En relación con el texto que sigue, vid. KKOWiG-Bohnert Intro— g, 55 ss.  
f, Verwaltungsstrafrecht, p. 533; *vid. también*, p. 545.  
545 s.

una actividad del Estado a través del ciudadano que fomenta el reforzamiento del bienestar<sup>10</sup>. Como injusto del delito administrativo «sólo queda, pues, la característica omisión del reforzamiento de la Administración estatal dirigido al fomento del bien público o del Estado, o bien lo que aparece ficticiamente como tal fomento. En esto consiste la infracción administrativa...»<sup>11</sup>. En esta concepción, la sanción administrativa se convierte en «autotutela» (*Selbsthilfe*) de la Administración<sup>12</sup>, cuya ejecución Goldschmidt atribuye naturalmente a los *Tribunales administrativos*<sup>13</sup>.

d) Los principios de esta teoría de Goldschmidt<sup>14</sup> los adopta E. Wolf casi 5 tres decenios después, expresándolos con términos de la Filosofía de los valores (separación de valor de la justicia y valor del bienestar)<sup>15</sup>, y ejercen su influencia aún medio siglo después —por medio de Eb. Schmidt<sup>16</sup>, en una remisión en parte sólo verbal— sobre la WiStG de 1949<sup>17</sup>. Esta ley se promulga para limitar el poder sancionatorio administrativo que había recaído en el Estado con ocasión de la dirección de la economía en las anteriores épocas de crisis (especialmente durante la Primera Guerra Mundial y desde finales de los años veinte) y que había asumido carácter totalitario en la época nacional-socialista. A tenor del § 6 de esta ley, hay que distinguir entre hechos punibles de la Economía y contravenciones. Aquéllos se castigan con pena y se sustancian judicialmente; a éstos (los sucesores de los delitos administrativos de Goldschmidt) se les imponen multas por parte de las autoridades administrativas en un procedimiento sancionatorio administrativo (*Bußgeldverfahren*). Criterio de distinción<sup>18</sup> ha de ser, por un lado, si los efectos del hecho permanecen en el ámbito interno de la Administración (contravenciones) o si por el contrario son idóneos para «menoscabar la capacidad productiva del orden económico protegido por el Estado» (§ 6, párrafo 2, núm. 1 WiStG de 1949). Ya este criterio distingue (al menos) en parte cuantitativamente, pero no cualitativamente. Por otro lado, lo determinante será la actitud del autor contra el orden económico (en caso de habitualidad, lucro propio, etc.: delito; § 6, párrafo 2, núm. 2 WiStG de 1949); así el límite ya no depende —a diferencia de en Goldschmidt— de las especialidades del ámbito de regulación Derecho penal económico sino de valoraciones específicas (que, además, como ocurre en los elementos subjetivos del injusto, quedan difusas). Esta separación entre delito y contravención significa a su vez una separación de las formas de solución: las

<sup>10</sup> *Op. cit.*, pp. 545 s.

<sup>11</sup> *Op. cit.*, p. 548.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, p. 566.

<sup>13</sup> *Op. cit.*, pp. 582 s.

<sup>14</sup> Acerca del efecto de Goldschmidt, *vid. Mattes*, Untersuchungen, vol. I, pp. 149 ss., con amplia bibliografía.

<sup>15</sup> Frank-Festgabe, t. II, pp. 516 ss.

<sup>16</sup> SJZ, 1948, párrafos 225 ss., 231 ss.; *el mismo*, SJZ, 1948 párrafos, 569 ss.; *el mismo*, SJZ, 1949, párrafos 665 ss., 669 ss.; *el mismo*, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht (separata DRZ, 1950, núm. 11); *el mismo*, Arndt-Festschrift, pp. 415 ss., 423 ss. Críticamente sobre Eb. Schmidt, Günther, en: 40. Jahre, pp. 381 ss., 382 ss.

<sup>17</sup> Ley de simplificación del Derecho penal económico de 26 de julio de 1949, WiGBl., p. 193.

<sup>18</sup> Hay «tipos mixtos» en los que la realización del tipo decide sobre la pertenencia al Derecho criminal o al Derecho de contravenciones; acerca de la dogmática de los elementos distintivos, *vid. Lang-Hirrichsen*, GA, 1957, pp. 225 ss., 228 ss.



sólo se castigan judicialmente a instancias del afectado; en otro y por parte de la Administración.

ial

contravenciones se creó una amplia ley marco en 1952<sup>19</sup>. La encciones (OWiG)<sup>20</sup> vigente traza el límite entre hecho punible y formalmente: Las contravenciones se caracterizan por estar almente con multa (§ 1, párrafo 1 OWiG). Las multas no pue- rse en penas privativas de libertad sustitutivas, pero sí son re- ante arresto coercitivo (*Erzwingungshaft*). La OWiG tiene su neral, cuyos preceptos sobre imputación se corresponden en lo del StGB (§§ 8 a 13, 15, 16, 29 OWiG; diverge naturalmente según el § 14 OWiG, al respecto, *infra*, 21/5 ss.; así como la mponer como consecuencia accesoria multas a personas jurídi- es, § 30 OWiG, *vid. infra* 6/43). Rige el principio de sujeción G). La regulación de la vigencia espacial se sujeta al principio id más estrictamente que en los delitos (§ 5 OWiG). El proce- natorio lo tramitan las autoridades administrativas (§§ 53 ss. no deja de plantear problemas en relación con el artículo 92 lamental (GG)<sup>21</sup>. A diferencia de como ocurre en el proceso árrafo 2 StPO), no rige el principio de legalidad (así pues, no de perseguir por parte de la Administración), sino un principio sujeto a leal discrecionalidad (§ 47 OWiG). A pesar de la im- ltas en un procedimiento administrativo, el Derecho de las con- aplica como parte del Derecho penal en sentido amplio, no administrativo<sup>22</sup>, de modo que la competencia legislativa se rige 74, número 1 GG.

discute si las relevantes especialidades de Derecho material r de pena)<sup>23</sup> y procesal (procedimiento administrativo regido e oportunidad en lugar de procedimiento judicial regido por legalidad) que presentan las contravenciones se basan en una cuantitativa en relación con las infracciones penales, o si las con- uestran un injusto y una culpabilidad cualitativamente pro- que la diferenciación cuantitativa o cualitativa es corriente, pero

ravenciones de 15 de marzo de 1952; BGBl., I, p. 177.

ravenciones de 14 de mayo de 1968, BGBl., I, p. 481, redacción de 2 de enero p. 80, con corrección, p. 520.

stante, BVerfG, 8, pp. 197 ss.; 22, pp. 49 ss., 81. Críticamente, Herzog, en: og-Scholz, art. 92, núm. marg. 49.

as contravenciones, Bohner, Jura, 1984, pp. 11 ss., 13 ss.

concebir la multa como «una pena genuina», Mattes, Untersuchungen, vol. II, n amplia bibliografía sobre el estado de la discusión.

carácter propio de las contravenciones (o de los delitos administrativos), ade- ya mencionados (M. E. Mayer, Goldschmidt, F. Wolf, Eb. Schmidt): RG, 64, 75, pp. 234 ss., 235; BGH GS, 11, pp. 263 ss., 264; Lange, *ut supra* nota 6; Mi- p. 78 ss. (con reservas, pp. 82 s.); Maurach, AT, 3, § 1, III, B 2; LK<sup>8</sup>-Jauch, p. 13; en lo esencial, también OLG Hamm GA, 1969, pp. 156 s.; Cramer, Grund-

poco expresiva, porque ya el ámbito de las infracciones penales en sí no es, de- pendiendo del punto de vista, cualitativamente homogéneo. En el transcurso de la polémica se ha apuntado a numerosos elementos de la infracción de la norma como posible ubicación de una diferencia cualitativa: Sólo en las infrac- ciones penales se trata de proteger bienes jurídicos; en las contravenciones se trata de «mera antinormatividad»; las contravenciones no tienen que basarse en un injusto respaldado «ético-socialmente», ni su culpabilidad en una «repro- bación por la actitud», sino que debe tratarse más bien de una «negligencia ca- rrente de coloración ético-social»; los efectos de las contravenciones permane- cen en el ámbito interno de la Administración, o debe tratarse en todo caso de puestas en peligro abstractas, etc.

8  
b) El Derecho positivo se resiste a una delimitación cualitativa tajante de infracción penal y contravención. No cabe determinar diferencias cualitativas entre infracción penal y contravención de claridad contrastable en la práctica, por ejemplo en el Derecho de la circulación (§ 316 StGB como infracción pe- nal, § 24 a StVG como contravención) o en el Derecho tributario (§ 370 AO como infracción penal, § 378 AO como contravención). En algunos complejos regulados homogéneamente como contravenciones también pueden extraerse algunos grupos de supuestos comparables cualitativamente con infracciones pe- nales, como ocurre con algunas infracciones de la Ley contra limitaciones a la libre competencia (§§ 38 ss. GWB). La distribución entre los ámbitos mencio- nados se halla determinada por cómo ha de verificarse en la práctica el trata- miento del procedimiento correspondiente (infracciones penales masivas en el tráfico rodado) y por el hecho de si la multa tendrá efecto suficiente.

Los criterios de diferenciación mencionados en la teoría son en parte obso- letos y en parte no necesariamente cualitativos en su origen. Obsoleta es la ar- gumentación basada en una posición especial de la Administración: Su funcio- namiento no se puede definir como bien jurídico como ocurre con cualquier otra unidad funcional<sup>25</sup>, se trata únicamente de la cuestión de cuándo y en qué

begriffe, pp. 17 s.; Schönke-Schröder-Stree, núm. marg. 35 ante 38; Stratenwerth, AT, núm. marg. 43 («la multa no está vinculada con un reproche personal»), De Figueiredo Dias, Jescheck-Festschrift, pp. 79 ss., distingue, a la vista del Derecho comparado, entre contravenciones (refe- ridas al comportamiento que, al no vulnerar una norma positiva, ha de valorarse como neutro) e infracciones penales que han de juzgarse con arreglo al Derecho penal administrativo o especial (vulneraciones de las normas de los derechos sociales fundamentales y del orden económico) o con arreglo al Derecho penal común (infracciones de normas destinadas a la protección de la «activi- dad personal»). En favor de una delimitación determinada cuantitativamente, Krümpelmann, Ba- gatelldelikte, pp. 166 ss.; Mattes, ZStW, 82, pp. 25 ss.; *el mismo*, Untersuchungen, vol. II *passim*; Weber, ZStW, 92, pp. 313 ss., 316 s.; Günther, en: 40 Jahre, pp. 382 ss., 387 ss.; Göhler, OWiG, núm. marg., ante § 1; Baumann-Weber, AT, § 4, 1, 2 a; Jescheck, JZ, 1959, pp. 457 ss., 461; *el mismo*, AT, § 7, V, 3 b; LK-Jescheck, Introducción, núm. marg. 11; Schmidhäuser, AT, 8/107; en esencia también Kautz, Bagatellprinzip, pp. 48 ss.; Maurach-Zipf AT, I, § 1, núm. marg. 33 ss.; Sav. Handbuch, t. III (2), pp. 909 ss., 919 ss.; 919 ss.; Rehmann-Roth-Herrmann, OWiG, núm. marg. 8 ss., ante § 1; Lang-Hirrichsen, H. Mayer-Festschrift, pp. 49 ss., 61; LK-Tröndle, núm. marg. 64, ante § 38; en la actualidad también Rothberg OWiG, Introducción B. Una distinción, de Derecho sustancial y procedimental, entre «verdadero delito» y modos de comportamiento ante los que habría que reaccionar mediante «control social» según un «Código de intervención», la pro- pone Naucke, Wechselwirkung, p. 40.

<sup>25</sup> Vid. ya Lindemann, Gibt es ein eigenes Wirtschaftsstrafrecht?, 1932, en la actualidad, en lugar de muchos, Tiedemann, OJZ, 1972, pp. 283 ss., 290.



nistración es digna de protección. Todos los demás criterios se ar como puntos-límite de diferencias cuantitativas: Desde el inspalado ético-socialmente, cuya realización culpable merece la actitud, hasta la mera desobediencia a una norma que pron peligro abstracta, se halla una escala no graduada de magnitud. Debería considerarse absolutamente descaminado pretender encia sólo desde el punto de vista de la infracción de la norma, ad de solucionar un conflicto mediante una multa en lugar de la culpabilidad (contexto normativo; sensibilidad de los grupos stigo; posibilidad de recaudar también multas muy elevadas); ón compleja de la infracción de la norma y de la reacción con se ha desarrollado hasta ahora, en tanto en que no está determedida la multa la concibe su destinatario como reacción *sui mo* pena atenuada).

ego pueden mencionarse reglas de clasificación, pero ninguna riterios cuantificables: a') Las normas cuya infracción se efecti comportamiento que poco se distingue de lo adecuado social- § 117 a 119 OWiG) se ajustan más al ámbito de las contraven- tanto cabe afirmar para las normas cuya finalidad consiste en ipuestos con consecuencias insignificantes (p. ej., § 111 OWiG res de las contravenciones del Derecho de la circulación que estas en peligro abstractas)<sup>26</sup>. c') También pertenecen más bien iones, en los casos de autores no sujetos a deberes especiales, de conducta que perturban al Estado en la realización de me- les en la práctica. El resultado del hecho se determina aquí me- ionalidad de la Administración; ésta podría ser la idea básica el «injusto administrativo especial». En caso de metas *fijas* ha- enal (p. ej., §§ 138, 153 ss. StGB) cuando la norma no es apli- os de bagatela. Las normas que pueden hacerse respetar por la ón administrativa o retirando un trato favorable no merecen ni rzamiento mediante conminación de multa<sup>27</sup>.

posibilidad de caracterizar cualitativamente a las contravencio- puede señalarse es aquello que nunca puede ser contravención, ión penal o exento de todo castigo: la infracción de las normas ral o nuclear, por difusos que sean sus límites. El ámbito cen- ización social y estatal no siempre está reforzado por normas el carácter social del Estado no se halla garantizado por el De- por el Derecho de las contravenciones). Pero cuando hay una ebe ser de una clase tan estricta como corresponde al carácter l ámbito central. Tampoco los supuestos de bagatela en las in- rmas pertenecientes al ámbito central deben solucionarse como ncciones, sino como infracciones penales y en un procedimiento

penal: Toda reacción debe tener en cuenta el contexto normativo en que se inscribe el caso concreto; este contexto normativo, en las normas centrales, llega hasta los casos de bagatela, pues también la infracción, de bagatela en el caso concreto, de una norma central vulnera un principio elemental básico para la definición de la sociedad, no sólo para su existencia fáctica. En estas normas se trata de algo más que de la existencia o de la pérdida de bienes; de partes imprescindibles de la identidad de la sociedad. Ejemplo: Una tentativa de homicidio en un caso menos grave (§§ 22, 212, 213 StGB), y además en el límite del exceso en la legítima defensa (§ 33 StGB), etc., cabe castigarla con una pena leve o incluso no castigarla en absoluto; pero castigarla con una multa como si fuese un aparcamiento prohibido o la emisión de ruidos molestos, desprendería el firme anclaje de la prohibición de matar en el ámbito central. Lo afirmado no tiene por qué verse alterado por la ubicación procesal de tales contravenciones en la StPO. Por ello está especialmente vedado un desplazamiento de la pequeña criminalidad contra la propiedad y el patrimonio al ámbito de las contravenciones, en tanto que el principio de la protección de propiedad y patrimonio deba pertenecer al ámbito central<sup>28</sup>.

## II. LAS MEDIDAS DISCIPLINARIAS

**BIBLIOGRAFÍA:** A. Arndt, Der Zweck der Disziplinarstrafe, DÖV, 1966, pp. 809 ss.; *el mismo*, Der disziplinarrechtliche Grundtatbestand, DÖV, 1968, pp. 39 ss.; E. Barth, Dienstbegriff und außerdienstliches Verhalten im Wehr-, Disziplinar- und Strafrecht, Honig-Festschrift, pp. 1 ss.; J. Baumann, Kritische Gedanken zur Disziplinarstrafe, JZ, 1964, pp. 612 ss.; *el mismo*, Der Lichtblick im Disziplinarrecht, JZ, 1967, pp. 657 ss.; K. Behnke, Disziplinarrecht und Strafrecht, ZBR, 1963, pp. 257 ss.; *el mismo*, Bundesdisziplinarordnung, 2.<sup>a</sup> ed., 1969; H. R. Claussen y W. Janzen, Bundesdisziplinarordnung, 5.<sup>a</sup> ed., 1985; K. Dau, Der Begriff des Dienstvergehens und sein Verhältnis und Straftatbestand, DVBl., 1968, pp. 62 ss.; *el mismo*, Wehrdisziplinarordnung, 2.<sup>a</sup> ed., 1990; M. Hagedorn, Verbot der Doppelbestrafung nach Wehrdisziplinarrecht und (Wehr-) Strafrecht?, NJW, 1965, pp. 902 ss.; H. Kohler, G. Ratz, BDO, Bundesdisziplinarordnung und materielles Disziplinarrecht, 1989; A. Kreuzer, Kommentar a BVerfG, 27, pp. 180 ss., NJW, 1970, pp. 507 ss.; R. Kugler, Ist das Disziplinarrecht verfassungswidrig?, ZBR, 1960, pp. 33 ss.; F. Ostler, Neues im Disziplinarrecht, NJW, 1967, pp. 2033 ss.; H. H. Rupp, Kommentar a BVerfG, 21, pp. 379 ss., NJW, 1967, pp. 1651 ss.; E. Schmidt, Strafrecht und Disziplinarrecht, en: Deutsche Landesreferate zum 3. internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung, 1950, pp. 859 ss.; U. Stock, Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen, 1932; W. Thiemé, Vom Wesen des Disziplinarrechts, DVBl., 1957, pp. 769 ss.; W. Wiese, Der Verfassungssatz ne bis in idem — Art. 103, Abs. 3, GG — und das Verhältnis von Kriminalrecht und Dienststrafrecht, VerwArch., 56 (1965), pp. 203 ss., 354 ss.

<sup>28</sup> Dreher, WehrzFestschrift, pp. 917 ss., 929 s.; Günther, en: 40 Jahre, pp. 381 ss., 391; *otra opinión*, H. Mayer, Strafrechtsreform, pp. 65 s.; Peters, ZStW, 77, pp. 470 ss., 501; Baumann, JZ, 1972, pp. 1 ss., 3; *el mismo*, ZRP, 1972, pp. 273 ss.; *el mismo*, Schröder-Gedächtnisschrift, pp. 523 ss., 525 s.; Dencker, JZ, 1973, pp. 144 ss.; 150 s.; más bien de otra opinión también Krümpelmann, Bagatelldelikte, pp. 240 s.; Hirsch, ZStW, 92, pp. 218 ss., 242 ss.; *vid. asimismo* Kaiser, ZStW, 90, pp. 877 ss.

en relación con la transformación del Derecho de la circulación en Derecho, Matlex, ZStW, 82, pp. 25 ss., 35 ss.  
nte, Weber, ZStW, 92, pp. 313 ss., 320 ss., 332 s., con ejemplos en favor de la as reglas; Hirsch, ZStW, 92, pp. 218 ss., 243; Vogler, ZStW, 90, pp. 132 ss., 10 Jahre pp. 381 ss., 384 ss.



## d de medidas disciplinarias

nizaciones (concebidas aquí como sistemas dentro de la sociedad, que no se pueden sustituir, o que si se disuelven es sin susrequieren que se garanticen las normas necesarias para el cumplimiento como tales organizaciones. Frente a las personas ajenas se verifica a través del Derecho penal o —especialmente en cooperación para con la Administración— a través del Derecho de sanciones; las normas pueden tener contenido general o estar concretamente para la organización (como sucede con las normas de infracciones penales de los capítulos 4.º a 6.º del StGB). Tampoco personas pertenecientes a la organización se encuentran —junto a las normas generales— normas específicas para la organización generalmente (p. ej., los §§ 121, 258 a., 331 ss. StGB, §§ 15 ss., 19 ss., StVG), naturalmente sin que las garantías exigibles las preste el iudex, naturalmente de modo exhaustivo.

la clase más importante en la práctica de miembros de organizaciones, para los servidores públicos (*Staatsdiener*), la ALR prevé un catálogo detallado de normas penales (§§ 323 ss., organizando un sistema de sanciones diferenciado convenientemente para cada sanción resultase impuesta también de modo apropiado de la Administración<sup>30</sup>. Elemento común a todos estos «delitos públicos» no era el objeto de ataque (la organización), de servidor público del autor. Esta solución penal del problema ya no se observó, por varios motivos, a mediados del siglo XIX. Los delitos de los funcionarios públicos pronto no pudieron satisfacerse crecientes de taxatividad de las leyes penales. Además, falló de medidas de seguridad penales adecuado a las necesidades del aparato funcional, debido a una concepción del Derecho cambiada (retribución o prevención general por medio de retribución, la atención de los criminalistas, en los delitos de autor, se trasladó del autor al resultado: los «delitos de los servidores» transformaron en «delitos graves y menos graves en ejercicio de la función» de la Parte Especial del Código Penal prusiano de 1851, cometidos a partir de entonces también los gestores públicos de servidores públicos (vid. § 11, apartado 1, núms. 2 a 4 bis

racio creado tras esta amplia retirada del Derecho penal de la

reciso el límite entre la persona ajena a la organización y la perteneciente a ella cuando ésta es de la clase de los sujetos a deber—; así, p. ej., al testigo, en Justicia, se le puede considerar como un funcionario *ad hoc* determinado obligatoriamente (§ 51, 70 StPO, §§ 380, 390 ZPO, §§ 153 ss. StGB).

StGB, pp. 145 ss.; *Eh. Schmidt*, en: *Landesreferat*, pp. 859 ss., 865; *Wiese*, pp. 203 ss., 213 s.; en parte discrepante *Behnke*, ZBR, 1963, p. 257 ss., a distinción en el procedimiento— distingue ya según la ALR entre Derecho disciplinario.

StGB, pp. 190 ss., 194, con bibliografía; *Wiese*, VwArch., 56 (1965).

relación personal de los funcionarios vinieron a colmarlo a partir de entonces los reglamentos disciplinarios. La relación de este Derecho disciplinario con el Derecho penal no se ha precisado hasta ahora de modo especialmente convincente. La falta de claridad se deriva por una parte de la ya poco clara definición de los fines del Derecho penal y del Derecho disciplinario, que en parte se reconduce a la fórmula, enteramente incorrecta: retribución contra eficacia. Además, dentro del Derecho disciplinario se discute la importancia de la vulneración de la lealtad para la definición del daño a la organización: se trata del problema de en qué medida el delito menos grave disciplinario se puede derivar del antiguo delito estamental (*Standesverbrechen*). La solución se ve dificultada por faltar tipos formulados de infracciones disciplinarias.

La cuestión de la relación entre vulneración de la lealtad y daño a la organización no se plantea, evidentemente, en aquellas organizaciones que reclutan con carácter forzoso a sus miembros (alumnos, presos, vid. §§ 102 ss. StVollzG), mientras la ley no establezca lo contrario (los sujetos al servicio militar obligatorio, § 1, párrafo 2, inciso 2, y §§ 7, 17, párrafo 2, entre otros, de la SoldatenG)<sup>32</sup>, en relación con profesiones liberales reguladas en sus líneas esenciales, no se plantea con la intensidad que en los servidores públicos (ejemplos: abogados, §§ 113 ss. BRAO; asimismo hay medidas de Derecho disciplinario, con «tribunales de honor», para los censores de cuentas, médicos, farmacéuticos, etc.).

## b') El sistema de reacciones posibles depende de la relación (distinta según el ámbito de organización) entre el miembro de la organización y ésta misma.

En los supuestos de reclutamiento forzoso, la expulsión resulta incompatible con el cometido de la organización (de nuevo una excepción: § 54, párrafo 1, núm. 4 WDO). Por lo demás, despliega un efecto seguro desde el punto de vista de la prevención especial, de modo que el refuerzo cognoscitivo necesario en toda sanción se puede realizar fácilmente en el Derecho disciplinario. La privación de libertad sólo viene en consideración en organizaciones en las que son normales limitaciones drásticas en el ejercicio de derechos fundamentales (§ 22 WDO; § 103, párrafo 1, núm. 9 StVollzG), de modo que la imagen de la organización no se ve perturbada por coerción a las personas (antiguamente, también, p. ej., cárcel estudiantil, arresto escolar). La exposición subsiguiente se refiere en lo esencial al Derecho disciplinario de los funcionarios<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Acerca de ello, vid. *Hagedorn*, NJW, 1965, pp. 902 ss., 903.

<sup>33</sup> Reguladas legalmente en detalle lo están por lo general solo las medidas disciplinarias y el procedimiento; para los funcionarios federales rige la BDO, redactada según la publicación de 20-VII-1967, BGBl., I, p. 751, 984; en relación con los jueces, vid. §§ 63 ss., 71 DRiG; en relación con los fiscales, vid. § 122, párrafo 4, inciso 1 DRiG; vid., acerca de los funcionarios de los *Länder*, las respectivas leyes de los *Länder*. Los deberes en cuyo incumplimiento consiste una infracción de funcionario, es decir, la Parte Especial del Derecho disciplinario material, los enuncian las leyes de funcionarios: §§ 52 ss. BBG, §§ 35 ss. BRiG, y las leyes de los distintos *Länder*, para sus funcionarios respectivos; para los jueces, los §§ 38 ss. DRiG. La doctrina de la imputación, que forma junto a las consecuencias jurídicas el sector principal de la Parte General, no está formulada legalmente.



### y tratamiento de las zonas de intersección

ión de las medidas disciplinarias es asegurar el *funcionamiento* de las medidas disciplinarias en tanto que *subsistemas del Estado* frente a los miembros de la organización. Las medidas disciplinarias no en infligir un mal, que se detiene una vez cumplida la pena: *Pflichterhaltung*, o en la expulsión del servicio (depuración) de esa orientación de las medidas disciplinarias hacia las conductas de la organización, es decir, a causa de su relación abier-  
 34. de donde se deduce que, al contrario que la pena, nunca  
 35. el artículo 103, párrafo 3 GG (*ne bis in idem*).

umentación se basa en una concepción errada de la pena. Al las controversias, se conviene en que la pena sirve al mantenimiento (supra 1/17). No existe obstáculo alguno para considerar al Derecho disciplinario *general* de la sociedad, administrado (donde la depuración sólo se efectúa por medio de inter-  
 uridad, desde que el extranamiento está prohibido). Además, se apoya en un concepto de medida disciplinaria no suficien-  
 llado. El hecho de que ésta sirva a un fin único no significa  
 homogéneo, al igual que en el Derecho penal penas y medi-  
 sirven al único fin de mantener el orden, pero son distintas  
 y en el modo de surtir efecto.

echo de que las medidas disciplinarias deben contener también acciones semejantes a las medidas de seguridad se deriva de su  
 r el funcionamiento de la organización. El carácter organiza-  
 cional no se puede mantener sin garantía normativa, y la  
 a la desaprobación formal de la infracción de la norma (re-  
 O), sino que se extiende a infligir males (multa, reducción de  
 BDO). Estos males con que se conmina no se infligen sólo  
 prevención especial, sino además para reafirmar la norma.  
 funcionario que en el mes inmediatamente anterior a su jubi-  
 sus funciones sin motivo no se le dispensa de la medida disci-  
 de necesidad de prevención especial, pues tal indulgencia afec-  
 dad de la norma. Pero el hecho de que con infligir el mal no

ÖV, 1966, p. 809 ss., 811; Thiem, DVBL., 1957, p. 769 ss., 773 (Expiación  
 ón, en la pena, frente a medios racionales, en el Derecho disciplinario); Wi-  
 965), p. 203 ss., 354 ss., 368 ss.; Bohnke-Arndt, BDO Einführung A, núm.  
 en-Janzén, BDO Einführung A números marginales 4 ss.; Köhler-Ratz, BDO,  
 taurach-Zipf, AT, I, § 1, núm. marg. 17 s. Stock, Entwicklung, p. 266 ss., apre-  
 enal la prevención general, en el Derecho disciplinario la prevención especial.  
 (en: Landesreferate, pp. 859 ss., 863) también en el Derecho disciplinario debe  
 e tener lugar la retribución, a pesar de lo cual concurre «una distinción jurídica  
 stintos fenómenos», porque en el Derecho disciplinario sólo debe importarse la  
 retención de lealtad (loc. cit., p. 866 ss., 873). Críticamente, con razón, acerca  
 estas delimitaciones Baumann, AT, § 4, I, 4; el mismo, JZ, 1964, pp. 612 ss.,  
 7, 1967, p. 657 ss.

se persiga una función retributiva, sino sólo de prevención general, no aporta  
 ninguna diferencia cualitativa con la pena (*vid. supra* 1/15). Una función penal  
 se encuentra incluso en la depuración: Esta se aplica —especialmente en los de-  
 litos contra la propiedad de los tenedores de caudales públicos y casos simila-  
 res— no sólo cuando el peligro de hechos ulteriores del mismo autor perturba  
 a la organización, sino cuando lo exige el daño causado a la autoridad de la  
 norma<sup>35</sup>. El carácter de pena no se pierde tampoco por que la reacción disci-  
 plinaria tenga por fin asegurar la confianza de la generalidad en la integridad  
 del funcionario, pues esta confianza sólo puede existir a la larga como reflejo  
 de la autoridad de la norma en el seno del funcionariado.

18 h) Aun cuando las medidas disciplinarias pueden tener, junto a su fun-  
 ción de medidas de seguridad, la función de pena (no de pena criminal)<sup>36</sup>, el  
 sistema de las medidas disciplinarias no es por ello un sistema «reducido» de  
 las penas y medidas de seguridad del Código Penal. Más bien presenta otros  
 puntos esenciales, por el siguiente motivo: la separación del servicio se halla  
 disponible en Derecho disciplinario como medio de eficacia preventivo-espe-  
 cial absolutamente segura. Los equivalentes jurídico-penales, pena perpetua  
 privativa de libertad e internamiento de seguridad, afectan con una profundi-  
 dad desproporcionada a los intereses del reo, especialmente a sus derechos; sus  
 presupuestos son por ello más estrictos. Ejemplo: Si la separación del servicio  
 sólo se verificase cuando se dan las condiciones correspondientes a los presu-  
 puestos, formales y de pronóstico, para el internamiento de seguridad (§ 66  
 StGB), carecería de significado práctico. Así pues, desde el punto de vista de la  
 prevención especial el Derecho disciplinario es preferente. Por lo mismo, en De-  
 recho disciplinario rige el principio, orientado al autor, de la unidad de la in-  
 fracción del servicio, es decir, que siempre que haya varias infracciones singu-  
 lares en la persona del autor, se reúnen en una sola infracción que se enjuicia  
 globalmente<sup>37</sup>. Asimismo, por orientación al autor, no se diferencia entre ten-  
 tativa y consumación<sup>38</sup>.

19 3. Al margen de la preferencia del Derecho disciplinario desde el punto  
 de vista de la prevención especial, las reacciones del Derecho penal se distin-  
 guen de las del Derecho disciplinario en que éstas tienen siempre el cometido  
 de mantener una determinada organización capaz de funcionar, mientras que  
 el Derecho penal debe hacer posible la vida social en su conjunto. Pero dado  
 que las medidas disciplinarias, dentro de su limitado ámbito de funcionamien-

<sup>35</sup> Vid. las sentencias enumeradas por Claussen-Janzén, BDO Einleitung D, núm. marg. 30  
 a ss.

<sup>36</sup> Se ha formulado la exigencia de aplicar, por ello, el artículo 103.2 GG (Kugler, ZBR, 1960,  
 pp. 33 ss., 34; de otra opinión, Dau, DVBL., 1968, pp. 62 s., 70; Eb, Schmidt, en: Landesreferate,  
 pp. 859 ss., 867). Los tipos determinados íntegramente por la ley limitarían el ámbito de maniobra  
 del superior (el Estado); no serían posibles las normas en blanco. La limitación del artículo 103.2  
 GG, a las penas que el Estado impone en virtud de su poder general (no como superior) obedece  
 a la evolución histórica.

<sup>37</sup> Benke-Arndt, BDO Einführung B, núm. marg. 1 ss.; en relación con los soldados, *vid. Dau*,  
 WDO, núm. marg. 10, ante § 7; *vid. también* el principio de unidad de la persecución de los de-  
 litos juveniles, § 31 JGG, así como *infra* acerca de la pena unitaria 31/10.

<sup>38</sup> Benke-Arndt BDO Einführung B, núm. marg. 10; el que estén excluidas las reglas del de-  
 sistimiento no es algo forzoso ni fundamentando la equiparación por orientación al autor, ni aten-  
 diendo a la infracción del deber (ya dada en caso de tentativa).



er tanto carácter de pena como de medida de seguridad, deben seguir los siguientes principios para evitar una doble punición<sup>39</sup>:

pena criminal se le puede añadir una medida disciplinaria como unidad especial de Derecho funcional (imposible con arreglo al general) sin función de pena, lo que en parte se verifica ya a propia ley (§ 48 BBG; § 48 SoldatenG; §30 WehrpflichtG).

co que es problemático es si pueden imponerse conjuntamente una y una medida disciplinaria que se aplica como pena a causa de la comisión de un delito. La respuesta es afirmativa. Para la solución hay que atender a si en la determinación de la pena debe tenerse en cuenta la importancia especial, para la respectiva norma, de que el autor haya infringido la norma —en ese caso la medida-pena conduciría a la doble punición—, o si la determinación puede abarcar el daño a la organización; entonces queda una parte disciplinaria. Así pues, el artículo 103, párrafo 3, de la GG (prohibición *in idem*) es aplicable también en caso de concurrencia de pena disciplinaria-pena cuando cabe solucionar el complejo en su totalidad ante el Derecho penal. Ejemplo: Si un funcionario, en ejercicio de sus funciones, conduce un coche oficial en estado de embriaguez (§ 316 StGB), debe compensar por la puesta en peligro del tráfico en general, y en cuenta una posible importancia especial de la prohibición de conducir para la organización, para la cual el tráfico con vehículos públicos es especialmente importante (reparto del correo), etc. Ejemplos de la misma especie son los delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, los forman, aparte de todos los delitos cometidos en ejercicio de la

14 BDO (análogamente, § 8, inciso 1 WDO), junto a una pena o una medida de seguridad no se puede imponer la medida disciplinaria más leve, y una mediana sólo si es necesaria. Esta regulación no se dirige a evitar la doble punición, sino a evitar las ficticiamente innecesarias. En la determinación de las necesidades de reaccional, a demostrar «desde las circunstancias concretas del caso particular», hay espacio de duda, de que el funcionario ya tendrá en cuenta suficientemente la pena de acuerdo con BVerfG, 1440 S., pp. 379 ss., 384 (con comentario desfavorable de Petersen, pp. 1651 s.); 21. pp. 391 ss., 403 ss.), pueden coexistir la punición y la imposición disciplinaria de la WDO, pero si a la medida disciplinaria sigue una pena privativa de libertad, el arresto disciplinario se abona para su cumplimiento (BVerfG, 21. pp. 379 ss.). WDO establece ahora que se abonen forzosamente «otras privaciones de libertad disciplinaria. Sin embargo, no puede tener lugar el abono recíproco de multa penal activa (BVerfG, 27 pp. 2180 ss., con comentario desfavorable de Kreuzer, NJW, BVerfG NJW, 1970, pp. 1860 ss.). Con mejor criterio, en caso de procedimiento disciplinario, el abono ha de hacerse depender de si ha quedado un resto disciplinario; llevándose a cabo en primer lugar el procedimiento disciplinario, la reacción derivada de este ha de abonarse en el proceso penal si las causas de las medidas al propio tiempo causan determinación de la pena (así en conclusión acertada, amn NJW, 1978, pp. 1063 ss.). Las sanciones heterogéneas han de compensarse en mayor «propensión al abono» no es preferible desde la perspectiva del Estado que diluye los límites de las distintas sanciones y suscita la intrusión en el ámbito de las sanciones.

cargo, los delitos contra la propiedad o el patrimonio cometidos con ocasión del ejercicio de funciones públicas; medidas disciplinarias que se concebían como pena son entonces inadmisibles.

4. También los delitos —como cualesquiera otros comportamientos— cometidos *fuera del servicio* pueden tener consecuencias disciplinarias (§ 77, párrafo 1, inciso 1, BBG), en tanto que el funcionario, mediante el hecho, ha destruido la *potestas* y *auctoritas* necesarias para su utilidad en la organización.<sup>40</sup> La medida se puede entender también como pena, como p. ej., cuando una re-prensión no basta y una separación del servicio no resulta necesaria, ya que en la determinación de la pena el Tribunal no tiene en cuenta los efectos para la función, en caso de delitos no cometidos en ejercicio de ésta. Lo que es difícil de contestar es la cuestión de cuándo un delito (o incluso una mera contraven-ción) cometido al margen del ejercicio de la función constituye a la vez una in-fracción disciplinaria. A tenor de la concepción antigua, al funcionario debe competir un deber más intenso de obedecer la norma<sup>41</sup>, que se derivaría de una relación de lealtad especial. Estas son secuelas del antiguo tratamiento de los funcionarios como estamento (*Stand*) especial. Si se entiende el deber de lealtad en relación con la función, surge una limitación del hecho de que el de-lito permite concluir que se ha realizado un menoscabo de la organización.<sup>42</sup> Pero ello no cabe presumirlo a su vez mediante la difusa suposición de que la generalidad espera de los funcionarios una vida privada irreprochable en todos los sentidos o que en determinados grupos profesionales (conductores, maqui-nistas de locomotora) no se deban solucionar sólo penalmente determinados de-litos cometidos fuera de servicio (conducción en estado de embriaguez)<sup>42.a</sup>. Los detalles constituirían la materia del Derecho disciplinario.

5. La infracción disciplinaria recibe el mismo tratamiento que el delito de infracción de deber; especialmente, desaparece la distinción entre autoría y participación<sup>43</sup> (*vid. infra* 21/115).

## II. LOS MEDIOS PARA MANTENER EL ORDEN, Y DE APREMIO, DE LA REGULACION PROCESAL

A. Los medios para mantener el orden representan reacciones a una infracción y deben poner de manifiesto la significación de la norma infringida a costa del autor (mediante multa o arresto: *Ordnungsgeld/Ordnungshaft*); se trata, pues, materialmente, de penas a las que —para no dejar que se apliquen las cautelas basadas en el Derecho penal, en particular también a fin de evitar

<sup>40</sup> Dürig, en: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, artículo 103.3, núm. marg. 128.

<sup>41</sup> Todavía BDH, I, pp. 55 ss.; BDH ZBR, 1962, pp. 194 s.

mente a hechos imprudentes); *Behnke-Arnold*, BDO Introducción B, núm. marg. 150; *Claussen-lauzen*, BDO Introducción C, núm. marg. 58 c; *H. Arnold*, DOV, 1966, pp. 809 ss.; *el mismo*, DOV, 1968, pp. 39 ss.; *Wiese*, *VwArch*, 56 (1965), pp. 2703 ss., 354 ss., 358 ss.; *Dau*, DVBl., 1968, pp. 62 ss., 69; *Baur*, *Hong-Festschrift*, pp. 1 ss., con más bibliografía.

<sup>42</sup> BVVerwG NJW, 1983, p. 1440; OVG Münster NJW, 1987, pp. 2304 s., 2035; incluso aun BVVerwG NJW, 1984, pp. 501 ss. *ad loc.*

<sup>43</sup> *Behnke-Arndt*, BDO Introducción B. num. marg. II, pp. 204 ss., demasiado globalmente, BVcrwG, 76, pp. 371 ss.



un proceso penal para la realización de los medios de mantener se puede llamar penas (art. 5 EGSiGB). Fin de los medios para den es garantizar la validez de la norma. El fin de los *medios de emio* es, por el contrario, obligar a un determinado comportamiento. Materialmente, también en los medios de coerción se trata o. Medias de coerción de «corrección». Para la consecución de los medios de coerción ya alcanzan su fin cuando se realiza el com- que se apremia; si es éste el caso, aun antes de que la medida «agotes», concluye la coerción. Ejemplo <sup>44</sup>: Si un testigo se niega o a prestar testimonio, se le impondrá una multa con arreglo a u infracción de deber (en el proceso penal, *vid.* § 70, párrafo 1, ; si hay motivos para pensar que el testigo persistirá en su nega- al ordenará prisión coercitiva (para el proceso penal, *vid.* § 70, O), que concluirá (a lo más tardar) cuando el testigo se muestre alarar o cuando ya no proceda la declaración, mientras que la mul- ctada por ello.

*medios para mantener el orden* de la regulación procesal constitu- unto de las reacciones de la Administración a los «delitos admin- upra 3/1 ss.). Presuponen el tener culpa <sup>45</sup>. Si surgen de un com- ue a la vez constituye un delito, en el proceso penal se abonará cesal al cumplimiento de la pena <sup>46</sup>. Ejemplos de medios para orden: las medidas de policía en las vistas procesales del § 178 i de una infracción de un deber de omitir o soportar según el § istamente se le suele denominar medida de coerción); contra tes- , §§ 51, 70, párrafo 1, 77, 95, párrafo 2 StPO, §§ 380, 390, párra- ,

uesto básico para la aplicación de *medidas de apremio* es el apre- izar acciones en que no cabe sustituir al sujeto según el § 888 la omisión que motiva la coerción deba ser enteramente imputa- le que la pretensión se refiera a una prestación imputable o no evitabilidad (carácter doloso o imprudente) de la omisión es re- . Otros ejemplos: apremio para realizar una prueba, § 70, párra- 90 StPO; apremio para la entrega de objetos que han de ser em- 5, párrafo 2 StPO; apremio para que se preste un juramento en nto civil ejecutivo, § 901 ZPO; apremio para que se verifique el is por una contravención, § 96 OWiG.

to con RG, 57, pp. 29 ss.

pp. 159 ss., 162 s. (en relación con el § 890 ZPO); ya BVerfG, 20, pp. 323 ss. version anterior). La culpa es discutida en relación con el § 177 BVB; KK-Mayr, 2, 5, con remisiones bibliográficas; el precepto cabe entenderlo —frente a su te- o regulación de la coacción directa.

urbrücken NJW, 1968, pp. 1687 s.; LK-Tröndle, núm. marg. 70, ante § 38,

## CAPITULO II

### El principio de sujeción a ley y la validez del Derecho penal

#### APARTADO 4

#### La sujeción a ley y la validez temporal

#### I. FUNCION DEL PRINCIPIO DE SUJECION A LEY

**BIBLIOGRAFIA:** A. Arndt (Miscelánea), NJW, 1961, pp. 14 ss.; *el mismo* (Miscelánea), NJW, 1964, pp. 1310 ss.; *el mismo*, Zum Problem der strafrechtlichen Ver- jährung, JZ, 1965, pp. 145 ss.; J. Baumann, Rechtmäßigkeit von Mordgeboten?, NJW, 1964, pp. 1398 ss.; *el mismo*, Der Aufstand des schlechten Gewissens, 1965; L. v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, t. I, 1906; G. Bemmig, Zur Frage der nachträglichen Verlängerung der Strafverfolgungsverjährung, JuS, 1965, pp. 333 ss.; E. Benda, Verjährung und Rechtsstaat, 2.<sup>a</sup> ed., 1965; H. Bindokat, Richter und Gesetz, Analogie im Strafrecht, JZ, 1969, pp. 541 ss.; P. Bockelmann, Richter und Gesetz, Smend-Festgabe, pp. 23 ss.; W. Bohnert, Paul Johann Anselm, Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, 1982; G. Bopp, Die Entwicklung des Geset- zesbegriffes i. S. des Grundrechts nulla poena, nullum crimen sine lege, 1966; F. Cal- velli-Adorno, Die Verlängerung der Verjährungsfrist für die Strafverfolgung von Verbrechen, die mit lebenslangem Zuchthaus bedroht sind, NJW, 1965, pp. 273 ss.; W. Class, Generalklauseln im Strafrecht, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 122 ss.; P. J. A. Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven pein- lichen Rechts, Parte I, 1799; G. Frost, Die Verjährung bei NS-Verbrechen, DRiZ, 1965, pp. 89 ss.; G. Grünwald, Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht, 1971; *el mismo*, Bedeutung und Begründung des Satzes *nulla poena sine lege*, ZStW, 76, pp. 1 ss.; *el mismo*, Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Än- derung von Verjährungsvorschriften, MDR, 1965, pp. 521 ss.; *el mismo*, Comenta- rio a BVerfG, JZ, 1976, pp. 766 s., loc. cit., pp. 767 ss.; H. L. Hart, Recht und Mo- ral, 1971; E. Jantsch, Das strafrechtliche Verjährungsproblem, DRiZ, 1968, pp. 196 ss.; H. Jung, Rückwirkungsverbot und Maßregeln, Wassermann-Festschrift, pp. 875 ss.; U. Klug, Die Verpflichtung des Rechtsstaats zur Verjährungsverlänge- rung, JZ, 1965, pp. 149 ss.; G. Kohlmann, Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften, 1969; M. Krahl, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesge- richtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103, Abs. 2, GG), 1986; Krey, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977; *el mismo*, Keine Strafe