

extraordinaria del Juez, que, aunque mal comprendido por algunos criminalistas, como Köstlin, lo reconocieron y aprobaron de una manera expresa otros, como Mittermaier, sirvió varias veces de modelo en los trabajos legislativos de la Legislación particular alemana desde la primera mitad de nuestro siglo, ya en los proyectos mismos, ya en los debates parlamentarios.

Bibliografía para la historia de la Legislación austriaca: Wahlberg, *Gesammelte kleinere Schriften*, II, pág. 86 y siguientes, 115 y siguientes, 163 y siguientes, III, pág. 1 y siguientes, 18 y siguientes, 115 y siguientes.—von Domin-Petrushevecz, *Neuere österreichische Rechtsgeschichte*, 1869.—von Maasburg, *Zur Entstehungsgeschichte der Theresianischen Halsgerichtsordnung*, etc., 1880.—Du même, *Die Strafe des Schiffziehens in Osterreich*, 1890.—Bernier, *Die Strafgesetzgebung in Deutschland von 1751 bis zur Gegenwart*, 1867.—C. G. v. Wächter, *Gemeines Recht Deutschlands*, insbesondere *gemeines deutsches Strafrecht*, 1844, y el resumen histórico en la introducción al comentario (citado más arriba) de Herbst, de Hye, Frühwald y en el tratado de Janka.

II. Bases legales del Derecho penal austriaco vigente.

§ 5. La revisión del Código penal de 1803 y el Código penal de 1852.

El Código de 1803 se hallaba tan fuertemente implantado que, aun después de los sucesos de 1848, que lo trastornaron todo, su existencia no parecía amenazada, no refiriéndose las principales reclamaciones más que á la reforma del procedimiento. Sin embargo, en esta época tormentosa el mismo Derecho penal sufrió cambios que desde largo tiempo se deseaban. Así, un Decreto imperial de 28 de Mayo de 1848 dispuso la abolición de la exposición pública, de la marca y del castigo público; el Decreto imperial de 17 de Enero de 1850, publicado al mismo tiempo que la Ordenanza de procedimiento criminal (la cual dicho sea entre paréntesis, introducía un procedimiento reformado en el sentido de las reclamaciones presentadas, en el fondo una imitación fiel de la Ordenanza de procedimiento criminal de Turingia), llamada ordinariamente «Strafmilderungspatent» (Decreto de atenuación penal), con fuerza de Ley para todos los países de la Corona donde estaba vigente el C. p. de 1803, contenía medidas aún más liberales: en virtud de ella, se abolieron varias disposiciones reconocidamente malas, por ejemplo, no se castigaba en adelante el suicidio y ciertas faltas.

Sólo en 1849 se reconoció oficialmente la necesidad de un nuevo C. p. En un informe de 24 de Agosto de 1850, dirigido al Emperador, el Ministro de Justicia von Schmerling, estimaba necesario elaborar un nuevo C. p. que respondiese á las exigencias científicas, habida cuenta los cambios ocurridos en la situación política, así como el grado actual de civilización de los diferentes pueblos del Imperio, y que era preciso garantizarlos á todos ellos con una nueva Ley penal común. Pero la realización de esta gran obra legislativa, comprensi-

va de tantas cuestiones sociales y políticas de interés para el Estado, debía reservarse á la actividad de los órganos legislativos. La corriente provocada por la Constitución reaccionaria de los años que siguieron, hizo imposible la creación de un nuevo C. p. según las tendencias constitucionales. En 1850, sin embargo, el Consejo de Ministros estimaba necesario emprender una reforma del Derecho penal, é introducir la obra así reformada con fuerza de Ley provisional en los países en los cuales no estaba vigente el Código de 1803. He ahí por qué el Consejo proponía la publicación en todos los países de la Corona donde el Código estaba ya vigente, de una nueva edición oficial de éste con todas las modificaciones introducidas por las disposiciones posteriores, introduciéndola provisionalmente en los demás países de la Corona como nuevo C. p. No se desconocía lo delicado que era entonces promulgar un C. p. de principios del siglo, necesitado en sí mismo de reforma, y que había quedado extraño á los progresos de la ciencia y á las ricas experiencias de más de cincuenta años. Pero, sin embargo, se creía admisible que para los países en los cuales dicho Código no estaba vigente, era harto deseable, aun sin transformaciones esenciales, significando un gran progreso en comparación con el estado lamentable en que dichos países se encontraban. Además, antes que plantear una nueva codificación del Derecho penal en esos países, se estimaba preferible proponer un antiguo Código, cuyos 50 años de experiencia no habían hecho sino confirmar la justicia, la suavidad y la prudencia de sus principios directivos y de sus disposiciones capitales. Se pretendía no realizar en el texto original por de pronto más que las modificaciones que habían sido realizadas por disposiciones legales ulteriores y que se conceptuaban como absolutamente necesarias en virtud de la experiencia y de la práctica. Obedeciendo á este plan, apareció el Proyecto de C. p. revisado de 1850, elaborado por Schmerling, y el cual debía tener fuerza de Ley á partir de 1.º de Marzo de 1851, lo que, sin embargo, no se verificó. Ese proyecto de C. p. revisado, constituía la base de una edición corregida y aumentada del C. p. de 1803, edición publicada el 27 de Mayo de 1852, como «allgemeines österreichisches Strafgesetz» en todos los países del Imperio, con excepción de los confines militares. La primitiva idea de una vasta Legislación penal nueva fue de este modo abandonada, lo que mereció la aprobación de los criminalistas austriacos de renombre, como von Hye, Passy, Jul. Glaser, y aun de criminalistas alemanes, como Zachariä y otros, haciendo estos resaltar sobre todo las ventajas de una simple revisión del antiguo Código á cuya práctica se estaba ya habituado, é insistiendo especialmente sobre el hecho de que era preciso restablecer la unidad legislativa en toda la Monarquía.

En el Decreto de promulgación (Decreto imperial de 27 de Mayo de 1852), el Código se designa como una nueva edición del C. p. de 1803, con la interpolación de los cambios verificados por las leyes ulteriores y la adición de varias disposiciones nuevas.

Además, según los principios sentados por el Decreto Imperial de 31 de Di-

ciembre de 1851 para la Legislación orgánica del Reino, se disponía que el Código penal se pusiera en vigor en todo el Reino, á partir de 1.º de Septiembre de 1852, tanto en las comarcas de la Corona donde el C. p. de 1803 tuviera ya fuerza de ley, cuanto en los Reinos de Hungría, Croacia y Eslavonia con la costa de Croacia, el Gran ducado de Transilvania, el palatinado de Servia y el Gran ducado de Cracovia. Todas las leyes, órdenes y costumbres, existentes á la sazón en cualquiera parte del Reino, con excepción tan sólo de las leyes penales especiales relativas á las tropas en los territorios de los confines militares, se reputaban derogadas en lo referente de las materias tratadas por el Código. (Preámbulo y art. 1.º del Decreto de promulgación).

En Hungría, sin embargo, á consecuencia de las «Judex-Curial-Beschlüsse» de 1861, el C. p. de 1852, no tuvo fuerza de ley; quedó vigente en Croacia y Eslavonia (hasta el día). En Transilvania, fue reemplazado por el nuevo C. p. húngaro de 1878 vigente desde 1880. En el principado de Lichtenstein, el C. p. austriaco de 1852, alcanzó fuerza legal el 1.º de Enero de 1860, después del Decreto de 7 de Noviembre de 1859 (en lugar del C. p. de 1803 planteado en 1812).

Suprimidas las disposiciones del antiguo Código relativas al procedimiento penal, el C. p. de 1852 se divide en dos partes, de las cuales la primera trata de los crímenes, la segunda de los delitos y de las faltas. La primera parte comprende 27 capítulos, la segunda 14, que en junto tienen 532 artículos, 232 de la primera y 300 de la segunda.

Al mismo tiempo que el C. p., á consecuencia del Decreto Imperial de 27 de Mayo de 1852, se promulgó una nueva Ley de imprenta para todas las comarcas del Imperio con excepción de los confines militares, Ley que se puso en vigor también el 1.º de Septiembre de 1852, en lugar de la Ley de imprenta de 13 de Marzo 1849.

Si se compara el C. p. revisado con el texto original de 3 de Septiembre de 1803, se ve que (según el trabajo comparativo de Hye) las principales diferencias recaen sobre los puntos siguientes:

1.º En el nuevo C. p. se recogieron todas las Leyes suplementarias, complementarias y de interpretación que se sucedieron desde el planteamiento del Código penal de 1803 hasta 1852, lo mismo las emanadas del legislador que las emanadas tan sólo de las autoridades, siempre que hubiesen sido reconocidas como compatibles con el espíritu de la Ley original y conforme á las exigencias de los tiempos presentes.

2.º El C. p. actual es aplicable á los actos punibles señalados como crímenes, delitos y faltas, aun cuando esos actos hubieran sido cometidos por medio de la prensa.

3.º Entre las disposiciones generales del C. p., la edición revisada de 1852, contiene varias prescripciones nuevas, por ejemplo, acerca de la legítima defensa (§ 2, letra g), excitación al crimen (art. 9); además, se introdujeron varias especies nuevas de penas, ciertas agravaciones (arts. 21 á 24, 248, 255 á

258); atenuaciones esenciales en la pena de calabozo (arts. 16 á 18); se prohíbe agravar esta pena como perpétua (art. 50).

4.º Además de las nociones de delitos del antiguo Código, admitiéronse otras nuevas (arts. 64, 65, 76 á 80, 85, letra c, á 87, 98, letra a, 174 I, 175 I b, y II d, 176 I).

5.º En lo que se refiere á las definiciones mismas de los delitos, se hicieron modificaciones fundamentales y esenciales. Así, las nociones de los crímenes de alta traición, de lesa majestad, perturbación de orden público, violación y otros atentados graves á las costumbres, lesiones graves, atentados al honor, fueron completamente rehechas. Otras varias definiciones de crímenes, delitos y faltas fueron modificadas. (Véase el trabajo comparativo de von Hye, El Código penal austriaco, págs. 14 y 15).

6.º Las modificaciones efectuadas en las penas señaladas á los delitos, son muy numerosas, tanto en lo concerniente á la atenuación, cuanto en lo relativo á la agravación de las disposiciones penales vigentes. En este respecto merece citarse la limitación del número de los crímenes castigados con la pena de muerte.

7.º Por último, en varios artículos de la edición revisada, el texto de la antigua Ley fue mejorado en lo referente al estilo, sin que por ello sufriera cambio alguno el sentido de la Ley vigente hasta entonces. Se procuró, principalmente, precisar la significación á veces dudosa de la Ley, para ponerla además en armonía con la interpretación de la doctrina y de la Jurisprudencia.

Las modificaciones más importantes son las que se refieren á las penas. Para muchos delitos y faltas, las penas absolutas de la antigua Ley fueron reemplazadas; en principio, introdujose en toda la Ley, casi sin excepción, el sistema de las penas relativas. Sin embargo, no puede negarse que á pesar de los esfuerzos hechos para mejorar el texto de la nueva Ley, el lenguaje del Código de 1803, apreciado con justicia por su concisión y claridad, ha perdido mucho con la intrusión de varias expresiones menos exactas, confusas ó demasiado casuísticas, fuera de los términos técnicos, extraños y rebuscados como, «Teilnehmung» en lugar de «Teilnahme», etc., etc.

§ 6. El Código penal de 1852 y sus caracteres generales.

Las reglas relativas á los delitos en general y á sus penas designadas como «disposiciones generales» en la legislación actual, están contenidas en el Código de 1852, en lo que á los crímenes se refiere, en los Cap. I á V y XXVII de la primera parte, y en lo que toca á los delitos y á las faltas en los Cap. I á III y XIV de la segunda parte. Los Cap. VI á XXVI de la primera parte y IV á XIII de la segunda, contienen disposiciones acerca de los crímenes en particular, los delitos y las faltas. En las disposiciones generales del Código de 1852 se señalan claramente las relaciones de esta Ley con la antigua legislación austriaca. Vese esto, sobre todo, en lo concerniente á las disposiciones sobre el

dolo (intención dañada), sobre las causas eximentes de culpabilidad, la tentativa, la complicidad y la participación, el concurso de delitos, el sistema de las penas y las causas de extinción de la pena («Erlöschung der Strafen»). Debe notarse aquí una diferencia en el sentido de que la noción de ciertas materias, como la intención dañada, la tentativa, la complicidad, el concurso de delitos, se remonta hasta el Código Josefino de 1787, mientras que el sistema de las penas del C. p. actual sigue exclusivamente al Código de 1803, ó más bien al Proyecto publicado antes como C. p. de la Galitzia Occidental. Por el contrario, la división fundamental de los actos punibles en crímenes, delitos y faltas, base del C. p. actual, recuerda ante todo la división del C. p. de 1803 en delitos y faltas graves de policía, división que tuvo por modelo á su vez la del Código Josefino en delitos criminales y delitos políticos. La división del Código penal austriaco no tiene nada de común con la división tripartita de los delitos de la legislación moderna (C. p. prusiano de 1851, bávaro de 1861, alemán y proyectos austriacos de 1871 á 1891), que sigue el sistema del C. p. francés, basado sobre las penas señaladas para los diferentes delitos, más que los nombres. He ahí por qué es preciso buscar la explicación de esta división en el Código de 1803. Este último, según hemos dicho más arriba, tenía un preámbulo «de los objetos de este Código», en el cual se explicaban los principios seguidos por el legislador para determinar la penalidad de los actos punibles y clasificarlos en una de las dos grandes especies: delitos y faltas graves de policía.

Aunque este prefacio no haya pasado íntegramente al Código actual, por motivos puramente legislativos, los principios en él desenvueltos son de la mayor importancia para el Código de 1852, sobre todo en lo concerniente á la división de los actos punibles, estando además en armonía con la distinción de los crímenes de un lado, de los delitos y de las faltas del otro, que constituye la base del Código actual. Si se compara la definición del Código de 1803 con los actos designados como crímenes en el C. p. de 1852, resulta que los rasgos característicos mencionados en la definición convienen perfectamente á los crímenes del Código actual. El art. 56 del Código actual, que trata de la división de los delitos, dice expresamente que los crímenes ó perturban «la seguridad pública» ó «lesionan la seguridad de los individuos en sus derechos». El principio sentado en el art. 1.º exige la intención dañada (de hacer mal): *zu einem Verbrechen wird böser Vorsatz erfordert*. El rasgo característico contenido en la definición del Código de 1803, y fundado en la medida de la lesión ó en la naturaleza peligrosa de las circunstancias, aparece también en el C. p. actual para distinguir los crímenes de los demás actos punibles. Así, las lesiones jurídicas é intencionales, únicas que responden á las exigencias del art. 1.º, se hallan designadas como crímenes, mientras que si falta la intención dañada, los mismos actos resultan delitos y faltas, lo cual ocurre, sobre todo, con los delitos contra la propiedad, la integridad corporal y el honor. La definición de los delitos y de las faltas debe ser tomada también del preámbulo á que nos referimos del C. p. de 1803. Hay tres especies:

- 1.º Lesiones inmediatas é intencionales del orden jurídico, que no son bastante importantes ó bastante peligrosas para ser calificadas como crímenes;
- 2.º Delitos por negligencia; y
- 3.º Verdaderos delitos de desobediencia ó de policía.

El art. 238 del C. p. de 1852 hace notar que las acciones ú omisiones contrarias á la Ley son delitos ó faltas, «aun cuando no hubiere intención dañada ó no resultare perjuicio ni daño alguno».

En el fondo de la división de las faltas graves de policía del antiguo Código en delitos y faltas, no hay, sin embargo, diferencia esencial: esta división es, además, de poco valor para el Derecho penal material, porque al fin se hallan vigentes para las dos especies de infracciones los mismos principios generales acerca de la imputabilidad, medida y extinción de la pena, etc., etc. La distinción no tiene importancia más que desde el punto de vista del procedimiento y de la competencia de los Tribunales. En tanto que los delitos se asimilan en tal respecto á los crímenes, el juicio de las faltas, por el contrario, compete á los Tribunales de distrito.

Al igual que la división de los delitos, las disposiciones generales del Código de 1852, sobre la intención dañada, la tentativa y la complicidad se remontan á la Legislación austriaca anterior, especialmente al Código Josefino de 1787. El art. 1.º del Código señala la intención dañada como condición necesaria de un crimen. «Hay intención culpable — dice más lejos — no sólo cuando antes, ó en el momento de la acción ó de la omisión el autor prevea directamente el mal, resultado del crimen que ejecute, sino también cuando acomete con otra intención dañada un acto del cual resulta un mal, que es la consecuencia habitual ó probable del acto en cuestión». Las palabras «antes ó en el momento de la acción», nos llevan, como la doctrina austriaca admite, á la distinción de la intención en «*dolus praemeditatus et impetus*», mientras que con las palabras «el autor prevea directamente» y las frases opuestas «con otra intención dañada», se sienta la distinción propia de la antigua doctrina del dolo directo é indirecto.

Esta distinción que se ofrece en el Derecho penal actual y en la Legislación penal moderna, como un resto de las antiguas luchas casi olvidadas, tanto á causa de esta misma particularidad, cuanto á causa de las numerosas controversias que ha producido entre los criminalistas austriacos, debe ser examinada más de cerca.

Algunos escritores, principalmente, como Jenull (*Österreichisches Kriminalrecht*, § 1, III), no quieren admitir aquí un reconocimiento legal del *dolus indirectus*, sino una *praesumptio doli*; otros, por el contrario, como Herbst, (*Handbuch des österreichische Straftrechts*, tomo I, nota 9, hasta 15, § 1) von Hye, (*Das österreichische Strafgesetz*, pág. 147), Kitka (*Archiv. des Kriminalrechtes*, 1835, pág. 240), ven en ello simplemente una cuestión de prueba, mientras que Rulf y Glaser (*Haimerl, Magazin für Rechts- und Staatswissenschaft*, tomo IX páginas 315 y siguientes, y tomo XI pág. 305 y siguientes), así como Geyer (*Erör-*

terungen, pág. 21 y siguientes), consideran que se trata del reconocimiento legal del *dolus indirectus*, aunque conviniendo expresamente que es condenable desde el punto de vista teórico.

Esta última opinión es, sin duda, la exacta. En efecto, una simple ojeada sobre la historia de la formación del art. 1 y sobre su relación histórica con la antigua Legislación austriaca, demuestra que ya la Teresiana (refiriéndose á algunas disposiciones existentes, sin duda, bajo el influjo del *dolus indirectus* de Carpzov en la *Landgerichtsordnung* de Fernando III de 1656), acogiera en su art. 3, § 1 y art. 83, §§ 3 y 13 el «*dolus indirectus*» de la doctrina de entonces, tal cual había sido formulada en último lugar por la disertación de *Nettelblatt-Glänzer* de 1756, pero comprendiendo, sin embargo, el consentimiento eventual presunto con relación al resultado no propuesto en el origen, tal cual lo reclamaban expresamente *J. S. F. Böhmer*, y más tarde *Püttman*. De ahí el «*dolus indirectus*» pasaba (aunque excluyendo el «*dolus eventualis*» antes comprendido) bajo una forma un poco más ceñida y más exacta al C. p. Josefino, de éste al C. p. de la Galitzia y al C. p. de 1803, cuyo art. 1, se ha conservado sin modificación en el Código de 1852. Según esto, la hipótesis de los que quieren ver en ese pasaje una cuestión de prueba ó una «*praesumptio doli*» (sin fijarse, por lo demás, en que el *dolus indirectus*, en su formación y en todo su desenvolvimiento, no era más que una ficción), no puede ser admitida. Sin embargo, el *dolus indirectus* de que se trata en la proposición final del art. 1 (según resulta de las palabras mismas, á excepción del *dolus eventualis*, que debería más bien comprenderse en las palabras del Capítulo I del art. 1 «*geradezu bedacht und beschlossen*»), no indica más que una parte de la antigua noción del *dolus indirectus*, y especialmente los casos en los cuales el resultado no querido ha sido, en realidad, la consecuencia de una acción cometida con otra intención dañada. Pero este acto debe ser tal, que «*aus ihr jener Erfolg gemeinlich entsteht oder doch leicht entstehen kann*»; el autor podía, por tanto, prever el resultado producido y no querido. Por lo demás, semejante *dolus indirectus* no es suficiente más que para los delitos, respecto de los cuales la Ley lo ha previsto claramente y de una manera bien evidente. Tales son sobre todo el homicidio y las lesiones graves (artículos 140 y 152) (esta opinión la representan y defienden principalmente *Glaser* y *Geyer*).

El art. 2 del Código, bajo el epígrafe de «*Causas que excluyen la intención dañada*», enumera las causas que excluyen la imputabilidad y, en primer término, en las letras a-e, las condiciones que excluyen la conciencia y, por tanto, la imputabilidad («*si el agente está totalmente privado del uso de la razón; si el acto ha sido cometido en un momento de locura ó en un momento de arrebatado completo é involuntario, ó si á consecuencia de una perturbación de la mente, no fuese consciente de sus actos*»).

Acerca de este último punto, el Código austriaco tiene en los arts. 236 y 523, una disposición que últimamente se recomendaba para su admisión en la

Legislación alemana; á saber: que si los actos cometidos en estado de embriaguez no pueden ser castigados como delitos, la embriaguez en sí se pena como falta (§ 524).

La letra d del art. 2, trata, en relación con los arts. 237 y 269, la cuestión de la menor edad penal.

El C. p. austriaco, comparado con la Legislación actual, adopta aquí un punto de vista particular, aunque se coloque esencialmente en el terreno del Derecho común; distingue:

1.º La infancia hasta los 10 años de edad cumplidos. Todos los actos punibles, cometidos durante este período, pueden en general no ser imputados, quedando su corrección á cargo de los padres.

2.º La menor edad llega desde el principio de los 11 años hasta los 14 cumplidos. Los actos que no pueden ser imputados como crímenes á causa tan sólo de la menor edad del agente, deben ser castigados como faltas. En cambio, el castigo de los delitos y de las faltas de los menores, se reserva á los padres y eventualmente también á las autoridades de policía.

3.º Sólo á los 14 años cumplidos comienza la mayor edad, y por tanto la responsabilidad penal completa. Sin embargo, la menor edad (de 14 á 20 años) es también una circunstancia atenuante (art. 46, letra a, y 264 letra a), y según el art. 52, en ese caso, no se puede imponer la pena de muerte ó la de calabozo perpétuo, que se sustituirá por la de calabozo grave de 10 á 20 años.

La letra e habla de «*Irrtum, der eine Verbrechen in der Handlung nicht erkennen liess*», error de hecho que exime de responsabilidad, mientras el artículo 3 no admite el error de Derecho en lo que se refiere á la Ley penal («*mit der Unwissenheit des gegenwärtigen Gesetzes über Verbrechen kann sich niemand entschuldigen*»). El art. 233 contiene la misma disposición en lo referente á los delitos y á las faltas.

Por la letra f, no se imputan los delitos, si el mal que de ellos resulta proviene del azar, de negligencia ó del hecho de ignorar las consecuencias del acto («*aus Zufall, Nachlässigkeit oder Unwissenheit der Folgen der Handlung*»). Por supuesto, en estos últimos casos, no se excluye la imputabilidad de un delito que revele culpa.

La letra g, habla de la «*fuerza irresistible*» (*unwiderstehlicher Zwang*); no se establece diferencia entre la fuerza ó violencia física y la psíquica. El estado de necesidad se comprende bajo la acción de esta disposición, en cuanto que el Código no contiene á este propósito prescripción especial de ningún género. Además, en la letra g, tenemos la legítima defensa entre las causas que «*excluye la intención dañada*», que el C. p. de 1803 sólo mencionaba á propósito del homicidio. La noción de la legítima defensa, está sin embargo limitada á los actos ilícitos dirigidos contra la vida, la libertad ó la propiedad. El que «*por sorpresa, fuerza ó miedo, traspase los límites de la legítima defensa, se considera como si hubiese obrado sin intención dañada, pudiendo, sin embargo, ser castigado como culpable del delito de imprudencia, según las circunstancias*».