



Boletín mexicano de derecho comparado

ISSN: 0041-8633

ISSN: 2448-4873

Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Reyes Romero, Italo

La figura de la “condena alternativa” (*Wahlfeststellung*):  
un estudio introductorio desde la discusión alemana

Boletín mexicano de derecho comparado, vol. LIV, núm. 161, 2021, Mayo-Agosto, pp. 771-811  
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

DOL: <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2021.161.16491>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42771675011>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc  
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso  
abierto

LA FIGURA DE LA “CONDENA ALTERNATIVA”  
(*WAHLFESTSTELLUNG*): UN ESTUDIO INTRODUCTORIO  
DESDE LA DISCUSIÓN ALEMANA\*

*THE LEGAL ENTITY OF THE “ALTERNATIVE CONVICTION”  
(WAHLFESTSTELLUNG): AN INTRODUCTORY STUDY BASED  
ON GERMAN DOCTRINE*

Italo REYES ROMERO\*\*

**RESUMEN:** El artículo presenta y explica la figura de la “condena alternativa” (*Wahlfeststellung*) de habitual aplicación en el derecho penal alemán, pero sin reconocimiento en el contexto latinoamericano, y que ha suscitado una interesante discusión dogmática en los últimos años. Una condena alternativa se presenta cuando el tribunal no puede comprobar de manera inequívoca la comisión de un delito determinado, pero al mismo tiempo está seguro de que algún delito ha sido cometido. Junto a la revisión de los presupuestos y criterios de admisibilidad de la figura, se expone detalladamente la discusión sobre su eventual inconstitucionalidad por infracción de los principios de legalidad y culpabilidad y los argumentos que sostienen la jurisprudencia y la doctrina en su favor.

**Palabras clave:** condena alternativa, *Wahlfeststellung*, equiparabilidad, pospendencia, relación escalonada.

**ABSTRACT:** This work introduces and explains the legal entity of the “alternative conviction” (*Wahlfeststellung*), which is commonly applied in the German criminal law, but unknown in the Latin American context, and has sparked an interesting discussion in recent years. An alternative conviction exists when the court cannot prove clearly the commission of a specific crime, but at the same time is certain that a crime has been committed. In addition to the review of the conditions and admissibility criteria of this concept, it will be presented the discussion about its potential unconstitutionality due to infraction of the legality and culpability in detail, and the arguments that the courts and authors propose in its favor.

**Key words:** alternative conviction, *Wahlfeststellung*, comparability, post-pendency, staggered relationship.

---

\* Recibido: el 30 de abril de 2021; aprobado el 22 de septiembre de 2021.

\*\* ORCID: 0000-0003-2198-3803. Abogado, Universidad de Chile; máster en derecho (LL.M.), Universidad de Bonn; doctorando en Derecho Penal, Universidad de Bonn; becario DAAD. Contacto: [italoreyesromero@gmail.com](mailto:italoreyesromero@gmail.com).

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Grupos de casos de alternatividad*. III. *Presupuestos generales de la condena alternativa*. IV. *Condena alternativa propia*. V. *Discusión sobre la constitucionalidad de la condena alternativa propia*. VI. *Reflexión final*. VII. *Referencias*.

## I. INTRODUCCIÓN

Una premisa básica del derecho procesal penal es que, para condenar, el juez tiene que estar convencido de la ocurrencia del hecho penal y de la correspondiente responsabilidad del sujeto (Benedikt Linder, 2017, pp. 312 y ss.).<sup>1</sup> Si no logra tal convicción, pues tiene dudas relevantes al respecto, no puede condenar. A partir del principio *in dubio pro reo* se deriva que el juez debe basar su condena en circunstancias que estén probadas. Sin embargo, en determinados casos, es posible que la convicción del juez verse sobre circunstancias alternativas que permitirían, bajo ciertos presupuestos, una condena. Este heterogéneo espectro de casos se discute en la tradición alemana bajo el rótulo de “condena alternativa” (*Wahlfeststellung*).<sup>2</sup>

Caso 1. Aessorprendido con cosas que fueron objeto de un reciente hurto. Luego de la rendición de las pruebas, el tribunal está convencido que o bien A hurtó las cosas o A las compró al ladrón.

En el caso 1, no es posible saber si el sujeto ha cometido un hurto o una receptación,<sup>3</sup> pero dado las circunstancias de ejecución del hecho, el tribunal no tiene dudas de que uno de los delitos ha sido realizado, simplemente no sabe cuál. Lo interesante que es no ha sido probado, más allá de toda duda razonable, qué delito ha cometido el imputado, porque ello

<sup>1</sup> El estándar específico de convicción es diferente en distintos ordenamientos jurídicos. En Chile, por ejemplo, el juez debe estar convencido “más allá de toda duda razonable” (párrafo 340 del Código Procesal Penal, CPP en adelante).

<sup>2</sup> La expresión *Wahlfeststellung* ha sido traducida de diversas formas en el ámbito hispanoamericano. Algunos se orientan por la función de la figura, pero dejando de lado la facilidad de uso, y traducen por “subsunción alternativa de la condena” (por ejemplo Alejandra Verde, 2016) o “determinación optativa o alternativa del hecho”. Sin embargo, junto con Ramón Ragues (2018, p. 4), entiendo que es preferible un término claro de fácil empleo que dé cuenta en general del tópico a discutir, es decir, que la decisión del juez se basa en la *alternatividad* de situaciones. Por ello, se ha preferido traducir por “condena alternativa”.

<sup>3</sup> En términos generales, pues la redacción cambia dependiendo del sistema jurídico, la receptación sanciona a quien compra, vende o comercializa una cosa hurtada o robada.

implica determinar con precisión los hechos que satisfacen el tipo respectivo. En otras palabras, a pesar de que existen dudas relevantes, la condena parece no ser problemática porque se basa en la consideración de hechos y delitos alternativos: o cometió hurto, o cometió receptación. Por lo tanto, la condena no se basa en hechos y delitos determinados con precisión, sino en su consideración alternativa.

En lo que sigue, se pretende presentar y discutir la figura de la “condena alternativa” desde la discusión alemana con el objetivo de mostrar las ventajas y desventajas de su eventual aplicación en el ámbito hispanoamericano. Debido a este enfoque primordialmente expositivo, no se tomará postura en forma definitiva al respecto, lo que quedará reservado para un artículo de futura publicación.

Así, en primer lugar, se presentarán las constelaciones de casos que están vinculados con la temática general de la alternatividad, en especial la condena alternativa propia e impropia. Luego, se plantearán los presupuestos básicos de toda condena alternativa, de manera de identificar aquellas situaciones que no constituyen una condena alternativa, pero que igualmente son analizadas en este ámbito, a saber, la pospendencia y la relación de escala. En un cuarto apartado, se analizará con mayor detalle la condena alternativa propia como preludio de la discusión reciente: tanto su conceptualización y principios en juego, como su desarrollo histórico y criterios específicos de admisibilidad son necesarios para comprender el alcance de la figura. Luego, se expondrá la muy interesante discusión reciente que obligó a cada Sala Penal del Tribunal Federal Alemán (TFA) a pronunciarse sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la condena alternativa propia. Para terminar, se planteará brevemente una reflexión final.

## II. GRUPOS DE CASOS DE ALTERNATIVIDAD

Se reconocen dos casos de condena alternativa, las cuales se diferencian en la forma en que puede tener lugar la alternatividad que fundamenta la decisión del juez. Además, existe un tercer caso de alternatividad que no forma parte de los casos de condena alternativa.

a) *Condena alternativa impropia*. La condena alternativa impropia presupone una (mera) *alternatividad de hechos* (Gerhard Dannecker y Jan Schuhr,

2020, p. 21 y Helmut Satzger, 2019, p. 70),<sup>4</sup> en el sentido que el tribunal no puede determinar con seguridad cuál de dos (o más) acciones ha realizado el tipo, pero está fuera de dudas que el tipo ha sido realizado por una de ellas. También se denominan casos de *condena alternativa de la misma especie*, pues sólo entra en consideración un (mismo) tipo penal. Un ejemplo de esto es el siguiente caso: Caso 2:<sup>5</sup> El testigo afirma ante el tribunal de primera instancia que la víctima se encontraba el día X en el lugar A. Empero, ante el tribunal de segunda instancia, el testigo ahora afirma que la víctima se encontraba el día X en el lugar B.

Aquí se desconoce cuál de las dos afirmaciones resulta falsa, pero tomando en cuenta ambos hechos, es evidente que el testigo ha mentido (ya sea en primera o en segunda instancia) y que, por lo tanto, se realiza el delito de falso testimonio. Por ello, la discusión versa únicamente sobre la realización del delito de falso testimonio: el imputado o bien mintió ante el tribunal de primera instancia, o bien mintió ante el tribunal de segunda instancia. En estos casos, el tribunal puede condenar basado en el quebrantamiento seguro de la correspondiente norma (Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020 y Alejandra Verde, 2016, p. 5).<sup>6</sup>

b) *Condena alternativa propia*. Implica (además) una *alternatividad de tipos penales*, ya que el tribunal no puede determinar con seguridad cuál de dos (o más) delitos diferentes tiene lugar, pero está convencido de que uno de ellos ha sido realizado, lo que conduce necesariamente a la exclusión del otro (Helmut Satzger, 2019, 71 y Kristian Kühn, 2017, p. 938).<sup>7</sup> También se denominan casos de *condena alternativa de distinta especie*, pues involucra a varios tipos diferentes. En este caso, la doctrina dominante sostiene que se debe condenar alternativamente por ambos delitos a la pena inferior. El típico ejemplo de condena alternativa propia se observa en el caso 1, es decir, entre el hurto y la receptación.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> En el mismo sentido, Denis Basak (2020); Albin Eser y Bernd Hecker (2014); Helmut Frister (2017); Kyriakos Kotsoglou (2017, p. 201); Ali Norouzi (2008, pp. 18 y ss.).

<sup>5</sup> Sobre el mismo ejemplo, véase Roland Schmitz (2020); Gerhard Dannecker y Jan Schuhr (2020); Alexander Baur (2018, pp. 569 y ss.).

<sup>6</sup> También Kristian Kühn (2017, pp. 936 y ss.). Sobre la admisibilidad no problemática de la condena alternativa impropia, véase Georg Freund (2013, pp. 46 y ss.).

<sup>7</sup> En el mismo sentido, Alejandra Verde (2016, p. 4) y Kyriakos Kotsoglou (2017, p. 201).

<sup>8</sup> A modo de ejemplo, también se podría observar una condena alternativa propia en el siguiente caso: A es sorprendido con un florero de gran valor, sin embargo, no puede

En este caso, el tribunal no está seguro si el sujeto ha cometido un hurto o una receptación, pero dado las circunstancias del hecho, sabe que uno de ellos ha sido realizado, lo cual excluye la comisión del otro: si cometió hurto, no cometió receptación; si cometió receptación, no cometió hurto. De tal forma, el tribunal puede condenarlo por *hurto o receptación*. Sobre la base del *in dubio pro reo*, se le aplicará la pena menor entre los dos delitos. Es decir, A será condenado por hurto o receptación a la pena de la receptación. Los casos de condena alternativa propia tienen mayores exigencias para su configuración, las cuales serán revisadas en el apartado IV.

c) *Alternatividad jurídica*. Se presenta cuando existen varias interpretaciones jurídico-penales de un mismo hecho, de manera que existe una discusión sobre la adecuada subsunción del hecho en una determinada norma. Por ejemplo, puede ser dudoso si la acción del sujeto —que se encuentra probada— se subsume como hurto por engaño o simplemente como estafa. *La alternatividad jurídica no constituye una forma de condena alternativa* (Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, Albin Eser y Bernd Hecker, 2014, p. 63), pues la discusión únicamente versa sobre la correcta aplicación del derecho, de manera que no existen dudas procesales del tribunal sobre los hechos que justificarían acudir a la figura de la condena alternativa. Por ello, aquí el tribunal condenará de manera inequívoca, no de manera alternativa.

### III. PRESUPUESTOS GENERALES DE LA CONDENA ALTERNATIVA

Tanto la condena alternativa propia como la impropia comparten ciertos presupuestos materiales<sup>9</sup> generales, cuya falta de satisfacción conduce

---

probarse en juicio si A engañó a la trabajadora doméstica para que ella se lo entregara haciéndose pasar por un pariente del dueño de casa (estafa) o si A lo sustrajo al ingresar furtivamente a la casa cuando la empleada doméstica fue a consultar al dueño de casa sobre el asunto (hurto). Aceptar o rechazar en este caso una condena alternativa propia depende de si se entienden satisfechos (o no) los elementos específicos de la figura; véase caso 4, inciso d.

<sup>9</sup> La doctrina reconoce, además, una serie de presupuestos procesales que posibilitan que el juez llegue legítimamente a una condena alternativa: a) agotamiento de los medios de prueba; b) competencia del tribunal por todos los hechos; y c) todos los hechos deben plantearse en la acusación de la fiscalía. Cfr. Albin Eser y Bernd Hecker (2014, pp. 53 y ss.); Alexander Baur (2018, p. 572); Ali Norouzi (2008, pp. 115 y ss.). En caso de que uno

a grupos de casos que también se analizan dentro de esta temática, a saber, la pospendencia y la relación escalonada. La condena alternativa propia plantea requisitos adicionales que serán revisados en el siguiente apartado.

a) *Imposibilidad de una condena inequívoca*. Evidentemente el presupuesto básico de una condena alternativa es que, a partir de los medios de prueba ofrecidos en juicio, no sea posible determinar con suficiente certeza la realización de un tipo delictivo. Sólo cuando tal condena inequívoca resulta excluida en los hechos, es posible discutir la posibilidad de una condena alternativa (Albin Eser y Bernd Hecker, 2014, p. 78).

b) *Todas las situaciones de hecho bajo consideración deben ser punibles*. Si una de las posibilidades en análisis conduce a la impunidad del sujeto, entonces se debe absolver, pues el principio *in dubio pro reo* se impone a la eventual condena alternativa (Benedikt Linder, 2017, p. 314; Alejandra Verde, 2016, p. 9; Markus Wagner, 2014, p. 438)

c) *Ninguna de las situaciones de hecho bajo consideración debe estar probada con seguridad*. Si una de las posibilidades en análisis ha sido determinada fuera de dudas en el juicio y existe un vínculo temporal entre ellas, entonces no se da un caso de condena alternativa, sino un caso de *pospendencia* o *prependencia*.

En los casos de *pospendencia*, el tribunal está seguro de la ocurrencia de un determinado delito, pero tiene dudas sobre un hecho previo que está vinculado al delito probado.<sup>10</sup>

Caso 3. A es sorprendido vendiendo cosas hurtadas. No se puede determinar si, además, A participó del hurto respectivo.

Este caso es diferente al de la condena alternativa propia, porque aquí el tribunal sabe con certeza que A ha cometido un delito de receptación, pues fue sorprendido vendiendo las cosas hurtadas. Ahora bien, la pregunta por la posible intervención de A en el hurto previo como coautor, tiene relevancia a nivel de concursos, pues la venta de cosas hurtadas (esto es, el objeto de la receptación) es un hecho posterior copenado al hurto.<sup>11</sup>

---

de los hechos no figure en la acusación, se plantea la posibilidad de una “acusación tardía” (*Nachtragsanklage*), la que empero requiere la aquiescencia del imputado. Respecto de las dificultades asociadas, véase Thomas Schröder (2008, pp. 707 y ss.); Karl Kröpil (1988, pp. 1189 y ss.).

<sup>10</sup> Cfr. Joachim Hruschka (1971, pp. 1393 y ss.) y Alejandra Verde (2016, p. 7).

<sup>11</sup> Fundamental Jan Joerden (1988, pp. 848 y ss.), también Christian Richter (1994, p. 131) y Kristian Kühl (2017, p. 938).

Sin embargo, el tribunal no está convencido de la ocurrencia del hurto, por lo cual solamente puede condenar, de manera inequívoca, por el delito respecto del cual está convencido fuera de dudas, esto es, por la receptación.

La disputa doctrinaria en la pospendencia no se encuentra en los casos en que el segundo delito tiene relevancia a efectos de concursos, sino cuando el segundo delito tiene relevancia típica (*cf.* Helmut Satzger, 2019, pp. 75 y ss.).

Caso 4. A es sorprendido vendiendo un reloj de N, quien hace momentos fue obligado por unos asaltantes encapuchados a entregárselo. Sin embargo, no puede determinarse con certeza si A ha participado también en el hecho previo

Aquí está probado que A ha cometido el delito de receptación, pero no su participación en el robo previo. A diferencia del caso anterior, la venta del objeto robado no constituye un hecho posterior copenado del robo (Jan Joerden, 1988, pp. 847 y ss.). Y el tipo de la receptación exige que un “otro” sea el que haya obtenido la cosa de modo antijurídico, de manera que la eventual satisfacción del robo bloquearía la responsabilidad por la receptación. Debido a ello, se sostiene que la única forma para condenar es recurrir a los criterios de la condena alternativa propia (Denis Basak, 2020, p. 33 y Albin Eser y Bernd Hecker, 2014, p. 91).<sup>12</sup>

Los casos de *prependencia* son el reverso de la pospendencia: existe seguridad sobre un delito, pero dudas sobre un hecho posterior vinculado. Por ejemplo, es seguro que el sujeto ha proporcionado un arma a quien ha cometido un homicidio (complicidad al homicidio), pero no se sabe con certeza si también ha participado del homicidio como coautor. Aquí sólo puede condenarse por el delito previo inequívocamente probado, es decir, por la complicidad al homicidio (Roland Schmitz, 2020, p. 43).

d) *Alternatividad exclusiva entre las situaciones de hecho*. Para fundamentar una condena alternativa, el tribunal debe estar convencido de que se configura una relación de exclusión alternativa entre los hechos. Es decir, si entran en consideración los hechos A y B, no sólo es necesario que el

---

<sup>12</sup> En el mismo sentido, Tobias Ceffinato (2014, p. 658). Al respecto Jan Joerden (1988, p. 849); Christian Richter (1994, pp. 132 y ss.). En contra de la condena alternativa Wilfried Küper (1976, pp. 79 y ss.), quien plantea que aún en estos casos puede condenarse inequívocamente en base a pospendencia. Crítico al respecto Jan Joerden (1988, pp. 850 y ss.).



tribunal esté convencido de que se realiza o bien A o bien B, sino también de que si concurre A, no concurre B, y si concurre B, no concurre A.

Esto no es el caso cuando se observa una *relación escalonada* (*Stufenverhältnis*) entre los hechos bajo consideración (Albin Eser y Bernd Hecker, 2014, pp. 80 y ss.; Tobias Ceffinato, 2014, pp. 656 y ss.).<sup>13</sup> Se observa una relación escalonada cuando uno de los hechos ya se encuentra incluido en el otro, de manera que no existe una exclusión entre ellos. En estos casos, el tribunal puede condenar en virtud del *in dubio pro reo* inequívocamente por la ley menos grave.

La doctrina y la jurisprudencia reconocen dos formas de relación escalonada. Por un lado, una *relación escalonada lógica* concurre cuando existen dos situaciones de hecho que pueden subsumirse sobre tipos que se encuentran en una relación de menor a mayor, es decir, cuando un tipo se encuentra completamente incluido en el otro, de manera que la realización de este implica lógicamente la realización del primero. Según la opinión dominante, existe una relación lógica, por ejemplo, entre tipos calificados y tipos básicos, entre la consumación y la tentativa, entre un delito de omisión impropia y la omisión de socorro, entre otros (Roland Schmitz, 2020, p. 25; Helmut Frister, 2017, pp. 30 y ss.; Ali Norouzi, 2008, pp. 19 y ss.).

Por otro lado, una *relación escalonada normativa* presupone que el injusto de uno de los delitos se encuentra completamente abarcado por el injusto del otro (Roland Schmitz, 2020, p. 35; Helmut Frister, 2017, pp. 42 y ss.; Jürgen Fuchs, 1967, pp. 739 y ss.). A diferencia de la relación escalonada lógica, aquí el criterio es valorativo, pues toma en cuenta el injusto de cada tipo. Ejemplos de una relación escalonada normativa son el dolo y la imprudencia, la coautoría y la complicidad, así como la inducción y complicidad (Ali Norouzi, 2008, pp. 19 y ss.; Jürgen Baumann, 1983, pp. 116 y ss.).<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Hruschka diferencia lógicamente entre los casos de relación escalonada y los casos de condena alternativa en el sentido que la relación escalonada implica que la realización de un determinado tipo penal, debido a la valoración jurídica de las situaciones dudosas, es cierta. Aquí no se puede hablar entonces de alternatividad (Joachim Hruschka, 1970, pp. 641 y ss.; 1983, p. 180; 1967, p. 266; nota al pie 4).

<sup>14</sup> Sobre la autoría y complicidad véase Jürgen Fuchs (1967, pp. 739 y ss.). Sobre inducción y complicidad véase Jürgen Baumann (1983, pp. 115 y ss.); también Joachim Hruschka (1983, pp. 179 y ss.). Sobre dolo e imprudencia véase Ernst Heinitz (1952, p.

Caso 5. A mata a B, marido de su amante S. El tribunal está convencido de que o bien S ha determinado a A a matar a B, o bien S ha apoyado a A, quien ya estaba decidido al hecho, pero no está convencido de cuál de las dos situaciones ocurrió.

Aquí el tribunal duda entre una inducción o una complicidad (síquica) de S, pues no puede determinar con certeza si A, al momento de la acción de S, ya estaba decidido o no a cometer el homicidio. Por lo tanto, decide condenar a S por inducción o complicidad a la pena de la complicidad. No obstante, no entra en consideración una condena alternativa, porque inducción y complicidad se encuentran en una relación escalonada normativa, ya que el injusto de la complicidad síquica se encuentra incluido en la inducción (TFA 1982, pp. 115 y ss.).

La discusión sobre los casos de relación escalonada encuentra similitudes con la temática del concurso aparente, en tanto el criterio de la especialidad se correspondería con una relación escalonada lógica y el criterio de la consunción con una relación escalonada normativa. Empero, ambos temas apuntan a cuestiones diferentes, porque mientras la pregunta por los concursos presupone la efectiva satisfacción de dos o más delitos, la pregunta por la relación escalonada parte de la base de una incertidumbre en la determinación de las situaciones de hecho, lo que conduce a que solamente se justifique una condena por el delito menos grave. Sin embargo, como no existe una relación de exclusión entre ambos delitos, no se satisfacen los presupuestos de una condena alternativa.

#### IV. CONDENA ALTERNATIVA PROPIA

a) *Concepto*. Desde el punto de vista de principios jurídico-penales, la figura de una condena alternativa propia<sup>15</sup> es sumamente problemática. Aquí concurren diferentes tipos delictivos de manera excluyente, sin que se pueda determinar con seguridad cuál de ellos se ve realizado. Por lo tanto, la eventual condena se basa en una alternatividad de hechos y de delitos,

102; Karl-Heinz Nüse, 1953, pp. 36 y ss.). Sobre una temprana diferenciación entre los casos de condena alternativa y del caso en que se duda entre dolo o imprudencia, véase Ernst Heinitz (1957, pp. 127 y ss.).

<sup>15</sup> En lo que sigue, si se habla únicamente de “condena alternativa”, se está haciendo referencia a la “condena alternativa propia”.

sin que ninguno de ellos haya sido determinado de una forma que satisfaga los estándares de convicción. Una aplicación rigurosa del principio *in dubio pro reo* obligaría la absolución, a pesar de que existe certeza en que el sujeto ha cometido alguno de los delitos (Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, p. 132).

Debido a la confrontación con el principio de legalidad y culpabilidad, la opinión dominante solamente acepta una condena alternativa propia *en forma limitada*. De ahí que se exija, adicionalmente a los presupuestos ya mencionados, una similitud entre los delitos bajo consideración (Helmut Satzger, 2019, pp. 86 y ss.; Helmut Frister, 2017, pp. 54 y ss.). En otras palabras, en estos casos, la condena presupone que los delitos sean parecidos, de forma que se evite un reproche considerablemente diferente por un delito que el sujeto posiblemente no cometió. Para evaluar tal similitud, la jurisprudencia utiliza el criterio de la “equiparabilidad ética-jurídica y psicológica”, mientras la doctrina se orienta por el criterio de la “identidad del núcleo del injusto”.

b) *Colisión de principios*. La condena alternativa propia se caracteriza por una incerteza probatoria respecto de cada hecho individualmente considerado, pero una certeza respecto de que uno de ellos tiene lugar. Esta situación implica una tensión entre principios fundamentales (*Spannungsverhältnis*),<sup>16</sup> cuya solución ha llevado a una aceptación restringida de estos casos.

Según la opinión mayoritaria, se plantea un conflicto entre el principio de seguridad jurídica y el principio de justicia para el caso concreto (Albin Eser y Bernd Hecker, 2014, pp. 64 y ss.; Alexander Baur, 2018, pp. 571 y ss.).<sup>17</sup> En la discusión alemana, la comprensión de la seguridad jurídica se aleja de la idea de estabilidad jurídica que se sostiene en el ámbito hispanoamericano. Más bien, *el principio de seguridad jurídica* se deriva tanto del principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) y del *in dubio pro reo* al plantear que una condena presupone que un *determinado* hecho esté probado en juicio y, por lo tanto, que las dudas en la satisfacción de algún

---

<sup>16</sup> Sobre este concepto se refieren Roland Schmitz (2020, p. 13); Helmut Satzger (2019, p. 80); Denis Basak (2020, p. 28); Albin Eser y Bernd Hecker (2014, p. 57); Tobias Ceffinato (2014, p. 656).

<sup>17</sup> También Alejandra Verde (2016, pp. 18 y ss.); Günther Deubner (1962, p. 21). Cfr. Helmut Frister (2017, pp. 76 y ss.); Benedikt Linder (2017, p. 315); Denis Basak (2020, p. 28); Karl-Heinz Nüse (1953, pp. 34 y ss.).

elemento típico deben llevar a la absolución (Albin Eser y Bernd Hecker, 2014, p. 64; Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, p. 9; Alejandra Verde, 2016, p. 19; Heiner Alwart, 1992, pp. 563 y ss.). En virtud de este principio, el destinatario de la norma puede estar seguro de que únicamente será condenado cuando el tribunal, por medio del examen de las pruebas, esté convencido que ha cometido un delito determinado. Si el principio de legalidad prohíbe la aplicación de una pena por un delito que no estuviera suficientemente definido en la ley con anterioridad a su comisión, el principio de seguridad jurídica concretiza el postulado en el ámbito procesal: no se puede condenar a menos que esté probado que se cometió un delito definido en la ley

Por el otro lado, *el principio de justicia para el caso concreto* se deriva tanto del principio de justicia material como del principio del Estado de derecho y señala que resulta injusto no condenar a alguien que es culpable por un delito (Albin Eser y Bernd Hecker, 2014, p. 64; Alejandra Verde, 2016, p. 19, *cfr.* Heiner Alwart, pp. 563 y ss.). Partiendo de la base de consideraciones de prevención especial y particularmente de prevención general, es inapropiado absolver a un sujeto cuando se tiene conocimiento de que ha cometido un delito, pues la sociedad puede llegar a perder la confianza en el seguimiento de las reglas al notar que quien las infringe no recibe el castigo correspondiente (Jürgen Wolter, 2013, p. 277; Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, p. 10). Como en los casos de condena alternativa propia se sabe que el sujeto ha cometido un delito (simplemente no puede determinarse cuál), el principio de justicia para el caso concreto forzaría una condena como una reacción frente a su culpabilidad por el hecho.

Mientras una aplicación irrestricta del principio de seguridad jurídica llevaría a la inadmisibilidad total de la condena alternativa impropia, una aplicación irrestricta del principio de justicia para el caso concreto implicaría una aceptación de cualquier caso. De ahí que la opinión mayoritaria asuma una postura intermedia utilizando ciertos criterios para diferenciar casos aceptables y casos no aceptables (Albin Eser y Bernd Hecker, 2014, p. 67). Se pretende, por consiguiente, encontrar un punto medio entre ambos principios al reconocer que es cierto que el tribunal debe estar convencido de la comisión de un determinado delito, pero que al mismo tiempo existen necesidades político-criminales legítimas que demandan la condena del sujeto.

c) *Desarrollo histórico*. La discusión sobre la admisibilidad de la condena alternativa ya tenía lugar en la segunda mitad del siglo XIX, pero la jurisprudencia solamente aceptaba los casos de condena alternativa impropia, es decir, cuando la alternatividad aludía al mismo tipo delictivo (Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, pp. 31 y ss.; Markus Wagner, 2014, p. 439). Hasta que en 1934 el Tribunal del Reino —el máximo órgano judicial de la época— aceptó un caso de condena alternativa propia entre receptación y hurto señalando explícitamente que la condena alternativa no debía aceptarse en términos generales, pero debía hacerse una excepción en este caso pues una absolución, en atención a las circunstancias de hecho, era inaceptable (Erol Pohlreich, 2016, pp. 681 y ss.).<sup>18</sup>

Un año más tarde, la admisibilidad de la condena alternativa recibió por única vez reconocimiento legal expreso. Se agregó un artículo 2b al código penal alemán<sup>19</sup> que indicaba: “2b. Si está claro que alguien ha infringido una de varias leyes penales, pero una determinación de los hechos sólo es posible de forma alternativa, entonces el autor debe ser condenado por la ley menos intensa”.

De esta forma, se aceptaban los casos de condena alternativa de manera ilimitada, es decir, sin exigir ningún requisito adicional a la alternatividad típica. Independiente de los delitos que entraran en consideración alternativamente, debía condenarse por el delito más leve. Esto implicó que la excepcionalidad de la sentencia de 1934 fuera revocada y que la jurisprudencia comenzara a aceptar la condena alternativa sin restricciones. Célebremente, por ejemplo, en 1935 —a pesar de que no fuera aplicable aún la nueva regulación, pero como expresión manifiesta de su influencia— se aceptó una condena alternativa entre estafa y tentativa de aborto, esto es, entre delitos que carecen completamente de vínculo alguno (Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, p. 38; Erol Pohlreich, 2016, p. 685; Eike Hippel, 1963, p. 1534).

No obstante, después del término de la Segunda Guerra Mundial, en 1946, el comité de control aliado derogó el párrafo 2b al entenderlo

---

<sup>18</sup> Se refiere a ello con detalles la Segunda Sala del TFA (2014, p. 153). También en la doctrina Roland Schmitz (2020, p. 2); Gerhard Dannecker y Jan Schuhr (2020, p. 35); Helmut Frister (2017, p. 4).

<sup>19</sup> Además se agregó una norma de similares características al Código Procesal Penal (párrafo 267b), la cual profundizaba temas procesales. *Cfr.* Carl-Friedrich Stuckenberg (2014, pp. 464 y ss.); Markus Wagner (2014, p. 440).

como típico derecho nacionalsocialista (*cfr.* Helmut Frister, 2017, p. 6). A partir de esa fecha, la condena alternativa ya no se encuentra reconocida en la ley y su conceptualización se deriva únicamente de un desarrollo jurisprudencial y doctrinario.

Sin embargo, el TFA no consideró la derogación de la regla como un argumento definitivo contra la condena alternativa, planteando que el reconocimiento previo al nacionalsocialismo implicaba una compatibilidad de la figura con los principios fundamentales del derecho penal y comenzó a extender paulatinamente su ámbito de aplicación (Ali Norouzi, 2016, p. 488). Eso sí, la admisibilidad de la condena alternativa propia ya no era ilimitada, sino que dependía del criterio de la “equiparabilidad ética-jurídica y psicológica” entre los delitos en cuestión, criterio que había sido propuesto por *Kohlrausch* como límite al párrafo 2b (*cfr.* Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, p. 40; Erol Pohlreich, 2016, pp. 685 y ss. Carl-Friedrich Stuckenberg, 2014, p. 465). En otras palabras, se utilizó un criterio originalmente diseñado para restringir una admisibilidad ilimitada ahora para fundamentar una condena basada en consideraciones puramente alternativas.

Durante el siglo XX, la jurisprudencia y la doctrina fueron enriqueciendo paulatinamente el estudio general de la condena alternativa, distinguiéndola de los casos de “relación escalonada” y “pospendencia”, así como desarrollando una casuística de reconocimiento cierto de condena alternativa entre determinados delitos, en especial, delitos contra la propiedad y el patrimonio (Roland Schmitz, 2020, p. 4; Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, p. 41). Asimismo, un sector de la doctrina ha solicitado que el legislador debe pronunciarse sobre el tema reconociendo explícitamente la figura (Jürgen Wolter, 2013, pp. 279 y ss.; Carl-Friedrich Stuckenberg, 2014, pp. 471 y ss.),<sup>20</sup> cuestión que las numerosas reformas al código penal no han tomado en cuenta. Esto es utilizado como argumento por los defensores de la condena alternativa en el sentido que el legislador no cree necesaria una regulación porque el desarrollo jurisprudencial es apropiado.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Críticamente Benedikt Linder (2017, p. 32); Georg Freund (2013, pp. 55 y ss.); Markus Wagner (2014, pp. 442 y ss.).

<sup>21</sup> Por ejemplo, en la Primera Sala TFA (2014, p. 309) o en Pleno TFA (2017, pp. 27 y ss.).

La admisibilidad restringida de la condena alternativa fue la opinión completamente dominante en la jurisprudencia y en la doctrina hasta 2014, momento en el cual la Segunda Sala del TFA se pronunció en contra de la condena alternativa propia por inconstitucional y solicitó que las demás salas se pronunciasen sobre su ulterior aplicación. Las cuatro restantes salas se pronunciaron en favor de la figura y el Pleno del Tribunal en 2017 zanjó la discusión señalando que la condena alternativa no era inconstitucional (Helmut Satzger, 2019, pp. 91 y ss.). Evidentemente esto revivió la discusión dogmática al respecto con numerosos autores pronunciándose en favor o en contra de la condena alternativa, lo que será revisado en el siguiente apartado.

d) *Criterios de admisibilidad.* A diferencia de la condena alternativa impropia, la condena alternativa propia involucra diferentes delitos que, individualmente, no han podido ser probados de manera suficiente, pero que, alternativamente, es seguro que uno de ellos tiene lugar. Dado que existe la posibilidad de que el sujeto no haya cometido uno de los delitos, se exige una similitud entre los tipos bajo consideración, para evitar un reproche considerablemente diferente por un delito no cometido (Roland Schmitz, 2020, p. 56; Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, pp. 132 y ss.; Kristian Kühn, 2017, p. 939).<sup>22</sup> Esta similitud se concreta en los criterios de “equiparabilidad ético-jurídica y psicológica” y en la “identidad de núcleo del injusto”.

aa) *Equiparabilidad ético-jurídica y psicológica.* Este criterio, utilizado casi unánimemente en la jurisprudencia, no considera suficiente que los delitos sean similares desde un punto de vista jurídico-social, sino que también deben serlo desde un punto de vista personal para el autor. Por una parte, la *equiparabilidad ético-jurídica* radica en que los delitos en relación de alternatividad abarquen, según un sentimiento de justicia general, una valoración social de igual o similar entidad.<sup>23</sup> En especial, el presupuesto básico es que los bienes jurídicos protegidos sean iguales o, al menos, sumamente parecidos. Esto acontece, por ejemplo, entre delitos que afecten la propiedad y el patrimonio, pues ambos aluden a bienes disponibles de carác-

---

<sup>22</sup> En el mismo sentido, Helmut Frister (2017, pp. 54 y ss.) Alexander Baur (2018, pp. 572 y ss.). Críticamente Joachim Hruschka (1967, p. 267).

<sup>23</sup> Respecto a la eventual equiparabilidad de un caso de condena alternativa entre hurto agravado, receptación y apropiación, Günther Deubner (1962, p. 22).

ter económico; o entre delitos que afecten la administración de justicia. Por otra parte, la *equiparabilidad psicológica* exige una relación mental razonablemente similar del autor con los comportamientos bajo análisis (Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, p. 145; Roland Schmitz, 2020, p. 59).

Según la jurisprudencia, se satisface este criterio entre los siguientes delitos (*cfr.* Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, p. 146): hurto y receptación (caso típico y más numeroso); hurto en banda y receptación en banda; hurto, receptación y apropiación; hurto y apropiación; hurto y frustración del derecho de prenda; apropiación y estafa; apropiación y administración desleal; receptación y estafa; estafa y administración desleal; entre otros. Por el contrario, se rechaza la condena alternativa al negarse el criterio de equiparabilidad en los siguientes delitos (*cfr.* Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, p. 147): homicidio doloso y participación en lesiones corporales; hurto y extorsión; hurto y estafa; robo y receptación; robo y apropiación; estafa y evasión de impuestos; estafa y falsificación de documentos; amenazas e injurias; entre otros.

En caso de delitos compuestos que afecten a varios bienes jurídicos simultáneamente es posible “descomponer” el delito y fundamentar la condena alternativa únicamente respecto de la “sección típica” con la que se puede establecer equiparabilidad con el otro hecho punible. Por ejemplo, dado que el robo se compone de coacción y hurto, afecta tanto la libertad como la propiedad, de manera que falta una equiparabilidad respecto de una receptación, pues esta carece de relación con el bien jurídico de libertad. Empero, es posible descomponer el robo y utilizar el hurto para establecer una condena alternativa con la receptación, ya que entre ellos existe una similitud típica suficiente.

Desde la doctrina, el criterio jurisprudencial de la equiparabilidad ha sido sumamente criticado por su indeterminación y falta de contenido. A la postre, el criterio descansaría en una cierta comparabilidad de contenidos de injusto bajo un “sentido de justicia” que no logra ser definido con precisión mediante la especificación ético-jurídica y psicológica (Herbert Tröndle, 1974, pp. 133 y ss. y Ali Norouzi, 2008, pp. 113 y ss.; Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, p. 148; Erol Pohlreich, 2016, pp. 702 y ss.; Alejandra Verde, 2016, pp. 16 y ss.; Albin Eser y Bernd Hecker, 2014, p. 73). Otros indican que el criterio lleva a resultados no deseados excluyendo la condena alternativa entre delitos suficientemente similares (Deubner 1962, pp. 22 y ss.; Deubner, 1967, p. 738; Günther Deub-



ner, 1962, pp. 22 y ss.; Günther Deubner, 1967, p. 738). El punto es que el criterio es tan difuso y sin posibilidad de crítica razonable que al final la aceptación de la condena alternativa depende simplemente del arbitrio del juez, lo cual resultaría inaceptable en un Estado de derecho democrático (Georg Freund y Frauke Rostalski, 2015a, p. 166; Volker Haas, 2016, p. 194).

*bb) Identidad del núcleo del injusto.* Debido a los numerosos reparos contra el criterio de la jurisprudencia, la doctrina ha pretendido fundamentar un criterio más preciso que se refiera a elementos del delito verificables, de manera de evitar la mera arbitrariedad judicial. Así, “la identidad del núcleo del injusto” apunta a una equivalencia en la afectación de ese bien jurídico o clases de bienes jurídicos habitualmente comparables (Günther Deubner, 1967, p. 738; Herbert Tröndle, 1974, p. 133; Ali Norrouzi, 2008, p. 114; *cfr.* Roland Schmitz, 2020, p. 61; Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, pp. 151 y ss.; Erol Pohlreich, 2016, pp. 704 y ss.) o, más concretamente, a que las normas de comportamiento quebrantadas apunten a la misma dirección (Tobias Ceffinato, 2014, p. 662). Una versión más subjetiva del criterio se refiere al disvalor de la acción y a la motivación del autor, pues el problema de la condena alternativa está en reprochar (personalmente) un delito que eventualmente no ha sido cometido, de manera que si las acciones típicas son subjetivamente equiparables, entonces el problema se disolvería (*cfr.* Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, pp. 153 y ss.).

No obstante, las críticas se mantienen desde dos puntos de vista. Por un lado, una identidad del núcleo del injusto tampoco ofrece un criterio preciso y claro, sino que también recurre fundamentalmente a una similitud indeterminable entre los delitos. Es cierto que se basa en ideas más definidas en la dogmática penal (clases de bien jurídico, formas de menoscabo, disvalor de la acción), pero debido a la variabilidad de opiniones al respecto no se logra ofrecer una suficiente claridad (Erol Pohlreich, 2016, pp. 704 y ss.).<sup>24</sup> Por otro lado, este criterio termina extendiendo los casos de condena alternativa, pues al tratar de enfocarse en las formas de ataque al bien jurídico o en clases de bienes jurídicos similares, acepta una condena alternativa allí donde el criterio de la jurisprudencia lo rechazaría (por

---

<sup>24</sup> Para un resumen de las opiniones, véase Gerhard Dannecker y Jan Schuhr (2020, pp. 150 y ss.).

ejemplo, entre hurto y estafa o extorsión y estafa) (Roland Schmitz, 2020, p. 63). De ahí que no logra superarse la problemática de delimitación entre casos admisibles e inadmisibles de condena alternativa.

## V. DISCUSIÓN SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONDENA ALTERNATIVA PROPIA

Como se planteaba más arriba, el TFA mantuvo una jurisprudencia permisiva de la condena alternativa basada en el criterio de la equiparabilidad ético-jurídica y psicológica hasta el 2014, momento en el cual la Segunda Sala se pronunció por su inconstitucionalidad. En lo que sigue, se revisarán los argumentos jurisprudenciales y doctrinarios en contra de la condena alternativa (bajo a), luego se expondrán los argumentos en favor, haciendo especial énfasis en la respuesta del Pleno del Tribunal y en las recientes opiniones de la doctrina (inciso b).

### 1. *En contra de la condena alternativa*

a) *La opinión de la Segunda Sala.* Debido a que no pudo ser determinado con certeza si el imputado cometió hurto o receptación, el Tribunal Regional lo condenó alternativamente por hurto o receptación a la pena más leve, asumiendo la posición dominante de la jurisprudencia. Ante ello, la Segunda Sala del TFA consideró necesario analizar la constitucionalidad de la condena alternativa (propia) atendiendo a que no existiría un delito determinado y que, por lo tanto, la aplicación de una pena sobrepasaría los límites del principio de legalidad.<sup>25</sup>

i) En primer lugar, la Segunda Sala indica que la figura jurídica de la condena alternativa es una creación jurisprudencial que carece de reconocimiento legal enfatizando que la opinión tradicional del TFA se basa en el criterio de la equiparabilidad ético-jurídico y psicológica entre los delitos en cuestión (c. 5 ss.). En ese sentido, el reconocimiento de la *condena alternativa debe entenderse como una excepción* a la regla procesal penal básica de que cada delito debe estar suficientemente determinado para funda-

<sup>25</sup> Segunda Sala TFA (2014, pp. 152 y ss.). En lo sucesivo se indicará simplemente el considerando respectivo entre paréntesis.

mentar una condena. Sin embargo, la aplicación cada vez más extendida de la figura ha desdibujado esta relación de regla general-excepción, lo que justifica una consideración más detenida.

ii) Las limitaciones del principio de legalidad, reconocido en la Constitución Alemana (art. 103 II), se aplican exclusivamente a los presupuestos materiales de la punibilidad, no así a las reglas procesales correspondientes. De ahí que la Segunda Sala sostenga que la condena alternativa no hace referencia sólo a una regulación procesal —como afirman los partidarios de la figura— sino que *tiene un carácter jurídico-penal material* (c. 23; Karl Kröpil, 2015, pp. 119 y ss.), por lo cual debe respetar completamente los límites impuestos por el principio de legalidad. Este punto es fundamental para la argumentación de la Sala, pues asumir un carácter puramente adjetivo de la condena alternativa implica que los reparos por legalidad quedan fuera de lugar.

Para fundamentarlo la Segunda Sala diferencia entre un derecho procesal penal y un derecho penal material: mientras el primero concierne a los presupuestos para la persecución de delitos dentro del proceso, así como su tipo y forma de ejecución, el segundo abarca la totalidad de las normas jurídicas que definen determinadas acciones como lesivas para la vida en sociedad, cuya violación significa la imposición de una pena (c. 24). Así, la condena alternativa no constituiría solamente una regla de decisión que forma parte del derecho procesal (como el *in dubio pro reo*), ya que incorpora una tercera opción a la prototípica disyunción entre condena y absolución cuando existe una alternatividad exclusiva, a saber, la condena por ambos delitos de manera alternativa.

En este sentido, la condena alternativa no conllevaría la aplicación de unas de las normas jurídico-penales bajo consideración, sino un enjuiciamiento en virtud de un núcleo de injusto común. La única forma de explicar esta condena es, por tanto, recurrir a un “delito tronco” (*Rumpfstatbestand*) que abarque ambos tipos en disputa. Esto implicaría, en la práctica, que la condena se basa en una *tercera norma no escrita en la ley*, la cual fusionaría elementos de las normas que no pueden ser aplicadas por falta de certeza procesal (c. 26; *cf.* Helmut Frister, 2017, p. 75a; Karl Kröpil, 2015, pp. 120 y ss.). La jurisprudencia trata de subsanar este problema acudiendo al criterio de la equiparabilidad ética-jurídica y psicológica, como una forma de relacionar las normas jurídicas que, en la práctica, no tienen aplicación, es decir, de llenar el vacío normativo de la tercera

norma no escrita. Así, ya el mero recurso a este criterio confirmaría el carácter material de la condena alternativa, pues una figura puramente procesal no requeriría un criterio de delimitación (c. 28).

iii) El principio de legalidad establecido en la Constitución no reconoce límites que permitan la excepción desarrollada por la jurisprudencia. A este respecto, resulta indiferente que una eventual condena alternativa pueda basarse en argumentos de justicia material, pues el principio constitucional simplemente no podría ser restringido mediante una creación jurisprudencial (c. 31 y ss.). De tal forma, a partir de una adecuada interpretación del principio de legalidad, la colisión de principios que justificaría una aceptación restringida de la condena alternativa no llega ni siquiera a entrar en consideración. En definitiva, la condena basada solamente en consideraciones alternativas implicaría una *infracción evidente contra el principio de legalidad*, pues pretende hacer una excepción donde es inaceptable hacerla.

iv) En último término, la Segunda Sala también alude al *principio de culpabilidad*, pues la ley no sólo define bajo qué presupuestos se debe imponer una pena, sino también según cuáles principios rectores debe determinarse la pena dentro del marco señalado por la ley. De ahí que una pena específica conforme a la culpabilidad del autor no podría deducirse de una comparación general entre los marcos penales de normas alternativas, pues siempre debe tenerse presente el determinado comportamiento ejecutado y correspondiente culpabilidad por él (c. 35). En otras palabras, si no puede determinarse qué injusto fue cometido y qué norma es pertinente, entonces la determinación de la pena carece de cualquier punto de referencia para su concretización, lo cual vulneraría el principio de culpabilidad (también Markus Wagner, 2014, p. 442; críticamente al respecto Carl-Friedrich Stuckenberg, 2014, p. 470).

b) *La doctrina reciente en contra de la condena alternativa*. Recogiendo los reparos planteados por la Segunda Sala, una tendencia doctrinaria reciente bastante extendida ha asumido con fuerza un rechazo a la condena alternativa basándose en los siguientes argumentos.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Adicionalmente a los argumentos generales a explicar, también pueden observarse argumentos que apuntan directamente a la descripción típica de determinados delitos; sobre el hurto y la receptación véase Kyriakos Kotsoglou (2015, pp. 349 y ss.; 2017, pp. 206 y ss.).

i) En virtud de una justificación de prevención general positiva, la pena es la reacción por un comportamiento incorrecto desde un punto de vista jurídico-penal, mediante la cual la sociedad en su conjunto declara que la infracción de la norma por parte del sujeto no tiene validez general y se puede seguir confiando en el ordenamiento jurídico. Empero, la conducta antijurídica del autor está dirigida concretamente a una norma determinada que pone en entredicho: la comisión de un hurto no implica una afectación de la prohibición del homicidio o de la receptación, sino únicamente un cuestionamiento de la validez de la prohibición del hurto. De la misma forma, la respuesta institucional mediante una pena también debe ser igual de precisa (Georg Freund y Frauke Rostalski, 2015a, pp. 164 y ss. Georg Freund, 2013, pp. 39 y ss.).<sup>27</sup> La pena contra un hurto expresa que la sociedad no acepta el específico comportamiento de sustracción con ánimo de apropiación. *El veredicto de culpabilidad* (y las consecuencias adicionales derivadas) *debe ser lo suficientemente preciso* para que el significado, también preciso, de la conducta antijurídica del sujeto quede neutralizado.

De tal manera, si el sujeto comete un hurto, pero es hecho responsable por parte de la sociedad por infringir la prohibición de la receptación, entonces se refuerza una norma que no ha sido atacada ni puesta en entredicho por su conducta (Georg Freund y Frauke Rostalski, 2015a, p. 165). Lo decisivo es confirmar la vigencia de la norma específica que fue quebrantada por el sujeto; una consideración abstracta de un ataque en contra del ordenamiento jurídico en general es demasiado impreciso para entender adecuadamente el significado de la conducta antijurídica. De ahí que la fundamentación de la pena ya implica una determinación inequívoca de los hechos por los cuales se debe hacer responsable al sujeto, lo que se opone directamente a una condena basada en la mera alternatividad de leyes penales.

Este argumento se basa en la importancia del veredicto de culpabilidad como acto comunicativo principal en la reacción institucional contra un comportamiento antijurídico (Georg Freund y Frauke Rostalski, 2015b, p. 717; Volker Haas, 2016, pp. 192 y ss.). Como veremos, los defensores de la condena alternativa critican que es la imposición de la pena (y no el

---

<sup>27</sup> En el mismo sentido Helmut Frister (2017, p. 81). *Cfr.* Sören Lichtenthäler (2018, pp. 186 y ss.).

mero veredicto de culpabilidad) la que se opone comunicativamente a la puesta en entredicho del ordenamiento por parte del autor.

ii) Una de las principales discusiones sobre la condena alternativa está en su caracterización como regla procesal, que la haría inmune a los problemas de constitucionalidad, o como regla material (o mixta), que la somete a los límites del principio de legalidad. Recogiendo la crítica de la Segunda Sala, los autores contrarios a su admisibilidad sostienen que *no puede asumirse un carácter puramente procesal de la condena alternativa*.

El carácter meramente procesal de la condena alternativa se basaría en el hecho de que, desde un punto de vista material, no existen dudas en que el sujeto ha cometido efectivamente uno de los delitos en cuestión de manera alternativa (Jürgen Wolter, 2013, p. 274). Por lo tanto, la norma jurídico-penal que entra en consideración estaría completamente determinada dentro de los límites del principio de legalidad. Por ejemplo, en el ejemplo prototípico, tanto el tipo del hurto como el tipo de la receptación cumplen con los estándares del mandato de determinación. El problema es que la condena alternativa no trata simplemente sobre una pregunta de prueba, pues fuerza la condena del sujeto en circunstancias en que normalmente se plantearía su absolución (Markus Wagner, 2014, p. 441; Volker Haas, 2016, p. 191; Kyriakos Kotsoglou, 2015, pp. 360 y ss.). Dado que esta figura es la que fundamenta la posibilidad de la condena al sujeto cuando se cumplen con sus presupuestos, entonces evidentemente no se trata de una regla meramente procesal.

Una buena comparación al respecto es el *in dubio pro reo*, el cual indiscutiblemente tiene un carácter (meramente) procesal: este principio ordena la absolución cuando no se puede determinar, más allá de una duda razonable, la realización de un tipo. De tal manera, el *in dubio pro reo* viene a completar la regla establecida por el artículo 103 II de la Constitución alemana, que establece que un hecho sólo puede ser castigado —es decir, sólo se puede *condenar*— cuando la punibilidad fue determinada por la ley (Georg Freund y Frauke Rostalski, 2015a, p. 169). En otras palabras, la inseguridad sobre los hechos tiene que ser interpretada en favor del imputado y, por lo tanto, se le debe absolver. Por consiguiente, el *in dubio pro reo* es sólo una regla de decisión procesal, porque no interviene en la valoración de los hechos por parte del tribunal, simplemente manda absolver en caso de dudas. Por el contrario, en la condena alternativa, no están

satisfechos los presupuestos para imponer una pena, pues no puede formularse un veredicto de culpabilidad de forma inequívoca.

De tal forma, y en el sentido de la argumentación de la Segunda Sala, la condena alternativa estaría ligada necesariamente a una “tercera norma” ajena a los delitos en cuestión que justifique materialmente la condena (Markus Wagner, 2014, pp. 441 y ss.; Sören Lichtenthäler, 2018, p. 184; Alejandra Verde, 2016, pp. 20 y ss.). Esta nueva norma de sanción establecería que, aun cuando no se logre determinar con claridad la culpabilidad de un sujeto por un delito, su estatus por defecto (inocente) sería revertido si se cumplen los requisitos de la figura, en especial el criterio de equiparabilidad (Kyriakos Kotsoglou, 2015, pp. 361 y ss.). Si no se cumplen tales requisitos, entonces el estatus por defecto se mantiene incólume y la condena es inalcanzable siendo forzosa la absolución.

Por supuesto, el argumento alcanza su punto decisivo al hacer notar que esta “tercera norma” carece de reconocimiento legal y, por ello, usarla como fundamento de una condena infringe el principio de tipicidad: al igual que la pena no puede basarse en la costumbre jurídica, tampoco puede hacerlo en creaciones jurisprudenciales.

iii) Recurrir a una tercera norma no reconocida en la ley para justificar la condena alternativa también constituiría una infracción del principio de *división de poderes*. El legislador es el encargado de determinar no sólo si un determinado comportamiento está prohibido, sino también todas los presupuestos que permiten la imposición de una pena. Eso se concreta naturalmente en el principio de tipicidad. Por consiguiente, la aplicación de una regla jurisprudencial que fundamenta la pena implica también un reemplazo de la función del legislador (Benedikt Linder, 2017, p. 318; Georg Freund, 2013, p. 43).

Incluso el criterio de equiparabilidad que condiciona la aplicación de la condena alternativa es, en este sentido, problemático, porque la evaluación de la desaprobación social por la comisión de un delito no dependería de factores determinados por el legislador, sino únicamente por el desarrollo jurisprudencial de la figura.<sup>28</sup> Que este criterio sea tan incierto

---

<sup>28</sup> Por ejemplo, el legislador ha indicado expresamente que el hurto violento o la extorsión violenta “se castigan igual que un robo” (párrafos 252 y 255), lo cual debe entenderse como una comparación del injusto de los delitos entregada por el legislador. *Cfr.* Benedikt Linder (2017, p. 318).

—en el sentido de una “fórmula vacía”— conduce en la práctica a que el juez cumpla la función de legislador al establecer los presupuestos de la imposición de una pena.

iv) No sólo el principio de tipicidad sino también el *mandato de determinación* estaría afectado por la admisibilidad de la condena alternativa. Una de las funciones del principio de legalidad (en la llamada función de orientación) es asegurar que el ciudadano pueda pronosticar con relativa certeza la imposición de una pena al cometer un determinado delito. De tal forma, puede adaptar libremente su comportamiento en pos del seguimiento de la norma, lo que justifica un reproche personal cuando actúa en contra de ella (Erol Pohlreich, 2016, pp. 688 y ss.; Georg Freund, 2013, pp. 41 y ss.). Pero si no está determinado qué resulta prohibido o permitido, entonces el sujeto carece del criterio para orientar su conducta y, por lo tanto, no se le puede exigir que se comporte conforme a derecho.

Por un lado, y de manera evidente, esto implica que los criterios a utilizar por el juez tienen que ser lo suficientemente precisos para permitir un pronóstico razonable del resultado. Así, dejar la decisión al arbitrio del juez infringe el mandato de determinación, pues ya no es posible determinar qué casos serán aceptados y qué casos serán rechazados al aplicar el criterio. Esto es lo que sucedería con el criterio jurisprudencial de “equiparabilidad ético-jurídica y psicológica” que define los casos admisibles de condena alternativa (Ali Norouzi, 2008, pp. 490 y ss.; Erol Pohlreich, 2016, pp. 705 y ss.).

Pero, por otro lado, el mandato de determinación también conlleva lagunas de punibilidad en donde la mera referencia a la justicia material demandaría un castigo. Pues exigir un cierto grado de determinación de los tipos para castigar implica que algunos casos reprochables desde un punto de vista de justicia van a quedar fuera del ámbito aceptado por el principio. Es decir, el mandato de determinación se caracteriza ya por un equilibrio entre justicia material y formal con el objetivo de que la ley sirva de orientación al ciudadano (Benedikt Linder, 2017, pp. 316 y ss.). Los límites propios de un Estado de derecho encierran la posibilidad de que algunas injusticias queden sin castigo.

De tal forma, puede ser cierto que los casos de condena alternativa demandarían la imposición de una pena desde el punto de vista de justicia para el caso concreto, empero ello no puede conducir a fundamentar una condena. El principio de legalidad funciona aquí como un lími-



te que establece las condiciones de legitimidad en que ese “sentimiento de justicia material” tiene que concretarse institucionalmente.

Las lagunas de punibilidad por exigencias del Estado de derecho no son desconocidas en el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la prescripción de la acción penal o las infracciones del debido proceso que conducen a una imposibilidad de utilizar ciertos medios de prueba conllevan una no satisfacción de la justicia material, pero que está justificada (Benedikt Linder, 2017, p. 317; Markus Wagner, 2014, p. 442). De ahí que la absolución en casos de condena alternativa no tendría que ser sorprendente; es simplemente un resultado de los límites del *ius puniendi*.

v) Además, se ha planteado que el reconocimiento de la figura de condena alternativa podría conducir a una afectación del *principio de investigación*, el cual señala que el tribunal debe utilizar todos los medios de prueba necesarios para averiguar la verdad de los hechos (párrafo 244 II del CPP). A pesar de que unos de los presupuestos de la condena alternativa es el agotamiento de los medios de prueba, su admisibilidad conlleva dos peligros. Por un lado, parece evidente que, ya teniendo probada la alternatividad de hechos y delitos, el tribunal pueda verse tentado a omitir cualquier otro medio de prueba, pues ya está asegurada una condena (Benedikt Linder, 2017, p. 320).<sup>29</sup> Este efecto colateral en la práctica sería sumamente perjudicial para la finalidad procesal de averiguación de la verdad material, pues el incentivo estaría puesto simplemente en que el tribunal probara solamente lo necesario para una condena alternativa.

Por el otro lado, una condena alternativa presupone necesariamente un mayor riesgo de error del tribunal al decidir el caso concreto (Erol Pohlreich, 2016, pp. 694 y ss.). Dado que la condena alternativa supone una determinación no inequívoca de los hechos, ya que basta que se pruebe que uno de varios delitos ha sido cometido, la probabilidad de que el juez se equivoque al revisar la prueba y condene a un inocente se incrementa sustancialmente. Los criterios jurisprudenciales de similitud entre los delitos pretenden mantener a raya este riesgo, pero el incremento del peligro de error no puede ser negado.

---

<sup>29</sup> Al respecto Erol Pohlreich (2016, p. 696) plantea que la condena alternativa pueda ser usada indebidamente como medio para “un trato poco estricto o indulgente de los medios de prueba”.

vi) A pesar de que no está regulada expresamente en la Constitución Alemana, la *presunción de inocencia* ha sido entendida unánimemente como consecuencia del principio básico del Estado de derecho (Constitución, art. 20) y se encuentra recogida en la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 6 II). La presunción de inocencia rige mientras no haya sido probada la realización antijurídica y culpable de todos los elementos de un determinado tipo (y otros presupuestos de punibilidad), de tal forma que el conocimiento de que el sujeto ha cometido *algún* delito no logra todavía revertirla (Volker Haas, 2016, p. 194).

En ese sentido, los detractores de la condena alternativa sostienen que la figura conllevaría una pena únicamente basada en una sospecha y que, por tanto, infringiría la presunción de inocencia (Volker Haas, 2016, pp. 194 y ss.; Erol Pohlreich, 2016, p. 707; Georg Freund y Frauke Rostalski, 2015a, pp. 165 y ss.).<sup>30</sup> Pues la constatación de que un sujeto ha cometido (alternativamente) uno de dos delitos implica la mera constatación de una sospecha. No hay certeza de que el sujeto haya en efecto realizado el delito A o que haya realizado el delito B, sólo se asume que ha cometido uno de ellos bajo una consideración general de los hechos.

Ahora bien, la búsqueda de similitud entre los delitos para justificar la condena alternativa no constituye un motivo suficiente para refutar la presunción de inocencia. Ya que no se ha probado que el sujeto ha cometido un *determinado* delito, entonces debe seguir suponiéndose que no es culpable y, por lo tanto, no puede fundarse una condena (Volker Haas, 2016, p. 194; Erol Pohlreich, 2016, p. 709). Una condena significaría aquí que se castiga simplemente la sospecha de que el sujeto ha cometido un *determinado* delito, lo cual es inaceptable en un Estado de derecho.

En ciertas ocasiones, se acepta una restricción de la presunción de inocencia, pero tal excepción tiene que estar regulada explícitamente en la ley como símbolo inequívoco de que el legislador tomó en cuenta la sospecha (Erol Pohlreich, 2016, p. 709).<sup>31</sup> Sin embargo, el desarrollo meramente jurisprudencial de la condena alternativa impide fundamentar aquí

<sup>30</sup> En este sentido también Kyriakos Kotsoglou (2015, pp. 352 y ss.; 2017, p. 210) plantea que una solución a los problemas de constitucionalidad de la condena alternativa sería la aceptación de una “presunción de culpabilidad”.

<sup>31</sup> Pohlreich indica que el Tribunal Constitucional alemán aceptó una limitación a la presunción de inocencia en casos en que la ley obligaba al juez a realizar una valoración de la situación basada en una sospecha (párrafo 153 II del CPP).

una excepción legítima de la presunción de inocencia. Las penas por sospecha no pueden ser aceptadas y los casos de condena alternativa parecen ser un ejemplo de ellas.

## 2. *En favor de la condena alternativa*

a) *La opinión de las demás Salas y del Pleno.* Como respuesta a la opinión de la Segunda Sala, el resto de las Salas debió pronunciarse sobre la admisibilidad de la condena alternativa y, finalmente, en 2017 el Pleno del Tribunal zanjó la discusión al respecto rechazando el alegato de inconstitucionalidad.<sup>32</sup> Para ello, se basaron en los siguientes argumentos:

i) En primer lugar, se afirma categóricamente *el carácter procesal de la regulación de la condena alternativa* entendiéndola únicamente como una regla de decisión procesal, de manera que no quedaría limitada por el principio de legalidad.<sup>33</sup> Aquí no se determina qué es lo que se castiga, sino simplemente en qué manera tiene que reaccionar procesalmente el tribunal ante la satisfacción de los presupuestos respectivos: en sentido figurado, se argumenta que la condena alternativa no tiene que ver con el “si” (=si un delito tiene lugar), sino con el “cómo” (=cómo se decide en este caso).<sup>34</sup> A este respecto, se la vincula directamente con el *in dubio pro reo* planteando una excepción a su aplicación cuando concurren situaciones de hecho alternativas

ii) El argumento continúa enfatizando que la condena alternativa *no implica recurrir a una tercera norma no escrita*, pues los tipos penales bajo consideración fueron establecidos por el legislador de manera suficientemente precisa. Por lo tanto, en estos casos, el que decide sobre el comportamiento punible es el legislador, nunca el juez, quien solo aplica lo indicado en la

<sup>32</sup> Véase un análisis de esta sentencia en Hans Kudlich (2017, pp. 870 y ss.); Alexander Baur (2018, pp. 570 y ss.). Sobre la relevancia procesal de esta sentencia Markus Wagner (2014, pp. 437 y ss.).

<sup>33</sup> Primera Sala del TFA (2014, p. 308); Tercera Sala del TFA (2014, p. 39); Cuarta Sala del TFA (2014, p. 41); Quinta Sala del TFA (2014, p. 307); Pleno del TFA (2017, p. 14). En contra Kyriakos Kotsoglou (2015, pp. 359 y ss.).

<sup>34</sup> Tercera Sala del TFA (2014, p. 39).

ley.<sup>35</sup> El presupuesto básico de la condena alternativa es que, al considerar la totalidad de la situación, un tipo penal necesariamente resulta satisfecho en su totalidad. De ello el tribunal está convencido, de manera que no decide condenar por una conducta cuyo castigo no esté previsto con anterioridad por el legislador.

De ahí que la garantía que emana del principio de legalidad de que *el ciudadano pueda prever el castigo* al momento de ejecutar la conducta no se vea afectada.<sup>36</sup> Pues el sujeto sabe qué conductas están prohibidas por el legislador, por lo que sabe qué conductas debe omitir para actuar conforme a derecho. En el ejemplo típico, el sujeto sabe con certeza que el hurto y la receptación están prohibidas, por lo que puede prever un castigo en caso de que infrinja alguna de esas normas con su comportamiento. La condena alternativa, por lo tanto, no “sorprende” al sujeto, sino simplemente confirma la idea de que la realización de los delitos en cuestión conduce a la imposición de una pena.

Asimismo, la condena alternativa tampoco implicaría recurrir a un tipo global o más amplio que abarque las normas bajo consideración, cuestión que infringiría la prohibición de analogía, pues este carece de reconocimiento legal. Más bien, la condena alternativa castiga efectivamente el quebrantamiento de una de las normas indicadas, pero dado que no se logra probar qué delito específico se ve realizado, se recurre a una valoración alternativa de las circunstancias.<sup>37</sup> Y, por consiguiente, *tampoco se infringe la presunción de inocencia*, porque aquí es completamente seguro que el imputado ha cometido uno de los delitos, lo que en ningún caso puede entenderse como una pena por mera sospecha:<sup>38</sup> aquí hay seguridad respecto de la realización de uno de los delitos.

iii) Ante el pronunciamiento de la Segunda Sala, también emitió su opinión el Ministerio Público solicitando la admisibilidad de la condena alternativa, pero planteando que una limitación en base a la “equiparabilidad ético-normativa y psicológica” resultaría inadecuada. En la práctica, por lo tanto, el Ministerio Público pretendía volver al momento

---

<sup>35</sup> Primera Sala del TFA (2014, p. 309); Cuarta Sala del TFA (2014, p. 40); Pleno del TFA (2017, p. 18).

<sup>36</sup> Primera Sala del TFA (2014, pp. 309 y ss.); Cuarta Sala del TFA 2014, p. 40; Pleno TFA (2017, p. 19).

<sup>37</sup> Cuarta Sala del TFA (2014, p. 40).

<sup>38</sup> Pleno del TFA (2017, p. 22); Tercera Sala del TFA (2014, p. 40).

en que la condena alternativa estuvo regulada explícitamente en la ley sin restricción alguna. Sin entrar en demasiados detalles, el Pleno del TFA indicó explícitamente que *el criterio de la equiparabilidad aplicado por la jurisprudencia debe ser mantenido*.<sup>39</sup> Lo decisivo es la valoración jurídico-social y el vínculo interno del sujeto respecto de los delitos en cuestión.

En todo caso, se enfatizó que este criterio no opera como fundamento, sino únicamente como un límite a la admisibilidad de la condena alternativa.<sup>40</sup> Ello implica que se establece un límite de carácter material a una figura procesal, lo cual no resultaría contradictorio ni inadecuado, pues el límite va en beneficio del imputado.

iv) Solamente el Pleno del Tribunal —es decir, ninguna de las salas por separado— argumenta en la línea del principio de justicia para el caso concreto. La absolución del imputado en virtud de la aplicación estricta del *in dubio pro reo* sería simplemente incompatible con los mandatos irrenunciables de la justicia, ya que con seguridad no tiene lugar una conducta conforme a derecho del imputado.<sup>41</sup> Este punto es importante, pues aquí se encuentra el fundamento de la figura: en este caso, *absolver es injusto*.

v) Finalmente, se plantea que la condena alternativa puede apoyarse en una *aceptación tácita del legislador* que se observa al analizar las últimas reformas al código penal. En primer lugar, se insiste en que el reconocimiento legal de la condena alternativa en 1934 no encierra un ideario nacionalsocialista.<sup>42</sup> El Tribunal del Reino ya había aceptado previamente la figura y, además, existen otros ordenamientos jurídicos que también hacen el mismo reconocimiento legal, de manera que no puede aceptarse un origen nazi que mancharía el fundamento de la figura.

A partir de la derogación del párrafo 2b, el legislador ha permitido el desarrollo jurisprudencial y doctrinario de la condena alternativa, teniendo numerosas oportunidades para regularla o limitarla explícitamente. De ello se puede interpretar una aceptación tácita por su parte acerca del fundamento y límites de la condena alternativa. A este respecto, el Ple-

<sup>39</sup> Pleno del TFA (2017, p. 34).

<sup>40</sup> Primera Sala del TFA (2014, p. 308); Tercera Sala del TFA (2014, pp. 39 y ss.); Pleno del TFA (2017, p. 21). En contra, Kyriakos Kotsoglou (2015, p. 364).

<sup>41</sup> Pleno del TFA (2017, p. 24). En el mismo sentido, Ramón Ragues (2018, p. 31); Alexander Baur (2018, pp. 571 y ss.).

<sup>42</sup> Primera Sala del TFA (2014, p. 309); Pleno del TFA (2017, p. 26). En el mismo sentido, Carl-Friedrich Stuckenberg (2014, pp. 465 y ss.); Karl-Heinz Nüse (1953, p. 41).

no del Tribunal ejemplifica que en la regulación relativamente reciente de la apropiación (párrafo 246) como del lavado de dinero (párrafo 261), ambas de 1998, el legislador no se ha manifestado en contra de la condena alternativa, a pesar de que ha tomado en consideración una eventual pospendencia.<sup>43</sup> Aquí no puede encontrarse una voluntad contraria del legislador a la figura, lo que apoya su admisibilidad.

b) *La opinión “tradicional” en la doctrina.* Es posible identificar dos corrientes doctrinarias que abogan por la admisibilidad de la condena alternativa. La primera postura desarrolla los argumentos enunciados por la jurisprudencia; la segunda asume algunas ideas de la posición contraria reinterpretando ciertos principios para llegar a una opinión de admisibilidad.

i) La postura que denominaré “tradicional”, pues se alinea con los argumentos aceptados históricamente y que ha sido defendida últimamente por Stuckenberg, parte de la base de que la condena alternativa hace referencia a una *regla procesal de decisión*. Este tipo de reglas de decisión cumplen con la función de vincular una determinada averiguación procesal con una consecuencia jurídica procesal (Carl-Friedrich Stuckenberg, 2014, p. 462; Jürgen Wolter, 2013, pp. 273 y ss.). Una aplicación fundamental de las reglas de decisión se observa en el caso de que, luego de agotarse los medios de prueba, no pueda establecerse inequívocamente la situación de hecho, de manera que reglas de decisión no escritas indican lo que el tribunal debe realizar. Por ejemplo, si las variantes satisfacen la misma ley penal, se da un caso de condena alternativa impropia que justifica una condena inequívoca, o si los hechos satisfacen diferentes tipos penales que se encuentran en relación escalonada, entonces debe condenarse por la pena menos intensa (*in dubio mitius*). Si los hechos satisfacen varios tipos penales de manera alternativa, entonces se abre la posibilidad de una condena alternativa propia.

Por tanto, es cierto que la condena alternativa vincula una determinada situación procesal con una determinada decisión, pero esa es precisamente la función de una regla procesal de decisión. Todas las normas del derecho procesal cumplen la tarea de posibilitar una consecuencia jurídica cuando se satisfacen los presupuestos de un tipo material (Carl-Friedrich Stuckenberg, 2014, p. 468; el mismo, 2015, p. 716). De ahí que el

<sup>43</sup> Pleno del TFA (2017, pp. 27 y ss.).

reclamo de que la condena alternativa decide la situación no puede ser un argumento en favor de su carácter material.

Asimismo, plantear que el criterio de “equiparabilidad ético-normativa y psicológica” es material y que, por lo tanto, la condena alternativa también lo sería, es un argumento equivocado. El derecho procesal realiza valoraciones mediante criterios materiales, pero evidentemente ello no niega su carácter procesal (Carl-Friedrich Stuckenberg, 2014, p. 470).<sup>44</sup> No es posible exigir una delimitación absoluta entre derecho material y procesal, pues sus funciones están interconectadas en aras de determinar una conducta antijurídica e imponer un castigo.

ii) Un importante argumento de los opositores a la condena alternativa radica en que el veredicto de culpabilidad debe ser preciso y, por lo tanto, referirse a un delito determinado, pues solo de esa manera se expresa comunicativamente el reproche contra el sujeto y se confirma la vigencia de la norma quebrantada.<sup>45</sup> Sin embargo, los partidarios de la figura plantean que el presupuesto del argumento es erróneo: la pena —no el veredicto de culpabilidad— constituye la reacción estatal en contra de la conducta antijurídica del sujeto. Por el contrario, *el veredicto de culpabilidad* es simplemente la confirmación de que el sujeto ha realizado una conducta contraria al ordenamiento y, por consiguiente, *no forma parte de la pena estatal* (Carl-Friedrich Stuckenberg, 2015, p. 714).<sup>46</sup> La respuesta que expresa la reprobación de la sociedad por la conducta se encuentra únicamente en el castigo, no en el veredicto de culpabilidad.

Esto se puede observar analizando la posición lógica del veredicto de culpabilidad en un silogismo que muestre la necesidad de una pena: la premisa mayor indica que la comisión de un delito X conlleva una pena Y (ambos indicados en la ley); la premisa menor es la determinación de que

---

<sup>44</sup> Aquí Stuckenberg indica otras figuras procesales que también utilizan criterios de aplicación materiales, a saber: la determinación de competencia de un tribunal (párrafos 1 y ss. del CPP), la realización de un nuevo juicio en favor del condenado (párrafos 359 y ss. del CPP) o el sobreseimiento por delitos de bagatela (párrafo 153 del CPP). También Carl-Friedrich Stuckenberg (2017, p. 816). En el mismo sentido Jürgen Wolter (2013, pp. 273 y ss.).

<sup>45</sup> Véase sección bb.i) del apartado anterior.

<sup>46</sup> En favor de la condena alternativa, pero en contra de esta idea, Jan Schuhr (2014, p. 439). En contra de esta idea y en contra de la condena alternativa, Volker Haas (2016, pp. 192 y ss.).

un sujeto ha cometido el delito X; y la conclusión es la imposición de la pena Y al sujeto (Carl-Friedrich Stuckenberg, 2015, p. 714). El veredicto de culpabilidad se enmarca en la premisa menor, esto es, enuncia que el sujeto ha cometido el delito indicado en la premisa mayor. De ahí que el veredicto de culpabilidad no puede ser la pena, pues cumple una función diferente. Decir que alguien cometió un delito no significa castigarlo, sino sentar las bases para ese castigo.

Por consiguiente, de acuerdo con el principio de legalidad, la pena debe ser determinada; sería inadmisibles condenar a una privación de libertad de un año o de tres años. Sin embargo, el veredicto de culpabilidad no requiere referirse únicamente a un delito determinado (Tobias Ceffinato, 2014, p. 663), pues no constituye pena. Entonces, no existiría problema en que la condena se base en una alternatividad de hechos y delitos.

iii) Respecto de la objeción de la “tercera norma no escrita”, los partidarios de la condena alternativa —junto a la jurisprudencia— plantean que en estos casos no se crea una nueva norma, sino que simplemente se aplican las leyes en cuestión de manera alternativa (Tobias Ceffinato, 2014, p. 664; Karl-Heinz Nüse, 1953, p. 38). Si lo relevante es que el ciudadano pueda prever adecuadamente la amenaza de pena al momento de ejecutar la conducta, entonces debe hacerse evidente que la imposición de una *condena alternativa en ningún caso* va a implicar la imposición de una consecuencia jurídica que *resulta imprevisible al sujeto* (Ramón Ragues, 2018, pp. 25 y ss.; Jan Schuhr, 2014, p. 440).

Pensemos en un caso de condena alternativa entre hurto y receptación, en donde se desconoce si el sujeto sustrajo la cosa o simplemente la compró al ladrón, por lo que se condena por hurto o receptación y se impone la pena (menos intensa) de la receptación. Aquí existen entonces sólo dos posibilidades: o bien el tribunal “acierta” y aplica al sujeto la pena del delito cometido, ya que este efectivamente compró una cosa robada; o bien el tribunal “se equivoca” (es decir, el sujeto efectivamente sustrajo la cosa) y condena por el delito menos grave no cometido. Sin embargo, el hecho efectivamente cometido, por un lado, es materialmente similar respecto del cual se condena (criterio de equiparabilidad) y, por otro, abarca necesariamente una pena más intensa, de manera que el sujeto no pue-



de alegar que la pena concreta le resultaba imprevisible (Ramón Ragues, 2018, p. 26).<sup>47</sup>

Bajo esta comprensión, la condena alternativa tampoco afecta la prohibición de analogía (Tobias Ceffinato, 2014, pp. 663 y ss.; Carl-Friedrich Stuckenberg, 2014, p. 470, Jan Schuhr, 2014, p. 439), ni constituye una condena por sospecha (Carl-Friedrich Stuckenberg, 2015, p. 716; Carl-Friedrich Stuckenberg, 2017, p. 816; Jürgen Wolter, 2013, pp. 276 y ss.) que puede conducir un derecho penal de autor (Carl-Friedrich Stuckenberg, 2015, p. 715):<sup>48</sup> en ningún caso se crea una nueva norma no reconocida en la ley, sino que simplemente se aplican (de manera alternativa) normas dictadas legítimamente por el legislador.

c) *La opinión “lógica”*. i) La posición que denominaré “lógica”,<sup>49</sup> y que es defendida por Schuhr, asume un punto de partida diferente. A diferencia de la posición tradicional, la admisibilidad de la condena alternativa no es una pregunta de ponderación entre diversos principios, sino una pregunta por el alcance de los principio de legalidad e *in dubio pro reo* (Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, p. 9). Por ello, de forma similar que la posición contraria a la condena alternativa, la referencia a la justicia del caso concreto no es relevante, pues el principio de legalidad rige absolutamente, sin que se pueda reconocer un conflicto con la justicia material que justifique una ponderación o búsqueda de un término medio. Asimismo, tam-

<sup>47</sup> Aquí Ramón Ragues, plantea que sería problemático si el sujeto desconoce la norma efectivamente aplicada, pero indica que ello debería resolverse en sede de error de prohibición y que no afectaría la validez de la condena alternativa.

<sup>48</sup> Algunos autores (como Georg Freund y Frauke Rostalski, 2015a, pp. 165, 169 y ss.) indican que la aplicación de la condena alternativa implica un castigo no por una conducta del sujeto, sino directamente a su persona. Stuckenberg considera que la utilización de la idea de “derecho penal de autor” está completamente fuera de lugar, pues aquí el tribunal está convencido que el sujeto (con su comportamiento) ha cometido o bien el delito X o bien el delito Y.

<sup>49</sup> Tempranamente Hruschka también intentó analizar los casos de condena alternativa a partir de una lógica normativa. Fundamental al respecto Joachim Hruschka (1979, pp. 638 y ss.), en donde analiza todas las posibilidades lógicas de ocurrencia y no-ocurrencia de dos situaciones de hecho; Joachim Hruschka (1967, pp. 265 y ss.), en donde identifica las constelaciones a discutir bajo el término general de “condena alternativa”, y Joachim Hruschka (1982, pp. 321 y ss.) en donde diferencia y fundamenta la condena alternativa propia e impropia. En un sentido similar Jan Joerden (1984, pp. 252 y ss.). Un intento también en este sentido en Sören Lichtenthäler (2016, pp. 182 y ss.).

poco sería problemático otorgar a la condena alternativa un carácter material (Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2014, p. 19c).

En primer lugar, al momento de analizar la condena alternativa, es necesario diferenciar entre el ámbito de las normas de comportamiento y el de las normas de sanción. En el marco de las *normas de comportamiento*, la condena alternativa alude a la concurrencia de dos o más prohibiciones o mandatos.<sup>50</sup> Que se prohíban dos conductas en un determinado ordenamiento puede ser reformulado lógicamente como una prohibición (combinada) de ambas conductas (Jan Schuhr, 2014, p. 437). Es decir, A está prohibido y B está prohibido es igual a que A y B están prohibidos. Esta prohibición (combinada) se verá infringida cuando un sujeto realice alguna de las dos conductas (A o B). De ahí que una conjunción lógica de prohibiciones (prohibición 1 y prohibición 2) se corresponde con una disyunción lógica de formas de conducta (conducta A o conducta B) (Jan Schuhr, 2014, p. 437, *cf.* Volker Haas, 2016, p. 191). Dado que esta reformulación no afecta el contenido de las prohibiciones, en ningún caso se ve afectado el principio de legalidad.

Una condena alternativa implica que se ha cometido, sin lugar a duda, uno de dos delitos, pero no se sabe cuál de ellos. En esta situación resulta pertinente, por lo tanto, una prohibición combinada de ambos comportamientos, pues —independiente de que no se sepa cuál de los delitos ha sido efectivamente cometido— es posible indicar con seguridad que la prohibición combinada ha sido infringida por el autor. Esto no resultaría problemático desde el principio de legalidad, pues aquí no existe una creación jurisprudencial de una norma jurídico-penal, sino una aplicación elemental de lógica normativa para la creación de una norma combinada (Jan Schuhr, 2014, p. 438; Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, p. 14).

Ahora bien, en el ámbito de las *normas de sanción*, se determina si la infracción de una norma de comportamiento conlleva una amenaza de pena, lo cual implica la consideración de elementos adicionales (por ejemplo, en los delitos con condición objetiva de punibilidad). Según Schuhr, resulta admisible trasladar la argumentación en el marco de las normas de comportamiento al de las normas de sanción: si debe castigarse la comisión del delito A cuando ella ha sido comprobada de manera inequí-

---

<sup>50</sup> Para efectos de simplicidad en la argumentación, asumiremos que solamente concurren dos prohibiciones.

voca y debe castigarse la comisión del delito B cuando también ha sido probada, entonces también debe castigarse cuando el delito A o el delito B han sido cometidos y el delito A o el delito B son comprobables inequívocamente (Jan Schuhr, 2014, p. 438; Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, 14a).<sup>51</sup> Por lo tanto, si se cumple el presupuesto de que el tribunal está convencido de que el sujeto ha cometido uno de los dos delitos, entonces no hay impedimentos para la condena alternativa desde el punto de vista del principio de legalidad

ii) Respecto de las críticas de la Segunda Sala y de la doctrina reciente contra la condena alternativa, *Schuhr* plantea que tal opinión parte de la base de una comprensión diversa de los tipos penales que se aleja de la idea de que la ley contiene normas de sanción cuya realización presupone una infracción imputable y culpable de una norma de comportamiento. Por el contrario, tal posición asumiría un concepto material del injusto, en el sentido que lo relevante no es la infracción de una norma de comportamiento, sino la *realización de un injusto determinado por la ley* (Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, 15a).<sup>52</sup> Bajo esta comprensión, el legislador construiría clases o formas de injusto delimitados en uno o varios delitos, por ejemplo, el injusto del hurto o de la estafa. El presupuesto de la pena estaría entonces no en la lesión imputable de un deber (por infracción de la norma de comportamiento), sino en la realización de esa clase de injusto señalada en la ley. De tal modo, la formación de conexiones lógicas disyuntivas entre normas resultaría inadmisibles, porque la ley declararía algo diferente con cada tipo penal, de manera que su combinación afectaría la valoración que ha hecho el legislador respecto de cada injusto.

Sin embargo, esta aproximación a la labor del legislador no es convincente: este no crea injustos determinados, sino que simplemente castiga ciertos comportamientos cuando ellos son realizados de manera imputable. La referencia al injusto es siempre indirecta, pues las normas de sanción hablan de comportamientos, no de un injusto en abstracto (Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, 17a y ss.). De tal manera, recurrir a nor-

---

<sup>51</sup> En contra Volker Haas (2016, pp. 191 y ss.); Sören Lichtenthäler (2016, pp. 184 y ss.).

<sup>52</sup> Un ejemplo de lo planteado por Schuhr se encuentra en Helmut Frister (2017, 85 y ss.).

mas de comportamiento es una mejor interpretación de la labor que realiza el legislador al tipificar conductas.

iii) No obstante, que la condena alternativa sea admisible, no quiere decir inmediatamente que sea necesaria o que pueda aplicarse sin condiciones. Respecto de la necesidad de que un comportamiento deba ser probado, *Schuhr* sostiene que, a partir del principio de legalidad, solamente se deriva la condición de que *el hecho por el que se condena* tenga que estar probado (Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, 18). Por lo tanto, no se requeriría que esté probado cada uno de los delitos en cuestión, lo cual resulta compatible con la condena alternativa.

Una condición de prueba específica a cada delito resulta posible, pero implica una serie de preguntas problemáticas respecto de la forma de tipificación de conductas existente en la ley. Determinar qué significa el mismo tipo, respecto del cual la condena alternativa (impropia) estaría permitida, es sumamente complejo ya en la actual legislación; numerosos artículos del código penal alemán hacen referencia a conductas completamente diferentes entre sí. Por ejemplo, tanto el cohecho activo como pasivo conformarían un mismo delito cuando se refiere a privados pues ambos están regulados en la misma disposición (párrafo 299), pero ¿qué pasa con el cohecho en el ámbito público al estar regulado el pasivo en el párrafo 331 y el activo en el párrafo 333? ¿Deben entenderse como tipos diferentes, respecto de los cuales la condena alternativa sería inadmisibile?<sup>53</sup> El punto es que una supuesta diferenciación precisa entre delitos que justificaría una exigencia de prueba inequívoca de cada uno de ellos no existe en la ley. En ese sentido, parece recomendable prescindir de tal condición por su especificidad y más bien enfocarse en la condena.

Ahora bien, *Schuhr* ha planteado recientemente que la figura de la condena alternativa debe interpretarse de forma más restringida de lo que permitiría su comprensión teórica y constitucional en atención a dos argumentos (Gerhard Dannecker y Jan Schuhr, 2020, 19 y ss.):<sup>54</sup> en primer lugar, la pena efectivamente conlleva una declaración sobre el hecho y sobre la valoración del injusto cometido que se le reprocha al sujeto. De tal manera, esa valoración debe ser tomada en cuenta al momento de im-

<sup>53</sup> Otros ejemplos en Gerhard Dannecker y Jan Schuhr (2020, 18a.).

<sup>54</sup> Aquí Schuhr modera su opinión respecto de lo planteado previamente en Jan Schuhr, 2014, pp. 438 y ss.

poner una pena. Y en segundo lugar, es necesario recurrir a una cierta clasificación de formas de delitos (o de injusto) para determinar concretamente la pena. Por consiguiente, resulta razonable exigir como requisito de la condena alternativa que los deberes infringidos por el sujeto, que sus motivaciones o modos de pensar y que las modalidades de comportamiento sean *similares*. De ahí que un presupuesto de comparabilidad puede ser previsto como límite en el ámbito de las normas de sanción.

iv) En definitiva, esta posición “lógica” pretende poner de relieve que las zonas grises en la aplicación del derecho penal son inevitables. El legislador castiga ciertos comportamientos, cuya concreción dentro del proceso penal conlleva necesariamente dificultades de prueba que pueden ser resueltas adecuadamente —esto es, sin infracción de principios fundamentales— por la figura de la condena alternativa (Jan Schuhr, 2014, p. 440). Extender el principio de legalidad a cualquier forma de incertidumbre constituye una hipertrofia que trae consigo resultados insatisfactorios (Ramón Ragues, 2018, p. 28; Carl-Friedrich Stuckenberg, 2014, pp. 470 y ss.). Lo decisivo es establecer adecuadamente sus límites para entender con claridad aquellas construcciones que quedan fuera de ellos. Y de acuerdo con los argumentos presentados, la condena alternativa no sería uno de esos casos

## VI. REFLEXIÓN FINAL

No es mi intención definir aquí la discusión determinando si la condena alternativa es o no inconstitucional; más interesante resulta haber expuesto los principales argumentos que se enfrentan actualmente en la discusión alemana. No obstante, para terminar, me interesa enfatizar dos argumentos generales.

En primer lugar, el desarrollo de la figura de la condena alternativa radica en la jurisprudencia y en la doctrina, no en el legislador. Tribunales y autores se percataron de un problema que aparecía comúnmente en la práctica, esto es, que no siempre puede probarse más allá de toda duda la comisión de un determinado delito y, en virtud de una construcción normativa en sí misma coherente, definieron que una condena podía ser posible bajo ciertas condiciones de alternatividad. Más allá de las atendibles objeciones de legalidad en contra de la figura, debe reconocerse

la iniciativa de estos actores jurídico-penales para enfrentar un problema práctico manifiesto. Esto se opone a la tradición de nuestros ordenamientos latinoamericanos en donde el legislador pareciera ser un ente divino que define todo el contenido jurídico y, por lo tanto, tribunales son sólo máquinas de aplicación del derecho y la doctrina sólo cumple una función de exégesis de las normas legales. Muy por el contrario, el estudio y aplicación del derecho implican una tarea interpretativa adicional al enfrentar la ley a la realidad y notar numerosos problemas imposibles de prever por el legislador y que deben ser resueltos. En ningún caso, se está abogando por un activismo judicial exacerbado, sino que es necesario reconocer la importante labor que desempeña la jurisprudencia y la doctrina al momento de interpretar el derecho.

En segundo lugar, ya reconociendo la importancia de esta labor interpretativa, es necesario enfatizar que ella debe desarrollarse necesariamente respetando los límites establecidos por la Constitución y las leyes. Aquí es donde la discusión expuesta sobre la condena alternativa resulta relevante. Jurisprudencia y doctrina tienen vedado establecer ponderaciones respecto de principios que no toleran excepción. El principio de legalidad establece los límites del *ius puniendi* estatal y, por lo tanto, no puede verse restringido simplemente mediante una incierta búsqueda de justicia material. En ese sentido, resulta sumamente interesante el fundamento “lógico” de la condena alternativa, porque se enfoca en las diferentes normas jurídico-penales para justificar una prohibición combinada que no infringe el principio de legalidad, pero que permite resolver el problema práctico sin tener que recurrir a ideas difíciles de sostener (como que las reglas de la condena alternativa *solamente* tendrían carácter procesal). Decisivo es respetar los límites legales y constitucionales, pero también que ello no conduzca a un bloqueo del desarrollo de conceptos jurídico-penales por parte de los actores cercanos a la resolución concreta de casos, ya que son ellos los que le dan dinamismo al derecho penal.

## VII. REFERENCIAS

ALWART, Heiner (1992). Darf ein Angeklagter aus Mangel an Beweisen verurteilt werden? *Goltdammer's Archiv*, pp. 545-568.

- BASAK, Denis (2020). § 1. En MATT y RENZIKOWSKI (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar* (2a. ed.), München: Verlag Franz Vahlen.
- BAUMANN, Jürgen (1983). Anmerkung zum BGH Urteil. *Juristenzeitung*, pp. 115-117.
- BAUR, Alexander (2018). Die ungleichartige Wahlfeststellung nach der Entscheidung des Grossen Strafsenats. *Juristische Arbeitsblätter*, pp. 568-574.
- CEFFINATO, Tobias (2014). Das Institut der Wahlfeststellung und seine verfassungsmäßige Zulässigkeit. *Juristische Ausbildung*, pp. 655-665.
- DANNECKER, Gerhard y SCHUHR, Jan (2020). Anhang zu § 1. En CIRENER, Gabriele *et al.* (eds.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, t. I (13a. ed.), Berlin: De Gruyter.
- DEUBNER, Günther (1962). Die Grenzen der Wahlfeststellung. *Juristische Schulung*, pp. 21-24.
- DEUBNER, Günther (1967). Anmerkung zum BGH Urteil. *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 738-739.
- ESER, Albin y HECKER, Bernd (2014). § 1. En SCHÖNKE y SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar* (29a. ed.), München: Beck.
- FREUND, Georg y ROSTALSKI, Frauke (2015a). Verfassungswidrigkeit des wahldeutigen Schuldspruchs. *Juristenzeitung*, pp. 164-170.
- FREUND, Georg y ROSTALSKI, Frauke (2015b). Zum Streit um die Gesetzesalternative (sogenannte „echte“) Wahlfeststellung. *Juristenzeitung*, pp. 716-718.
- FREUND, Georg (2013). Nicht ,entweder – oder, sondern ,weder – noch‘!. En ZÖLLER, Mark (ed.), *Festschrift für Jürgen Jürgen Wolter*, Berlin: Duncker & Humblot.
- FRISTER, Helmut (2017). Nachbemerkung zu § 2. En KINDHÄUSER, Neuman y Paeffgen (eds.), *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar*, t. (5a. ed.), Baden-Baden: Nomos.
- FUCHS, Jürgen (1967). Anmerkung zum BGH Urteil. *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 739-740.
- HAAS, Volker (2016). Anmerkungen zur Verfassungsmäßigkeit der ungleichartigen Wahlfeststellung anlässlich des Vorlagebeschlusses des 2. Senats vom März letzten Jahres. *Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, pp. 190-196.
- HEINITZ, Ernst (1952). Die Grenzen der zulässigen Wahlfeststellung im Strafprozess. *Juristenzeitung*, pp. 100-103.

- HEINITZ, Ernst (1957). Zum Verhältnis der Wahlfeststellung zum Satz in dubio pro reo. *Juristische Rundschau*, pp. 126-129.
- HIPPEL, Eike (1963). Zum Problem der Wahlfeststellung. *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 1533-1535.
- HRUSCHKA, Joachim (1967). Zum Problem der Wahlfeststellungen. *Monatsschrift für deutsches Recht*, pp. 265-269.
- HRUSCHKA, Joachim (1970). Zur Logik und Dogmatik von Verurteilungen aufgrund mehrdeutiger Beweisergebnisse im Strafprozess. *Juristenzeitung*, pp. 637-642.
- HRUSCHKA, Joachim (1971). Wahlfeststellung zwischen Diebstahl und sachlicher Begünstigung?. *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 1392-1394.
- HRUSCHKA, Joachim (1982). Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und bei mehrdeutigen Tatsachenfeststellung. *Juristische Schulung*, pp. 317-324.
- HRUSCHKA, Joachim (1983). Alternativfeststellung zwischen Anstiftung und sog. psychischer Beihilfe. *Juristische Rundschau*, pp. 177-181.
- JOERDEN, Jan (1984). Die Verdoppelung – ein zentrales Strukturproblem des Strafrechts. *Goldammer's Archiv*, pp. 249-263.
- JOERDEN, Jan (1988). Postpendenz- und Präpendenzfeststellungen im Strafverfahren“. *Juristenzeitung*, pp. 847-853.
- KOTSOGLU, Kyriakos (2015). Über die Wahlfeststellung als Zombie-Norm. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, pp. 334-369.
- KOTSOGLU, Kyriakos (2017). Strafe ohne Schuld? Zur Problematik der Wahlfeststellung. En KUHLLI, Milan y ASHOLT, Martin (eds.), *Straf begründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster*, Baden-Baden: Nomos.
- KRÖPIL, Karl (2015). Die Entwicklung der echten Wahlfeststellung in der Rechtsprechung und ihr bevorstehendes Ende. *Juristische Rundschau*, pp. 116-121.
- KÜHL, Kristian (2017). *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (8a. ed.). Franz Vahlen Verlag.
- KUDLICH, Hans (2017). Also doch: Es bleibt bei der Wahlfeststellung. *Juristische Arbeitsblätter*, pp. 870-872.
- KÜPER, Wilfried (1976). Probleme der Postpendenzfeststellung im Strafverfahren. En WARDA *et al.* (eds.), *Festschrift für Richard Lange*, Berlin: Walter de Gruyter.



- LICHTENTHÄLER, Sören (2018). Die Konsequenzen der Normentheorie für das Konstrukt der echten Wahlfeststellung“. En Anne y Wagner, Markus (eds.), *Normentheorie und Strafrecht*, Schneider, Baden-Baden: Nomos.
- LINDER, Benedikt (2017). Die Zukunft der Wahlfeststellung“. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 6, pp. 311-323.
- NOROUZI, Ali (2008). Grundfälle zur Wahlfeststellung, Präpendenz und Postpendenz. *Juristische Schulung*: 17-21, 113-116.
- NOROUZI, Ali (2016). Der Bundesgerichtshof als Akteur der Kriminalpolitik –oder: Warum es (noch) Wahlfeststellungen gibt. En Tiedemann, Klaus *et al.* (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Baden-Baden: Nomos.
- NÜSE, Karl-Heinitz (1953). Die Zulässigkeit von wahlweisen Feststellungen. *Goldammer's Archiv*, pp. 33-44.
- POHLREICH, Erol (2016). Die Vereinbarkeit der echten Wahlfeststellung mit dem Grundgesetz. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, pp. 676-712.
- RAGUES, Ramon (2018). Las condenas alternativas y su discutida legitimidad. *Estudios penales y criminológicos* (vol. XXXVIII), pp. 1-35.
- RICHTER, Christian (1994). Die Postpendenzfeststellung. *Juristische Ausbildung*, pp. 130-135.
- SATZGER, Helmut (2019). § 1. En SATZGER, y SCHLUCKEBIER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar* (4a. ed.), Köln: Carl Heymanns Verlag.
- SCHMITZ, Roland (2020). Anhang zu § 1. En HEINTSCHEL-HEINEGG (ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I (4a. ed.), München: Beck.
- SCHRÖDER, Thomas (2008). Aus der Praxis: Die in der Hauptverhandlung festgestellte Wahlfeststellung – die Sicht der Verteidigung. *Juristische Schulung*, pp. 707-709.
- SCHUHR, Jan (2014). Wahlfeststellung und strafrechtliches Gesetzmäßigkeitsprinzip. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 437-440.
- STUCKENBERG, Carl-Friedrich (2014). Zur Verfassungsmäßigkeit der echten Wahlfeststellung. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, pp. 461-472.
- STUCKENBERG, Carl-Friedrich (2015). Zum Streit um die echte Wahlfeststellung. *Juristenzeitung*, pp. 714-716.

- STUCKENBERG, Carl-Friedrich (2017). Anmerkung zum BGH Urteil. *Strafverteidiger*, pp. 815-818.
- TRÖNDLE, Herbert (1974). Zur Begründung der Wahlfeststellung. *Juristische Rundschau*, pp. 133-135
- VERDE, Alejandra (2016). Subsunción alternativa en la condena (Wahlfeststellung). *InDret*, pp. 1-30.
- WAGNER, Markus (2014). Entscheidungsbesprechung. *Zeitschrift für das Juristische Studium*, pp. 436-443.
- WOLTER, Jürgen (2013). Strafbemessung bei alternativen Gesetzesverletzungen und Entscheidungsnormen. *Goltdammer's Archiv*, pp. 271-287.

### *Jurisprudencia*

- 4 StR 480/82 (1982). Tribunal Federal alemán. *Juristenzeitung*, pp. 115-116.
- 1 ARs 14/14 (2014). Primera Sala del Tribunal Federal alemán. *Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechung-Report* 2014, pp. 308-309.
- 2 StR 495/12 (2014). Segunda Sala del Tribunal Federal alemán. *Juristische Rundschau* 2015, pp. 152-157.
- 3 AR 13/14 (2014). Tercera Sala del Tribunal Federal alemán. *Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechung-Report* 2015, pp. 39-40.
- 4 ARs 12/14 (2014). Cuarta Sala del Tribunal Federal alemán. *Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechung-Report* 2015, pp. 40-41.
- GSSSt 1/17 (2014). Quinta Sala Tribunal Federal alemán. *Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechung-Report* 2014, pp. 307-308.
- 5 ARs 39/14 (2017). Pleno del Tribunal Federal alemán. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2017, pp. 2842-2846. También en *Strafverteidiger* (2017), pp. 811-815.