

# REVISTA DE REVISTAS

## A L E M A N I A

### Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft

73. Bd. 1961, H. 1-2

El primer fascículo está encabezado por una nota de Richard Lange con motivo de la jubilación de Eb. Schmidt.

**GRÜNWARD, Gerald:** «Die Aufklärungspflicht des Arztes» (El deber de información del médico).

El autor realiza un examen crítico de los principios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Federal alemán sobre el deber del médico de informar al paciente de los peligros del tratamiento. Estos principios despertaron una viva polémica en los últimos años en Alemania. No sólo los médicos, sino también muchos juristas han expresado su disconformidad con la doctrina del Tribunal Federal.

Para comprender el alcance del problema, el autor cree necesario fijar primero su lugar sistemático. El Tribunal federal considera que todo tratamiento médico, que afecte a la substancia del cuerpo humano, realiza el tipo de las lesiones corporales del art. 323. El tratamiento médico necesita, según esta doctrina, para su justificación, del consentimiento del paciente o de las personas que tengan sobre él un derecho de cuidado. Quedan exceptuados solamente aquellos casos excepcionales en que no puede recabarse el consentimiento. Ahora bien, para que el consentimiento sea eficaz, el enfermo tiene que conocer la situación. La información del médico consiste en facilitar al enfermo la comprensión de la situación.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Federal, si falta el consentimiento, el tratamiento médico es antijurídico, aunque esté indicado y se lleve a cabo con arreglo a la *lex artis*. Esta doctrina del Tribunal Federal es rechazada por numerosos autores (Engisch, Welzel, Eb. Schmidt, Ebermayer, etc.), que consideran que el tratamiento médico, indicado y llevado a cabo con arreglo a la *lex artis*, no lesiona el derecho del paciente a la integridad corporal, aun cuando no medie el consentimiento. El tratamiento médico trata, precisamente, de fomentar o restablecer la integridad corporal. Si falta el consentimiento, el tratamiento médico lesiona sólo el derecho del paciente a la libertad de decisión. La conducta del médico puede ser castigada solamente como un delito contra la libertad. Estas conductas serían en su mayor parte impunes, en el Derecho penal alemán, dice Grünward, pues en él los tipos de los delitos contra la libertad comprenden sólo aquellos casos en que, por así decirlo, el autor «quiebra» la voluntad del sujeto pasivo. Sólo podría ser castigado el caso, poco importante en la práctica, del médico que lleva a

cabo el tratamiento contra la voluntad del paciente. Sólo puede conseguirse una solución satisfactoria del problema, dice el autor, si se crea, como prevé el Proyecto de 1960, un tipo especial del tratamiento médico arbitrario. Entonces quedaría perfectamente captado lo injusto de la conducta del médico que lleva a cabo una intervención indicada, con arreglo a la *lex artis*, sin el consentimiento del paciente.

Las dos concepciones mencionadas, aunque disienten en torno a cual sea el bien jurídico lesionado y las consecuencias jurídicas, coinciden, sin embargo, en considerar que el tratamiento médico está prohibido si no media el consentimiento del paciente. El requisito del consentimiento y de la información, no están, pues, afectados por la polémica.

Grünwald precisa, en primer lugar, que no siempre que quepa *esperar* del médico una información está éste obligado jurídicamente a facilitarla: El médico está sólo obligado jurídicamente a facilitar la información, si ésta es una condición necesaria de la eficacia del consentimiento; es decir, si esta información es necesaria para que el paciente pueda adoptar una decisión consciente.

El autor distingue dos cuestiones en el problema de determinar cuál sea la información que el médico deba facilitar al paciente para que el tratamiento sea conforme a Derecho. La primera de ellas, es la de fijar la información que deba facilitar *en principio* el médico. Sólo después habrá que ocuparse del problema de determinar las circunstancias en que el médico puede renunciar a la información, porque ésta podría perjudicar al enfermo.

Existe acuerdo en considerar que el médico debe informar al paciente sobre la clase y las consecuencias *necesarias* del tratamiento (sección o destrucción de un órgano, extirpación de un miembro, etc.). Se discute, únicamente, si y hasta qué punto el médico está obligado a informar al paciente sobre las consecuencias *posibles* del tratamiento. La opinión dominante en la doctrina, considera que el médico debe informar al enfermo de los peligros *típicos*. No existe acuerdo, sin embargo, a la hora de determinar, qué peligros sean típicos. Grünwald analiza y resume la doctrina del Tribunal Federal, del modo siguiente: El médico está solamente obligado a informar de los peligros que podrían tener transcendencia para la decisión de un paciente razonable y de los peligros que no sean sumamente remotos.

El autor muestra su conformidad con el criterio del Tribunal Federal en el primer caso. No acepta, en cambio, el criterio de exigir la información de los peligros que no sean muy remotos, *aunque* carezcan de relevancia para el consentimiento. El médico no puede estar obligado *jurídicamente*, en estos casos, a facilitar la información. Si no se acepta esta opinión, dice Grünwald, habría que reducir, al menos, el deber de información a aquellos daños que sean *frecuentes*.

El autor se plantea, a continuación, el problema de si el médico está obligado a comunicar el diagnóstico al enfermo. Considera Grünwald, que quizá quepa esperar del médico, una comunicación del diagnóstico, pero no está obligado *jurídicamente* a facilitarla. La obligación de comunicar el diagnóstico puede derivarse sólo del deber de velar por la salud del enfermo o del deber de informarle del tipo y peligros del tratamiento.

Una vez determinados el contenido y los límites del deber de información, Grünwald se plantea el problema de si y en qué circunstancias, dicho deber puede verse derogado o restringido porque la información pueda dañar al enfermo, es decir, porque el bien jurídico de la libertad entre en colisión con otros bienes jurídicos.

El Tribunal Federal considera, que el deber de información puede quedar derogado o restringido, si las circunstancias *especiales* del caso hacen temer al médico que la información pueda acarrear graves peligros para la salud o la vida del paciente. El médico puede temer que la información disminuya las posibilidades de curación, que el enfermo sufra un trastorno psíquico o se suicide. No justifican, en cambio, una restricción del deber de información el peligro de que el estado de ánimo o el bienestar general del enfermo se vean afectados ni el temor de que el enfermo, presa del pánico, rechace un tratamiento que aceptaría si estuviera sereno.

En los casos en que el enfermo no debe ser informado (o no debe ser informado completamente) sobre las posibles consecuencias del tratamiento, el médico no está obligado *jurídicamente*, según Grünwald, a informar a los parientes próximos. El Tribunal Federal no ha tomado posición en este problema. La información del paciente es exigida solamente por el Derecho por su relevancia para el consentimiento. La información de los parientes más próximos carece de dicha relevancia.

El Tribunal Federal, dice Grünwald, al admitir tan pocas excepciones del deber de información, parte en realidad de un concepto normativo y no empírico del hombre. Supone que todo hombre, de una constitución psíquica normal, puede recibir la comunicación de que padece cualquier enfermedad (aunque sea un cáncer), sin que se produzca ningún peligro para su vida o su salud. Los médicos disienten de esta opinión, dice Grünwald, y su criterio debería ser en este punto decisivo. Se advierte, además, claramente, que el Tribunal Federal no sólo cree que los peligros para la salud y la vida del enfermo son menores de lo que dicen los médicos, sino que les concede menos importancia en relación con el derecho de libre decisión. Las opiniones de los médicos, basadas en su ética profesional, entran aquí en colisión con la jurisprudencia del Tribunal Federal. Los médicos consideran, además, que aunque la información no suponga un peligro para la salud o la vida del enfermo, el médico puede y debe, en algunos casos, renunciar a la información. Este es el caso, siempre que la información pudiera atemorizar al paciente y moverle a rechazar un tratamiento que aceptaría si pensara serenamente y en todos aquellos casos en que la información sumiría al enfermo en un estado de desesperación.

El autor plantea el problema de si los jueces están legitimados, en vista de la disparidad de criterios existente, para declarar antijurídica la conducta de los médicos o de si no deberían aceptar, más bien, su conducta como jurídica, *precisamente* porque no existe acuerdo sobre su licitud.

Es preciso tener en cuenta, a este respecto, dice Grünwald, que los principios establecidos por la jurisprudencia no pueden ser derivados del Derecho positivo. El conflicto de bienes jurídicos sólo puede ser resuelto, en este caso, de acuerdo con las concepciones éticas. El problema consiste, pues, en

determinar si deben tener preferencia las concepciones éticas de los jueces o las de los médicos.

¿Están facultados los jueces, para decidir problemas éticos discutidos, en el sentido de declarar antijurídica una conducta, por ser reprochable según su concepción? Por difícil que pueda resultarle, el juez debe colocar en un mismo plano las concepciones éticas propias que considera correctas, y las concepciones éticas ajenas (siempre que sean serias), pues ha recibido su mandato de un Estado que respeta la libertad de conciencia. Su concepción del contenido de la ley moral debe regir sus actos, pero no puede convertirse en criterio para enjuiciar y condenar *jurídicamente* a los demás.

Grünwald subraya, que esta doctrina no pone en duda —como cree el Tribunal Federal— la existencia de una ley moral objetiva, inmutable, cuya validez sea independiente de su acatamiento; pues, en ningún caso —aunque se admita la existencia de dicha ley— cabe decir, que sea posible deducir de ella, de modo inmediato, la solución de los supuestos de colisión del valor de la libertad y los valores del bienestar anímico o corporal. No cabe admitir, tampoco, que los jueces estén más capacitados que las demás personas, moralmente serias, para llegar a conocer el contenido de la ley moral. Sólo entonces, cabría afirmar el derecho de los jueces a imponer su concepción de los límites del deber de información, frente a las opiniones de los médicos, basadas en su ética profesional.

La jurisprudencia del Tribunal Federal sobre los límites del deber de información, debe ser, pues, rechazada, según Grünwald, en la medida en que está en contradicción con las opiniones de los médicos, basadas en su moral profesional.

La renuncia a la información, o a la información completa, puede estar, pues, justificada, cuando exista, en *general*, peligro de un daño grave para la vida o la salud del enfermo; es decir, no es preciso —como exige el Tribunal Federal— que el peligro se base en las circunstancias *especiales* del enfermo. El deber de informar puede ceder también, cuando la información podría sumir al enfermo en un estado de desesperación, o pudiera atemorizarle de tal modo, que rechazase un tratamiento que aceptaría en condiciones normales. En estos casos *puede* estar justificada la falta de información. Habrá que atender, sin embargo, a las circunstancias del caso concreto —como en todos los conflictos de bienes— para enjuiciar la juridicidad o antijuricidad de la conducta.

El autor considera conveniente la creación de un precepto, por el que se obligue a los jueces a respetar las opiniones de los médicos, basadas en su ética profesional, acerca de los límites del deber de información.

Los médicos deben revisar también, sin embargo, según Grünwald, algunas de sus opiniones, pues no cabe ignorar que la doctrina jurisprudencial, no es sino el reflejo de una nueva actitud (más crítica y exoéptica) del paciente en relación con el médico.

**CORDOBA, Juan: «Zum Verkehrsstrafrecht in Spanien» («Sobre el Derecho penal del tráfico en España»).**

El autor sigue en su estudio el método correcto de referir y contrastar constantemente el tratamiento de los problemas dogmáticos con los resultados de la investigación criminológica.

En la primera parte de su trabajo, el autor realiza un estudio criminológico de las formas de aparición y las causas de los delitos de tráfico en España. Las deficiencias de las estadísticas correspondientes del Anuario Estadístico de España dificultan extraordinariamente su tarea. El autor formula por ello sus conclusiones con grandes reservas. Sus conclusiones son: 1.<sup>a</sup> Que el número total de accidentes aumenta cada año, con excepción del año 1957; 2.<sup>a</sup> El mayor porcentaje de accidentes de debe a la culpa del conductor; en este apartado incluye el autor los casos de velocidad excesiva; 3.<sup>a</sup> La culpa de la víctima sigue en importancia a la culpa del conductor; su porcentaje disminuye, sin embargo, cada año.

En la parte dogmática de su trabajo, el autor censura el párrafo último del artículo 565, por vincular la agravación de la pena a una circunstancia objetiva. La agravación de la pena está condicionada, en efecto, por el uso de un vehículo de motor. Muy acertada me parece también la crítica de la interpretación del término impericia por la jurisprudencia del Tribunal Supremo—que lo equipara a culpa grave—y de la afirmación de Quintano Ripollés, de que sólo el conductor profesional está obligado a tener la pericia necesaria. El deber de la pericia, es decir, de la posesión de los conocimientos precisos, incumbe a todo conductor, sea o no profesional y es conceptualmente diferente a la culpa grave. No me parece convincente, en cambio, la interpretación que da el autor al término negligencia profesional. Esta estaría constituida, según él, por la infracción de unas normas especiales de cuidado, más rigurosas (conducir mejor), que obligarían sólo a los conductores profesionales. La existencia y legitimidad de estas normas especiales, más rigurosas, me parece discutible. Las normas fijan el cuidado *objetivamente necesario* en el tráfico para evitar las lesiones de los bienes jurídicos, con independencia de la capacidad de los *conductores individuales*. El cuidado objetivamente debido se determina, en cada caso, en relación con las necesidades del tráfico y la capacidad de un conductor inteligente y cuidadoso, es decir, de un conductor dotado del saber ontológico y nomológico de su época, más el saber ontológico especial del autor, y que es, en todo momento, consciente de su responsabilidad. Una norma que exigiera para un grupo de conductores un cuidado mayor del que sea objetivamente preciso no tendría sentido. La circunstancia de agravación de la negligencia profesional no puede tener, por ello, otro sentido, sino el de que el legislador estima que la *reprochabilidad* de la infracción del deber objetivo de cuidado, es decir, la culpabilidad, es mayor si el autor es un conductor profesional. Un problema diferente es el de si la regulación legal es correcta, es decir, de si realmente toda infracción del deber objetivo de cuidado es más reprochable, por el hecho de que su autor sea un conductor profesional. A mi juicio puede ser más reprochable

muchas veces, pero no lo es siempre. Piénsese, por ejemplo, en los estados de cansancio o debilidad repéntinos e imprevisibles y en las diferencias individuales de la rapidez de reflejos.

El autor subraya el contraste entre la dureza de la Ley de 9 de mayo de 1950 y el elevado número de accidentes en nuestra Patria. Atribuye, con razón, la escasa eficacia de la Ley a su dureza excesiva, es decir, a su finalidad predominantemente intimidatoria. No hay que esperar lo todo de la Ley, dice el autor. Subraya, en este sentido, la importancia de una mejor educación de los peatones (dada la importancia criminológica de la culpa de la víctima) y de una aplicación estricta de las sanciones administrativas y del artículo 7.º de la Ley mencionada. Censura, asimismo, el hecho de que en la práctica sea solamente castigado, con arreglo al artículo 1.º, el conductor casi completamente ebrio; siendo así, que desde un punto de vista criminológico, tienen más interés los casos en que el consumo de alcohol no da lugar a una embriaguez tan grave, sino a un simple estado de euforia.

El autor destaca, por último, cómo el Tribunal Supremo, se ha apartado de su doctrina de exigir el arranque lícito en la culpa, cuando el acto doloso inicial era una de las figuras delictivas de la Ley de 9 de mayo de 1950. Córdoba cree que esta jurisprudencia, basada en la justicia material, coincide con la voluntad de la Ley. Esta opinión me parece, sin embargo, discutible. La argumentación para demostrar que la c.ª 4.ª del artículo 9.º no puede encontrar aplicación en la mayor parte de los delitos de tráfico, por ser delitos de acción, me parece convincente. No así, en cambio, el razonamiento de Quintano Ripollés que recoge el autor.

QUINTANO RIPOLLÉS estima que el párrafo 3.º del artículo 1.º no obliga a que la «responsabilidad criminal», en que ha de incurrir el que cometiere voluntariamente un delito o falta, sea la dolosa, puesto que la culpa es, asimismo, responsabilidad criminal. Esta interpretación sería aceptable, si se considerara este precepto aisladamente, pero no si se atiende al mismo tiempo, como es obligado, al número 8 del artículo 8.º y al artículo 50. Por otra parte, la interpretación de QUINTANO conduce a una presunción de culpa, en todos los casos comprendidos en el párrafo 3.º del artículo 1.º. El dolo inicial sería la base de la presunción. Esta consecuencia no creo que fuera admitida por QUINTANO y CÓRDOBA.

**JESCHECK, H. H.:** «Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre. (La evolución del concepto del delito en Alemania, desde Beling, en comparación con la doctrina austriaca.)

El autor describe la evolución del concepto del delito en Alemania, desde que LISZT y BELING formularon a principios de siglo el moderno concepto trimembre del delito, como acción típica, antijurídica y culpable. JESCHECK distingue tres fases en esta evolución: La del positivismo científico, el sistema teleológico y el sistema del finalismo. Las tres fases son bien conocidas para el penalista español, pues la influencia de la dogmática

penal alemana en la española se inició precisamente a principios de siglo y se ha mantenido ininterrumpidamente hasta nuestros días. Muy interesante es, en cambio, para el lector español, el cotejo que Jescheck realiza de las doctrinas de los penalistas austriacos, con las diversas fases de la evolución del concepto del delito en Alemania.

En el curso de su examen comparativo, se advierten diferencias fundamentales entre las concepciones de los penalistas austriacos y alemanes.

El positivismo jurídico conserva plena vigencia en Austria. No se ha producido en este país, como en Alemania, una reacción contra el positivismo jurídico, como consecuencia de las experiencias del régimen nacional-socialista. Los preceptos jurídicos no pueden perder su obligatoriedad (Rittler) por su contradicción con el Derecho Internacional, con la Moral, con el Derecho Natural o la Idea del Derecho. Jescheck señala, sin embargo, cómo en este caso, esta actitud tiene un fondo ético indiscutible, pues mana de la preocupación liberal por la seguridad jurídica. El abuso del positivismo jurídico por parte de los regímenes totalitarios parece no haber hecho mella en los juristas austriacos. La tarea del jurista se reduce, según ellos, a la interpretación de las normas del Derecho positivo estatal, quedando fuera de su ámbito, el examen de la justificación de las normas mismas. No se niega la relación de los preceptos jurídicos con los valores, pero se considera que éstos están previamente dados por la legislación positiva. Se advierte en este punto, como en otros, observa Jescheck, la influencia de Kelsen.

Jescheck reproduce la opinión hoy dominante en Alemania, al afirmar que la Ciencia del Derecho no puede aceptar, de forma acrítica, el orden de valores establecido por el legislador, pues es también responsable de su corrección. Mediante una constante observación crítica de la realidad y sobre la base de la experiencia histórica, la conciencia jurídica puede establecer —dice Jescheck— un orden que tenga una validez temporal. Jescheck no menciona aquí los intentos llevados a cabo desde la guerra, en Alemania, para tratar de fijar principios materiales de justicia de validez a priori. Coloca el principio del respeto a la dignidad humana al mismo nivel que otros principios materiales de ordenación, históricamente contingentes. No le considera presupuesto necesario de la obligatoriedad del Derecho (como Welzel, Maihofer, Eb. Schmidt, Würtenbergen, Fechner, Stratenwerth, etc.) ni le atribuye siquiera una cierta legitimidad histórico-cultural (como Weischedel).

Mientras los juristas austriacos —como consecuencia de sus presupuestos metodológicos— separan completamente la Moral y el Derecho, los juristas alemanes destacan, en cambio, que la materia ética y los principios materiales de justicia coinciden en gran parte en su contenido. Los valores del Derecho penal, dice Jescheck, no son puramente utilitarios, sino que son valores éticos.

Las diferencias en los conceptos fundamentales de la teoría del delito no son menos acusadas. En Austria, la mayor parte de los penalistas (Rittler, Malaniuk, Horrow, Nowakowski, etc.) siguen sustentando el concepto causal de la acción. Nowakowski suprime, incluso, el elemento de la

voluntariedad. Sólo Kadecka se ha hecho eco de las críticas formuladas en la doctrina alemana a dicho concepto y desplaza, como Radbruch, el problema de la acción a la tipicidad. El concepto de la acción finalista no ha hallado eco alguno. Sólo Roeder se ha adherido al concepto social de la acción.

La crítica que hace Jescheck del concepto causal de la acción, es aguda y convincente. No me convence, en cambio, el argumento que esgrime contra el concepto de la acción finalista. El disvalor de la acción en los delitos culposos, dice JESCHECK, consiste, sin duda, en la falta de observancia del cuidado debido, pero la finalidad no es aquí jurídicamente relevante. Welzel señala, sin embargo, con razón, como en los delitos culposos carece de relevancia el fin, pero no los medios o su forma de utilización, comprendidos en la *voluntad de realización* (véase a este respecto mi artículo «El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal», ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1959, fasc. 3.º). No es posible, por otra parte, enjuiciar la falta de observancia del cuidado debido sin atender a la conducta final *real* y cotejarla con la dirección final exigida por el Derecho (véase WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, Karlsruhe, 1961 y *Das Neue Bild des Strafrechtssystems*, 4. Aufl., páginas 8 y ss. y 31 y ss.) No tiene sentido, por ello, aceptar, como hace Jescheck, la concepción de lo injusto de los delitos dolosos y de los delitos culposos de la doctrina de la acción finalista, sin aceptar el concepto de la acción que es su soporte necesario.

La mayor parte de los penalistas austriacos se han distanciado también —como los alemanes— del concepto puramente descriptivo del tipo de Bebing. Han admitido la existencia de elementos normativos. Conciben ahora el tipo como tipo abstracto (no incluyen en él los llamados caracteres negativos del tipo) de lo injusto. Jescheck hace un examen crítico de los argumentos de Kadecka, que se opone a dicha concepción del tipo. Jescheck aduce también una serie de argumentos, a mi juicio convincentes, para demostrar la necesidad del reconocimiento de los elementos subjetivos de lo injusto. La mayor parte de los autores austriacos no admite, como es sabido, la existencia de dichos elementos (sólo Malaniuk los ha reconocido últimamente).

Jescheck expone y se distancia, de la concepción puramente objetiva de la antijuricidad de los autores austriacos. La antijuricidad material consiste, según ellos, en la lesión o el peligro de los bienes jurídicos protegidos. Jescheck se adhiere a la concepción de lo injusto de la doctrina de la acción finalista. Lo injusto está constituido, según Jescheck, por la voluntad de la acción y el resultado.

La concepción de lo injusto de la doctrina de la acción finalista no ha encontrado eco en Austria. Muy cerca de ella están, sin embargo, los representantes de la concepción subjetivista del delito. Para unos y otros el disvalor esencial del delito consiste en la formación antijurídica de la voluntad (y no en la lesión del bien jurídico). Las dos doctrinas se diferencian sólo en la distribución de los elementos del delito en las categorías de la antijuricidad y la culpabilidad. Nowakowski considera posibles las dos estructuraciones sistemáticas.



Jescheck rechaza, con razón, la consecuencia de la concepción subjetivista del delito de admitir la existencia de culpabilidad sin antijuricidad. (Véase, a este respecto, mi artículo «Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho Penal español», ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1961, Fasc. 1.º, (página 59, nota 14).

La concepción normativa de la culpabilidad es admitida hoy por todos los penalistas austriacos. Estos mencionanlo, sin embargo, como elemento normativo, la exigibilidad, mientras que los autores alemanes conciben normativamente todos los elementos de la culpabilidad. La diferencia fundamental entre los autores austriacos y los alemanes consiste, sin embargo, en que aquellos excluyen el problema del libre albedrío de la culpabilidad. Esto no obedece a una toma de posición en favor del determinismo, sino al deseo de utilizar sólo en el Derecho penal factores comprensibles por la razón y demostrables. La culpabilidad no tiene su raíz, según los autores austriacos, en la libertad, sino en el carácter. El criterio decisivo no es el reproche ético individual, sino el cotejo con la posibilidad de actuar de un patrón ideal. La infracción del deber de la determinación de la voluntad (Rittler) no deriva de que el autor haya podido obrar de otra manera, sino de que, de acuerdo con su carácter, ha obrado mal, es decir, injustamente. La culpabilidad y la peligrosidad quedan así equiparadas.

Jescheck —siguiendo la línea unánime de los penalistas alemanes— se distancia de esta concepción de la culpabilidad y dice, en sus conclusiones, que el reproche de la culpabilidad se basa en la creencia en la libertad de decisión del hombre y está fundamentado, por ello, éticamente.

La doctrina de los autores austriacos, de negar eficacia a la falta de conciencia de la antijuricidad, en los errores de Derecho penal, está condicionada por los artículos 3 y 323 del Código penal austriaco. En el último Proyecto de Código penal se concede, en cambio, relevancia al error de prohibición cuando «se necesite del conocimiento de la ley para comprender lo injusto del hecho».

**LANG-HINRICHSSEN: «Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht» (Sobre la crisis del principio de culpabilidad en el Derecho penal).**

El título del trabajo de Lang-Hinrichsen no puede dejar de causar sorpresa, en quienes conocen que el último Proyecto de Código penal alemán trata de aplicar consecuentemente el principio de que no hay pena sin culpabilidad. En el par. 2 se declara expresamente que «la pena no puede exceder de la medida de la culpabilidad».

El autor cree descubrir, no obstante, en algunas sentencias del Tribunal Federal, en la doctrina, e incluso en algunas disposiciones del nuevo Proyecto, una tendencia a restringir la vigencia del principio de culpabilidad en el Derecho penal.

En primer lugar, recoge una sentencia del Tribunal Federal (B. G. H., St. Bd. 10, pág. 259), según la cual, las consecuencias agravatorias de la pena (que no pertenecen al tipo), que se deriven de una situación de peligro creada culpablemente, le pueden ser imputadas como *culpables* al autor, aun-

que no fueran previsibles por él. En una sentencia posterior (29-10-57), referente al delito de embriaguez del par. 330 *a*, el Tribunal Federal ha aplicado el mismo criterio fuera del ámbito de medición de la pena. El hecho delictivo cometido en estado de embriaguez tiene que ser culpable, dice el T. F. en la sentencia mencionada, apartándose de la doctrina mantenida en casi todas las sentencias anteriores, según la cual el hecho delictivo era una mera condición objetiva de punibilidad. Para que el hecho delictivo sea *culpable* es preciso y *basta*, sin embargo, que sea culpable la embriaguez y que el autor haya podido prever, que ésta podría dar lugar a la comisión de *algún* hecho delictivo. El Tribunal Federal admite, pues, en estos casos, la posibilidad de existencia de culpabilidad sin que concurran dolo o culpa.

Schweikert se ha ocupado de los problemas planteados por estas sentencias y ha formulado la doctrina, de que junto a la conducta dolosa y la conducta culposa existe una tercera forma de conducta culpable y ésta es la conducta creadora de un riesgo. Esta conducta supone una relación, aún más relajada que en la culpa, entre la conducta del autor y el resultado. No es preciso que el autor hubiera podido prever la posibilidad de la producción del resultado. La conducta que crea un riesgo para un bien jurídico es ya reprochable por poner de manifiesto una actitud antisocial del autor. Los delitos cualificados por el resultado y los tipos delictivos con condiciones objetivas de punibilidad son, según Schweikert, delitos mixtos, que se componen de una conducta dolosa o culposa y de una consecuencia que se deriva de la situación de riesgo creada. Son imaginables también, según Schweikert, tipos que castiguen simplemente la creación de un riesgo sin necesidad de la realización de una conducta previa, dolosa o culposa, siempre que se produzca la lesión del bien jurídico. Estos tipos de riesgo se diferencian de los delitos de peligro concreto, pues en éstos el dolo o la culpa han de extenderse necesariamente al peligro. Se diferencian también de los de peligro abstracto, pues en éstos no es preciso que en el caso concreto se ponga en peligro el bien jurídico protegido. Tanto en unos como en otros, la lesión del bien jurídico queda además, fuera del tipo, a diferencia de lo que sucede en los tipos de riesgo.

Schweikert, a diferencia del Tribunal Federal, exige entre la conducta creadora del riesgo y el resultado producido un nexo de causalidad adecuada. Rechaza, en cambio, la necesidad de que el autor prevea, en el delito de embriaguez, que ésta pueda dar lugar a la comisión de algún hecho delictivo. Schweikert coincide con el Tribunal Federal en admitir la existencia de culpabilidad sin que concurran dolo o culpa.

Lang-Hinrichsen dice, con razón, que el Tribunal Federal no puede invocar a su favor —como pretende— la concepción normativa de la culpabilidad, pues ésta afirma solamente, que la culpabilidad *no se agota* en los elementos psicológicos del dolo y la culpa, pero no autoriza a admitir la existencia de culpabilidad *sin* que concurra dolo o culpa. En este sentido carece de relevancia, que se considere al dolo y a la falta de observancia del cuidado debido, como elementos de la culpabilidad o de lo injusto. Para la doctrina de la acción finalista pertenecen a lo injusto, pero constituyen al mismo tiempo presupuesto *necesario* del juicio de reproche.

Desde el punto de vista de la pena, dice Lang-Hinrichsen, es preciso que ésta encuentre un punto de apoyo en la culpabilidad, para que pueda desplegar su eficacia, sobre todo desde el punto de vista de la expiación. Este punto de apoyo falta, sin embargo, si el resultado causado no era siquiera previsible por el autor.

Las doctrinas del Tribunal Federal y de Schweikert suponen, como dice Lang-Hinrichsen, una vuelta al principio del *versari in re illicita*. Se imputan al autor todas las consecuencias de una situación de peligro, creada culpablemente, aunque no fueran previsibles por él. La restricción que hace Schweikert, al introducir el requisito de la causalidad adecuada, se encuentra ya, en esencia, en la concepción de *versari* de Bártolo. Las doctrinas del Tribunal Federal y de Schweikert suponen incluso un retroceso frente a las concepciones subjetivas del dolo indirecto, que exigían al menos la posibilidad de prevenir el resultado por parte del autor.

Lang-Hinrichsen examina una de las razones decisivas que impulsaron a Schweikert a formular su teoría de la responsabilidad por la conducta creadora de un riesgo. Schweikert considera que la idea del riesgo inspira la mayor parte de los tipos delictivos con condiciones objetivas de punibilidad. Schweikert acepta la doctrina de que las condiciones objetivas de punibilidad, no son sino elementos constitutivos de lo injusto. Si lo son, dice Schweikert, el juicio de reproche se habrá de extender necesariamente a ellos, pues, de lo contrario, se infringiría gravemente el principio de culpabilidad. Como dichos elementos no están comprendidos por el dolo o la culpa, el juicio de reproche no puede basarse sino en la actitud antisocial puesta de manifiesto en el riesgo creado. Lang-Hinrichsen niega que las condiciones objetivas de punibilidad que cita Schweikert sean elementos constitutivos de lo injusto. Se remite para ello a los conocidos trabajos de Stratenweth y Schmidhäuser. Los tipos delictivos con condiciones objetivas de punibilidad no suponen, por otra parte, dice con razón Lang-Hinrichsen, una infracción del principio de culpabilidad. Las condiciones objetivas de punibilidad llevan a cabo sólo una selección dentro de lo injusto culpable, desde el punto de vista de la necesidad de la pena.

Lang-Hinrichsen se ocupa, por último, del requisito subjetivo que establece Schweikert para la responsabilidad por el riesgo: El nexo de causalidad adecuada debe ser cognoscible por el autor. Con este requisito Schweikert quiere fundamentar el carácter de responsabilidad individual de la responsabilidad por el riesgo. La única diferencia con la culpa consistiría en que la responsabilidad por el riesgo no requiere la infracción del deber de cuidado. La previsibilidad del resultado, en la culpa y la cognoscibilidad del nexo de causalidad adecuada, en el riesgo, son, según Schweikert, idénticos. Esta restricción subjetiva de la responsabilidad por el riesgo tiene, según Schweikert validez general; es decir, tiene también validez en el ámbito de la medición de la pena. Lang-Hinrichsen dice, con razón, que este requisito subjetivo, tal como le expone Schweikert, está en abierta contradicción con su doctrina de que la actitud antisocial del autor, puesta de manifiesto en la creación del riesgo, fundamenta ya, desde el punto de vista ético-social, la reprochabilidad del resultado. No es posible encontrar, en efecto, una diferencia auténtica

entre la culpa y la cognoscibilidad de la relación de causalidad adecuada. El requisito de la cognoscibilidad llevaría además a consecuencias inadmisibles en los tipos con condiciones objetivas de punibilidad y en el delito de embriaguez del par. 330 a.

La crisis del principio de culpabilidad se manifiesta también, según Lang-Hinrichsen, en el hecho insólito de que algunos autores hayan censurado recientemente la supresión de los delitos cualificados por el resultado (par. 56 del Código penal alemán). Estos autores (Baumann, Spindel, Jescheck y Busch) representan una opinión minoritaria, que no ha podido prevalecer en los trabajos de reforma del Código. No deja de ser sintomático, sin embargo, dice Lang-Hinrichsen, el que tales opiniones hayan sido formuladas.

También es sintomático, según Lang-Hinrichsen, el aumento de las opiniones favorables a una consideración de las consecuencias no culpables del hecho delictivo en la medición de la pena. En los trabajos de elaboración del último Proyecto se observa, según Lang-Hinrichsen, la misma tendencia. El proyecto 1959, I, declaraba en el párrafo 2.º del par. 2.º que la pena no podía exceder de la medida de la culpabilidad. El Proyecto 1959, II, dice únicamente, en el párrafo 1.º del art. 60, que la culpabilidad es la base de la medición de la pena. Se ha discutido el alcance de esta disposición. Según la Fundamentación del Proyecto, se trata, según Lang-Hinrichsen, de abrir la posibilidad de que la pena exceda de la medida de la culpabilidad, por razones de prevención general o prevención especial.

Lang-Hinrichsen cree ver también una restricción del principio de culpabilidad en la tendencia a excluir del tipo ciertos elementos. Cita, en primer lugar, la doctrina de Welzel de los caracteres especiales de la antijuricidad. Estos caracteres no necesitan estar comprendidos por el dolo. No obstante, me parece desacertado ver en ellos una restricción del principio de culpabilidad, pues el error sobre los mismos es un error de prohibición. Aunque no pertenezcan al tipo son elementos integrantes del objeto del juicio de reproche. Tampoco me parece acertada la mención por Lang-Hinrichsen, de la doctrina mantenida por algunos autores y por el Tribunal Federal, en algunas sentencias recientes, de que el deber jurídico de evitar el resultado no pertenece al tipo de los delitos de comisión por omisión. El principio de culpabilidad no se ve afectado, a mi entender, si se incluye en el tipo la situación de garante del autor y se considera que el deber jurídico, que se deriva de dicha situación, es un elemento especial de la antijuricidad; es decir, si se considera que el error sobre el deber jurídico es un error de prohibición. Una infracción flagrante del principio de culpabilidad supone, en cambio, como señala el autor, una sentencia del Tribunal Federal (BGH St. Bd. 11, página 263), según la cual, el dolo y la culpa no necesitan extenderse a los elementos que cualifican una contravención para convertirla en un delito económico (par. 6, párrafo 2.º, núm. 1.º de la Ley penal económica de 1949-52, substituído después por el par. 3, núm. 1.º de la Ley penal económica de 1954). Estos elementos, dice Lang-Heinrichsen, tienen que pertenecer al tipo, pues son *constitutivos* de lo injusto criminal.

Completamente injustificada me parece la mención, que hace Lang-Hinrichsen, de la doctrina de la culpabilidad (según la cual la conciencia de la

antijuricidad no pertenece al dolo y éste no es una forma de la culpabilidad, sino un elemento constitutivo de lo injusto de los delitos dolosos), en relación con la crisis del principio de culpabilidad. La conciencia de la antijuricidad y su falta, remediabile o irremediabile, sigue teniendo una importancia decisiva para la responsabilidad penal. Las razones que aduce Lange para incluir la conciencia de la antijuricidad en el dolo en el llamado Derecho penal administrativo, no me parecen tampoco convincentes. No es cierto que lo injusto administrativo sea ético-social o culturalmente indiferente. El legislador no establece sus mandatos y prohibiciones para ejercitar la obediencia de sus ciudadanos (Welzel). Desde el núcleo central del Derecho penal hasta las últimas faltas penales o administrativas discurre una línea continua de un injusto material que se va atenuando, pero que no llega a desaparecer nunca del todo (Welzel, H. Mayer). Cuando la relevancia ético-social o cultural de una norma sea escasa, el legislador puede reducir el ámbito de la conducta punible a la comisión dolosa o exigir, incluso, la conciencia de la antijuricidad para la aplicación de la pena (Welzel).

Un menoscabo del principio de culpabilidad supone, en cambio, como dice el autor, la propuesta de Hall de establecer un precepto que haga *posible* el castigo de la ligereza (imprudencia grave) con la misma pena del delito doloso correspondiente. Esta propuesta, dice Lang-Hinrichsen, supone un desconocimiento de la diferencia de principio existente entre el dolo y la culpa.

Lang-Hinrichsen llama, por último, la atención sobre la opinión de algunos autores que se muestran partidarios de establecer una presunción de culpabilidad (Wimmer), o de renunciar a dicho carácter del delito (Booss) en el Derecho penal del tráfico. Esta opinión ha sido objeto de censura por la mayor parte de los autores alemanes.

JOSÉ CEREZO MIR

## E S P A Ñ A

### Revista Española de Derecho Militar

Número 11.—Enero-junio 1961

**DE NO LOUIS, Eduardo:** «El derecho actual de la guerra terrestre»; páginas 9 a 72.

Es en forma de artículo la ponencia presentada por este ilustre cultivador del Derecho militar a las Primeras Jornadas de Derecho Penal Militar y Derecho de la guerra celebrada en mayo de 1961, en Valladolid, y de la que damos noticia a nuestros lectores del Anuario en el número anterior.