

REVISTA DE REVISTAS

A L E M A N I A

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Volumen 74 (1962), fascículos 2, 3 y 4

Volumen 74 (1962), fascículo 2

MATTIL, Friedrich: «Gewissensanspannung» (Esfuerzo de la conciencia).

La palabra que da título al artículo —esfuerzo de la conciencia— es creación jurisprudencia. Su nacimiento obedece, según Mattil, a dos circunstancias: primera, a que el Tribunal Supremo Federal exige para que haya juicio de culpabilidad y, por consiguiente, punibilidad de la acción, que el autor haya tenido conciencia de la antijuridicidad; segunda, a que la jurisprudencia no lleva este principio hasta sus últimas consecuencias. El agente puede desconocer que su acción está prohibida, bien porque desconoce una circunstancia del hecho, bien porque desconoce la existencia de la prohibición. El § 173, párrafo 2 del StGB castiga el comercio carnal entre parientes afines mientras subsista el matrimonio que fundamenta esta afinidad. Cuando se ignora una circunstancia de hecho (el autor no sabe que su acción está prohibida porque desconoce que la persona con la que tiene comercio carnal es pariente afín), la jurisprudencia aplica el § 59: si el error sobre esta circunstancia ha sido culposo y el delito no sólo está tipificado en su forma dolosa, sino también en la culposa, procede el castigo del culpable por imprudencia; si no existe forma culposa o el error no descansa en la imprudencia del agente, procede la absolución. Es al tratar de la conciencia de la antijuridicidad cuando la jurisprudencia introduce el esfuerzo de la conciencia: el hecho de desconocer la prohibición (el agente no sabe que el comercio carnal entre parientes afines constituye delito) no implica, sin más, la absolución; el juez ha de situarse retrospectivamente al tiempo de la ejecución de la acción y preguntarse: ¿habría conocido el agente la prohibición si, dentro del marco de lo que le es exigible, hubiera esforzado su conciencia? Si la respuesta es negativa, el autor no es culpable por faltar ese elemento 'independiente' de la culpabilidad que es la conciencia de la antijuridicidad; si la respuesta es afirmativa —el autor no tiene conciencia de la antijuridicidad, pero podía haberla tenido—, el comportamiento es punible; y además, punible como comportamiento «doloso». Es decir, la jurisprudencia equipara el «tener» al «haber podido tener». Esta regla del esfuerzo de la conciencia no es sólo aplicada al conocimiento de la prohibición, sino también respecto de los llamados «caracteres generales del delito» (ejemplo: el 'antijurídicamente' del § 240, párrafo 1 del StGB) y respecto de los elementos normativos del tipo.

Después de ofrecer una serie de definiciones jurisprudenciales sobre lo que sea esfuerzo de la conciencia, Mattil pasa a ocuparse de su examen crítico.

De entre las objeciones que expone contra la postura del Tribunal Supremo Federal, recogemos la de más peso y que es también la que más frecuentemente ha sido aducida por la doctrina: La conciencia de la antijuricidad se exige, afirma el Tribunal Federal, porque «presupuesto de que el hombre se pueda decidir, en autodeterminación libre, responsable y moral, por el Derecho y en contra del injusto, es el conocimiento del Derecho y del injusto». Esto es lo que fundamenta que sin conciencia de la antijuricidad no haya culpabilidad dolosa. Pero una persona que «hubiese podido conocer», no «conoce», y, por consiguiente, la teoría del esfuerzo de la conciencia contradice el principio establecido. Se castiga como doloso un comportamiento que no lo es.

Uno de los motivos determinantes que ha llevado a la jurisprudencia a acudir a esta ficción es que en un gran número de delitos que sólo son punibles en su forma dolosa, la exigencia de la conciencia de la antijuricidad desembocaría en una considerable reducción —«poco deseable desde un punto de vista de política criminal»— de la posibilidad de condenar. Ello no sucedería, desde luego, respecto del homicidio —todo el mundo lleva bien grabado en su conciencia que está prohibido matar—, pero si con numerosas figuras delictivas contenidas en leyes especiales e incluso en el StGB. Contra estas consideraciones politicocriminales objeta Mattil, apoyándose en Baumann, que es asunto de la ley, y no del juez, decidir si el delito ha de ser castigado sólo en la forma dolosa o también en la forma culposa; lo que en ningún caso es admisible, continúa, es que el juez convierta comportamientos culposos en dolosos sólo para poder castigarlos.

Mattil cree que la teoría del esfuerzo de la conciencia es una manifestación más del pensamiento abstracto que domina la Ciencia penal y la jurisprudencia alemana y al que hace responsable de la actual construcción de la teoría del delito; en las páginas 221 y ss. somete este pensamiento a una dura crítica. Propone sustituir este pensamiento abstracto, particular y constructivo dominante por uno concreto, universal y natural. De acuerdo con él da en las últimas páginas del artículo una solución propia y detenida a los problemas que han originado la tesis jurisprudencial.

GEERDS, Friedrich: «Warenfälschung. Sammelbezeichnung oder einheitliche Wirtschaftsstraftat? Ein Beitrag zur Problematik des Wirtschaftsstrafrechts» «Alteración de mercancías —¿nombre colectivo o delito económico unitario? Una aportación a la problemática del Derecho penal económico.

Empieza Geerds definiendo lo que es alteración de mercancías: toda forma de comportamiento criminal mediante la cual se ponen en circulación mercancías para engañar al público, o se fabrican con esta finalidad. El caso más importante prácticamente lo constituye la alteración de comestibles. Geerds afirma que en el StGB no está recogida ninguna forma de alteración de mercancías, pues el envenenamiento tipificado en los §§ 324, 326, protege, dentro del marco de los delitos contra la seguridad general, la salud popular, y la estafa es un delito contra el patrimonio individual; por el con-

trario, dispersos por leyes especiales, hay multitud de tipos que castigan verdaderas alteraciones de mercancías.

El autor quiere acometer con su trabajo fundamentalmente dos cuestiones. En primer lugar, se plantea la pregunta de si la alteración de mercancías es sólo un nombre colectivo para tales tipos penales o si más bien se trata de un mismo tipo regulado diversamente. Además, y apoyado en la forma delictiva que es objeto de su estudio, pretende sacar algunas conclusiones sobre el Derecho penal económico en general.

Tras una ojeada histórica, el autor entra de lleno en el problema, haciendo primero una referencia a las fuentes del Derecho positivo (ley del pan, ordenanzas sobre la miel artificial, café, cacao, carne picada, etc.). A fin de determinar cuál es el contenido del injusto de la alteración de mercancías, emprende Geerds, en primer lugar, una delimitación entre éstas y las figuras afines. La salud popular no puede constituir el contenido del injusto de la alteración de mercancías, pues en algunos tipos ésta no entra para nada en consideración (ejemplo: en la ley del vino se prohíbe la mezcla de vino blanco alemán con productos extranjeros). De la estafa se diferencia la alteración de mercancías en que aquélla, como delito consumado, produce un daño patrimonial a una persona determinada, y como tentativa, presupone un peligro de daño patrimonial; ésta no puede ser la esencia de la alteración de mercancías, pues, bien es cierto que en la práctica lleva consigo, frecuentemente, un daño patrimonial, pero: este delito se consuma siempre —elaborar o poner en circulación mercancías— antes que la estafa y, a menudo, antes de que exista siquiera tentativa de estafa. Además, mientras que la estafa no se puede cometer culposamente, la alteración de mercancías —según el Derecho positivo alemán— sí.

Algunos creen que la alteración de mercancías lesiona la pública fides; ésto le parece a Geerds demasiado indeterminado. Otros intentos (páginas 263-265) de determinar el contenido del injusto de esta figura delictiva los rechaza el autor por creer que sólo destacan un aspecto. La norma que se halla detrás de toda alteración de mercancías es, según Geerds, ésta: No pondrás en peligro ni abusarás de la confianza general en un comportamiento honesto con mercancías, elaborando o poniendo en circulación mercaderías de naturaleza engañosa. La alteración de mercancías, por consiguiente, es un delito contra la confianza pública en el tráfico jurídico y forma parte, junto con la falsedad en documentos y la falsificación de moneda, de los delitos contra la vida en comunidad. Decir un delito contra la confianza general es demasiado indeterminado, hay que concretizar: es un delito contra la confianza general en la naturaleza de las mercancías. De acuerdo con este contenido del injusto, Geerds delimita la figura de la alteración de mercancías. Se protege sólo la confianza en la naturaleza de los objetos y no, por ejemplo, en una declaración oral o escrita sobre dicha naturaleza, y la ratio de que se proteja esta confianza es que en la mayoría de los bienes de consumo el comprador no está hoy día en situación de formarse un juicio por sí mismo —por carecer de conocimientos técnicos— sobre la naturaleza de la mercancía. Continuando en su tarea de delimitación, Geerds afirma que no basta que el comprador se sienta defraudado subjetivamente en

las esperanzas que había puesto en las mercancías, sino que es preciso que estas esperanzas tengan una base objetiva —marca de la mercancía, etc.— Hay sólo alteración de mercancías, prosigue Geerds, cuando la naturaleza engañosa tiene efectos en el tráfico jurídico. Por último, el círculo de autores debe quedar reducido a aquellos que disfrutaban de la confianza del público, pues de esta confianza emana el deber de un comportamiento honesto frente a los consumidores.

A continuación se ocupa el autor de cómo debería estar configurado el tipo de la alteración de mercancías y de la conveniencia de crearlo. A este respecto señala que, debido al extremo cuidado (emanado de su deber frente a los consumidores) que debe tener el comerciante, no hay ningún inconveniente en penalizar la puesta en circulación culposa de mercancías de naturaleza engañosa; por el contrario, respecto de la elaboración no ve ninguna necesidad de castigar el comportamiento culposo. En opinión de Geerds, la tentativa no debería estar castigada, ya que tipificando la elaboración y la puesta en circulación se abarca ya una etapa que es lo suficientemente temprana para garantizar la protección juridicopenal. Tras unas consideraciones sobre cuáles deberían ser las consecuencias jurídicas de la alteración de mercancías —distingue, naturalmente, entre delito doloso y culposo—, pasa a ocuparse de la conveniencia de crear un tipo unitario. Este tipo llevaría consigo la derogación de todas las disposiciones especiales: como éstas son casuísticas y anticuadas, Geerds no ve en ello ningún inconveniente, sino una ventaja. El tipo unificaría también la pena, lo que Geerds considera deseable, por tratarse, en realidad, de comportamientos similares. Otra consecuencia de esta regulación unitaria sería que, al desaparecer el casuismo, quedarían comprendidas mercancías que hasta ahora no lo estaban. La posibilidad de que se produjese un abuso de denuncias para dilucidar cuestiones de Derecho civil, no le parece a Geerds decisivo para renunciar a un tipo unitario.

El autor termina con algunas consideraciones sobre el Derecho penal económico. Señala que el Derecho penal económico debe de ser en los países occidentales diferente del de los países comunistas. En estos el Derecho penal sirve al fin de imponer el orden económico en forma de planificación estatal, más que de delitos económicos se trata de delitos contra el Estado. En los países occidentales, por el contrario, hay que partir de que el orden económico es, en sí, independiente del Estado, el legislador debe intervenir con medidas juridicopenales tan sólo en los casos de abuso descarado de la libertad de los sujetos económicos.

BEMMANN, Günter: «Zur Rechtsbeugung des Schiedsrichters. Gedanken zu § 45 des jüngsten Strafgesetzbuchentwurfs» (Sobre la prevaricación del juez arbitral. Meditaciones sobre el § 455 del último proyecto de Código Penal).

El proyecto alemán incluye también al juez arbitral —como hace el Código vigente— entre las personas que pueden cometer prevaricación. Esta

criticadísima regulación (Binding: «la cima de la insensatez») la rechaza también Bemmann, si bien establece una diferenciación. La crítica contra la prevaricación del juez arbitral se apoya en dos argumentos: el juez arbitral no posee un cargo público y, por consiguiente, no figura en una relación de fidelidad con el Estado; el juez arbitral no está vinculado en su decisión al Derecho estatal, sino al contenido del contrato de arbitraje, si bien, aunque no es el caso normal, las partes pueden haber querido que la decisión arbitral tenga como única base el Derecho estatal. Para este último y poco frecuente caso, Bemmann se muestra de acuerdo con la regulación del proyecto; por el contrario, aboga por un tipo independiente de la prevaricación, cuando el árbitro vinculado al contrato arbitral obra simplemente con abuso de confianza.

* * *

La crítica de libros corre a cargo de Bockelmann y está dedicada a la Parte Especial.

* * *

En la sección de Derecho comparado figuran los siguientes artículos: Max Grünhut, «La protección de la esfera de la personalidad en los Derechos inglés y americano»; Hans-Heinrich Jescheck, «La protección juridico-penal del Estado en el extranjero»; Franz Marcus, «Informe sobre el desarrollo del Derecho penal en Dinamarca en el período de 1957 a 1961».

Volumen 74 (1962), fascículo 3

HONIG, Richard: «Jerome Halls Strafrechtslehre» (La doctrina juridico-penal de Jerome Halls).

El artículo es un estudio-recensión de la obra de Jerome Halls, «General Principles of Criminal Law» en su segunda edición de 1960. Este libro, cuya diferencia con otros manuales americanos consiste, según Honig, en que en vez de deducir principios generales de Derecho penal de decisiones jurisprudenciales, desarrolla una teoría basada sobre los principios del Derecho penal, ha sido ya objeto de una amplia recensión, a cargo de José Sánchez Osés, en nuestro Anuario (tomo XV (1962), págs. 403-406). A ella remitimos al lector que desee informarse sobre el contenido de este libro de Halls.

ROXIN, Claus: «Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten» (Lesión del deber y resultados en los delitos culposos).

Se ocupa Roxin de un problema que en Derecho penal —y no sólo éste, también dentro del marco del Derecho civil ha hecho correr ríos de tinta—

ha causado muchos quebraderos de cabeza, tanto a la doctrina científica como a la jurisprudencia. Cuál es el problema, puede apreciarse por los casos, todos ellos tomados de la jurisprudencia, con que Roxin introduce al lector en lo que va a ser objeto de su estudio. Un ciclista embriagado vira a la izquierda y es atropellado por un camión, cuando el conductor de éste intentaba adelantar a la bicicleta guardando una distancia de 0,75 metros; en vez de la distancia de 1 metro a 1,50 metros que prescribe la ley de tráfico por carretera; se comprueba, sin embargo, que la acción del ciclista de virar a la izquierda estaba condicionada por su embriaguez y que también habría ido a parar bajo las ruedas del camión, y fallecido, aunque el conductor hubiese observado la distancia lateral correcta (caso del ciclista). Tras entrega de la correspondiente receta, un farmacéutico vende una medicina conteniendo fósforo a la madre del niño enfermo; a ruegos de la madre, el farmacéutico sigue proporcionándola la medicina, a pesar de que aquélla no posee ya ninguna receta; el niño muere a consecuencia de un envenenamiento de fósforo, pero se comprueba que si la madre hubiese pedido al médico más recetas de la medicina, éste se las habría extendido (caso del farmacéutico). Un fabricante de pinceles permite que se manipule en su fábrica con pelo de cabra, a pesar de que no se ha procedido a su desinfección; fallecen cuatro operarias, pero, según el dictamen médico, éstas habrían fallecido muy probablemente en todo caso debido a que los medios desinfectantes permitidos no ofrecían ninguna garantía de eliminar los microbios del pelo de cabra (caso del pelo de cabra). A fin de narcotizar al paciente, el médico le inyecta cocaína en vez de novocaína como exigía la lex artis; el enfermo fallece a consecuencia de la inyección, pero probablemente, y debido a su constitución orgánica el paciente habría muerto también aunque se le hubiese aplicado —como era lo correcto— novocaína (caso de la novocaína). Roxin señala las siguientes notas como características de este grupo de casos: a) el acusado ha obrado incorrectamente; b) existe la lesión de un bien jurídico; c) el resultado se habría producido también, posiblemente, probablemente, o incluso con seguridad, si el comportamiento del agente hubiera sido irreprochable. La cuestión es la de si hay que condenar al autor por homicidio culposo o hay que absolverle.

Roxin rechaza la dirección que, aplicando la fórmula de la conditio sine qua non, llega a la conclusión de que en estos casos no existe causalidad. Roxin opone que si uno muere atropellado por un coche o a consecuencia de una inyección, es evidente que el coche y la inyección han sido condiciones del resultado.

A continuación, el autor pasa a ocuparse de las restantes soluciones que se han dado al problema.

Una de ellas, la defendida por Mezger, consiste en convertir este grupo de casos en delitos de omisión. De acuerdo con ello, el conductor del camión habría omitido adelantar al ciclista guardando la distancia prescrita, el fabricante habría omitido llevar a cabo la desinfección, etc. Como la omisión sólo es imputable—según opinión casi unánime—cuando la ejecución de la acción ordenada hubiera podido impedir—con probabilidad rayana en la seguridad—el resultado, habría que negar en los cuatro casos la típici-

dad. Mezger, sin embargo, no nos dice que los cuatro casos sean delitos de omisión: esto lo dice sólo del caso del farmacéutico y del del pelo de cabra; en el caso de la novocaina se inclina por un delito de acción, en el del ciclista, duda. No podemos entrar aquí en su fundamentación, pero sí conviene indicar que Roxin muestra convincentemente (págs. 414-418) que en los cuatro casos se trata de un delito de acción.

La teoría dominante, que Roxin llama «teoría de la relación», se caracteriza por la siguiente idea fundamental: La imputabilidad presupone que entre lesión del deber y resultado exista una cierta relación, que la relación del tipo «descanse» en la lesión del deber. Si el resultado se hubiera producido también en el caso de que el autor se hubiera comportado conforme al deber, falta esta relación que fundamenta la responsabilidad y procede, por tanto, la absolución. Dentro de esta teoría de la relación señala Roxin seis variantes; pero la diferencia es de matiz y todas ellas se basan en la idea fundamental expuesta. Roxin tiene objeciones que oponer a esta concepción. Con la alusión a la falta de relevancia, de relación al resultado, de relación de antijuricidad, etc. (éstas son algunas de las variantes), no se está haciendo más—dice Roxin—que dar un nombre a algo que es indiscutible: la impunidad del autor en todos estos casos. Pero esta impunidad no se fundamenta: se dice que es necesario que exista esta relación para que haya responsabilidad, pero no se dice por qué es necesario. Pero no sólo critica Roxin esta teoría por la falta de fundamentación: tampoco le convence su aplicación. La dificultad práctica más importante de esta doctrina reside en que es muy difícil decir qué es lo que habría sucedido si el autor se hubiera comportado irreprochablemente. Supongamos que en una operación a vida o muerte el médico comete un error imponderable y el paciente muere; el médico podría decir siempre que, debido a la gravedad de la intervención quirúrgica, el enfermo podría haber muerto también, aunque él no hubiese cometido su error. Si la existencia de una «relación» entre imprudencia y resultado es una característica que fundamenta la responsabilidad, entonces es evidente que hay que demostrarla. Como es casi imposible averiguar con plena seguridad qué es lo que habría pasado si el autor no hubiera realizado la acción ejecutada, éste podría invocar siempre que tal vez se hubiese producido en cualquier caso la muerte de la víctima. La consecuencia sería que, en base al principio «in dubio pro reo», habría que absolver al acusado en casi todos los delitos culposos. Además, sigue objetando Roxin, aunque se lo grase averiguar con certeza cuál habría sido el proceso causal hipotético, esta teoría no nos llevaría siempre a resultados equitativos. Roxin argumenta con dos ejemplos. El conductor del camión, lesionando todas las reglas de la prudencia, embiste por detrás al ciclista borracho y le mata; el mismo resultado se habría producido, aunque el conductor hubiera adelantado al ciclista cuidadosamente, pues éste, en una acción condicionada por su embriaguez, habría virado a la izquierda. En este caso una absolución parece inadmisibles. Como también lo parece en el caso de que un automovilista borracho conduzca por la acera y mate a un peatón, aunque después se demuestre que si el conductor hubiese ido por la calzada el

viandante habría muerto también, porque tenía la intención de arrojar al coche para suicidarse. En estos dos casos, en los que, sin duda, hay homicidio culposo, la doctrina dominante tendría que absolver.

Todavía hay otra solución para este grupo de casos: es la defendida recientemente por Arthur Kaufmann en el *Festschrift für Eb. Schmidt*. Este autor sostiene que cuando el resultado se hubiera producido de todas formas, habrá un elemento del delito —el disvalor de la acción—, pero faltará otro —el disvalor del resultado—. Un hecho culposo en el que existe disvalor de la acción, pero no del resultado, se parece a la tentativa, y la tentativa en los delitos culposos no es punible. Por ello no son punibles tampoco estos comportamientos. Convincentemente también, Roxin rechaza la solución de Arthur Kaufmann (cfn., págs. 427-430).

Tras esta crítica de las opiniones exteriorizadas hasta ahora respecto de este problema, Roxin pasa a dar su solución personal. En esta solución se ofrece una fórmula que se fundamenta de tres modos distintos. Se podría decir, como lo hacen Eb. Schmidt y Spindel, que en estos casos, como el autor ha causado el resultado y ha obrado sin observar la diligencia debida, existe homicidio culposo. Pero esto, dice Roxin, no satisface, pues no es cierto que de la yuxtaposición de comportamiento imprudente y causación del resultado resulte siempre un hecho culposo. Admitir esto sería volver al superado principio del *versari in re illicita*, según el cual el hacer algo prohibido implica la imputación de todas las consecuencias derivadas del comportamiento. Esta es la primera fundamentación que da Roxin a su solución. A continuación, nos ofrece una fórmula: Hay que examinar qué comportamiento no habría podido ser imputado al autor como lesión del deber según las reglas del riesgo permitido. Con este comportamiento se compara la acción concreta del acusado, y se determina si el comportamiento incorrecto ha aumentado el riesgo de que se produzca el resultado o sí, por el contrario, el riesgo sigue siendo el mismo que existiría si se hubiese cometido una acción peligrosa permitida. En el primer caso es lícita la condena por delito culposo, en el segundo, no. Roxin llega con esto a una segunda fundamentación: Si se comprueba que hay ciclistas borrachos que al ser adelantados viran ciegamente a la izquierda y que para esta reacción y sus consecuencias es indiferente que la distancia lateral sea de 75 centímetros (no permitida) o de 1 metro (permitida), entonces el primer comportamiento no puede constituir un homicidio culposo, pues con ese riesgo ha contado ya el legislador. Teóricamente, el legislador podría evitar este riesgo prohibiendo que un vehículo adelantase a otro; pero prefiere afrontarlo para facilidad del tráfico. Como cuenta con ese riesgo, tiene que renunciar al castigo del autor caso de que el resultado se produzca. Una condena sólo sería posible si la lesión del deber representase para el resultado un riesgo mayor que el permitido por la ley. Por qué es esto así, pregunta Roxin; y pasa a exponer su tercera fundamentación. Porque si no, responde, el legislador trataría supuestos de hechos iguales distintamente, lesionando así el principio de la igualdad. Una acción que no aumenta el riesgo permitido, que no aumenta el peligro de la producción del resultado,

debe ser juzgada, dentro de esta conexión, cuando causa el resultado, igual que el comportamiento no prohibido.

Roxin cree resolver con su teoría el inconveniente de tener que acudir a procesos causales hipotéticos. Con ello evita la objeción dirigida contra las otras teorías de que no podrían condenar casi en ningún delito culposo, a no ser que violasen el principio in dubio pro reo. En efecto, según Roxin, en el caso del pelo de cabra, por ejemplo, no habría que preguntar qué es lo que habría sucedido si se hubiese procedido a la desinfección; la cuestión se limita a determinar si las desinfecciones tienen alguna o no tienen efectividad. Si no tienen efectividad en ningún caso, habría que absolver al autor, pues con su comportamiento incorrecto (no desinfección) no ha aumentado el riesgo con el que ya había contado el legislador. Parece, sin embargo, que no era ésta la situación en el supuesto de hecho que resolvió la jurisprudencia alemana: las desinfecciones conseguían su propósito algunas veces; por consiguiente, habría que condenar al autor, pues con su acción ha aumentado —en general— el riesgo permitido por la ley. Con su teoría se resuelve también, dice Roxin, aquellos casos en los que el resultado se hubiera producido también en el caso de un comportamiento correcto, pero en base de una circunstancia que se halla completamente *fuera de la acción del autor y de su riesgo*; así, por ejemplo, es punible como homicidio culposo atropellar a una persona cuando se conduce por la acera, aunque la víctima hubiera fallecido de todas formas poco después porque tenía la intención de suicidarse o por muerte natural a consecuencia de una enfermedad. En el caso del ciclista, pues, sólo hay que tener en cuenta el proceso de adelantar la bicicleta; en el riesgo de este proceso no deben tener influencia otras posibles causas adicionales.

El autor de esta recensión no puede por menos de hacer un breve comentario a este artículo de Roxin; pues, aunque el problema que éste estudia fue tratado ampliamente en mi tesis doctoral (cfr. Die innere und die äussere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zum Kausalproblem im Strafrecht. Hamburgo 1962, págs. 47 y ss., 126 y ss.; en mi artículo publicado en este ANUARIO (1962, págs. 543-579) no se recogía esta parte de mi tesis, y tengo que remitir por ello, provisionalmente, al texto alemán), y aunque el Dr. Roxin —entonces Privatdozent de Hamburgo y hoy catedrático de Göttingen— tuvo la amabilidad de entregarme su artículo en manuscrito, no me fue posible, por estar ya terminada mi tesis, tomar postura ante la solución de Roxin. La opinión de Roxin convence no sólo en la fundamentación, sino también en los resultados; es, probablemente, la solución definitiva de este difícil problema. La fundamentación teleológica (la segunda) es plenamente convincente; en ella nos apoyábamos nosotros también en nuestra tesis doctoral. El argumento de que si se castigase al autor en los casos en que su acción incorrecta no aumentase el riesgo permitido se lesionaría el principio de igualdad es también correcto, aunque a primera vista no lo parezca. No lo parece porque se podría decir: ciertamente, si la desinfección del pelo de cabra no elimina los microbios en ningún caso, el proceso causal habría sido el mismo aunque el autor hubiera procedido a su desinfección, pero la

diferencia entre uno y otro supuesto reside en que en un caso el autor se comporta correctamente y en otro no. Pero con este razonamiento se estaría presuponiendo aquello que se quería demostrar. Si el peligro es el mismo, tanto si hay desinfección como si no, el legislador está tratando supuestos de hechos iguales desigualmente precisamente al calificar de incorrecta a una acción y a la otra no. Por ello también tiene fuerza de convicción la analogía que Roxin ve con el *versari in re illicita* (tercera fundamentación) en el caso de que se castigase como hecho culposo una acción que no aumenta en nada el riesgo con el que el legislador ya cuenta. Roxin ofrece, además, una fórmula de indudable utilidad práctica. En un caso que yo construí en mi tesis doctoral (cfr. pág. 132) para rebatir la doctrina dominante, suponía lo siguiente: El asesino quiere envenenar a su víctima a las siete de la tarde. Lleva en el bolsillo una receta de veneno que le ha entregado un cómplice suyo médico, pero no quiere hacer uso de ella a no ser que el farmacéutico se niegue a despacharle el producto. Este infringe su deber, por lo que al asesino no le es necesario presentar la receta. La teoría dominante tendría que librar al farmacéutico de toda responsabilidad, pues tanto si se hubiese comportado correctamente como si no, el envenenamiento se habría producido a las siete de la tarde. Un resultado evidentemente poco equitativo, pues la responsabilidad del farmacéutico no puede hacerse depender de que el autor tenga un cómplice médico o no. (Hay que advertir que en el caso del farmacéutico de la jurisprudencia alemana, a diferencia del caso que hemos construido, el médico habría obrado conforme a la *lex artis* si hubiese entregado a la madre recetas del medicamento de fósforo, pues, aunque su administración encerraba un riesgo, era necesario para curar al niño). A otra conclusión se llega aplicando la fórmula de Roxin: Aquí no cuenta para nada el proceso hipotético, sino sólo esto: ¿aumenta el riesgo permitido el hecho de que un farmacéutico entregue el veneno sin receta? El legislador, al autorizar la venta de preparados venenosos con receta corre, ciertamente, el riesgo de que un médico poco escrupuloso utilice su autorización para fines criminales. Pero este riesgo es aún mayor si la venta de estos productos no se hace depender de la presentación de una receta, pues entonces el delincuente no tiene necesidad, ni siquiera, de tener un cómplice médico. La acción del farmacéutico ha aumentado, por consiguiente, en general, el riesgo permitido. La fórmula de Roxin es aplicable también a los supuestos dolosos. Imaginemos que el fabricante quiere matar a una operaria y la entrega, para que manipule con el material, pelo de cabra sin desinfectar; el fabricante sabe que el riesgo no es mayor que si se entregase material desinfectado. Aplicando análogamente la fórmula de Roxin habría que absolver al fabricante. Con razón, pues, en realidad, no obra contra la diligencia debida —su acción fundamenta un riesgo permitido con el que ya contaba el legislador— y la diligencia debida pertenece al tipo —también al tipo de los delitos dolosos (cfr. mi artículo citado, pág. 567)—, por ello estamos ante un delito putativo.

La sección de Derecho comparado contiene una ponencia pronunciada por Vassalli en el Congreso de Derecho comparado de Tréveris sobre «La protección de la esfera de la personalidad en la edad técnica»; a esta ponencia siguió un diálogo, que también se publica, en el que participaron von Weber, Simson y Schwalm.

Volumen 74 (1962), fascículo 4

ROXIN, Claus: «Zur Kritik der finalen Handlungslehre» (Sobre la crítica a la teoría final de la acción).

El artículo está dividido en dos partes. La primera se titula: «Sobre la capacidad de rendimiento del concepto jurídicopenal de la acción». Roxin se pregunta por qué el concepto jurídicopenal de acción que antes apenas tenía transcendencia, ha pasado a ocupar un lugar tan destacado, no sólo en el mismo Derecho penal, sino también en otras ramas del Derecho—sobre todo en Derecho civil—.

En un principio, desde el famoso estudio de Radbruch sobre la acción, la función de ésta consistía en constituir una característica válida para todas las formas del comportamiento delictivo. Una definición de acción como unidad superior sistemática tiene que ser, dice Roxin, específicamente jurídicopenal y vinculada a la ley, pues un concepto así se obtiene abstrayendo de las distintas formas de manifestarse el delito. Por tanto, si el legislador deja de castigar los delitos culposos, el concepto de acción elaborado para un Derecho penal que castiga la imprudencia tendría que modificarse necesariamente. Este concepto vinculado a la ley no puede aplicarse más que al Derecho penal, pues el Derecho público o el Derecho civil pueden anudar consecuencias jurídicas a modos de comportamiento que para el Derecho penal son irrelevantes. Pero es que, además, este concepto de acción sólo puede tener un significado secundario para el Derecho penal. De él no puede deducirse nada que no se supiese ya: el producto de un proceso de abstracción no puede contener más de lo que contiene el sustrato.

La teoría final de la acción parte de un concepto diametralmente opuesto. Su concepto de acción no es una abstracción de supuestos de hecho regulados legalmente, no está vinculado a la ley; aún más: el finalismo en vez de vincular el concepto de acción a la ley quiere vincular la ley al concepto de acción. Un concepto tal de acción no es sólo válido para el Derecho penal, sino para todas las ramas jurídicas. Además, y de ahí la transcendencia del finalismo, esta teoría quiere sacar consecuencias prácticas fundamentales de su concepto de acción, Roxin alude a las consecuencias prácticas del finalismo en la doctrina del error, de la participación delictiva, de los delitos culposos y de la omisión. Pero, en realidad, afirma Roxin, estas consecuencias no se derivan del concepto de acción del finalismo, sino que preceden a éste.

El autor da el siguiente ejemplo: Una persona toma una cosa ajena que, en base a consideraciones jurídicoprivadas erróneas, cree que es suya. El proceso causal ha sido, sin duda, dirigido. Pero ¿ha obrado finalmente? El concepto de acción pudiera interpretarse así, dice Roxin. Pero entonces no

se podría hablar de identidad entre dolo y finalidad, y de este concepto no se podría deducir nada para el Derecho. El concepto de acción del finalismo, opina Roxin, es muy otro: es un concepto que quiere abarcar la «dimensión de sentido». El autor que no comprende el carácter injurioso de sus palabras, la ajenidad de la cosa, etc., no obra dolosamente y no obra finalmente; en sentido jurídicopenal, no obra en absoluto. Roxin cree, por consiguiente, que el concepto de acción de los finalistas hay que entenderlo así: junto a la dirección de los factores causales, se halla la comprensión del sentido. Con ello pierde el concepto de acción final su característica de ser un concepto dado, pues el que determina el sentido del legislador. Final —es decir, doloso— es sólo un comportamiento en el que se comprenda el sentido de las circunstancias del hecho tipificado; y el que dice cuáles son estas circunstancias es el legislador. El concepto de acción del finalismo, pues, no sólo no es un concepto ontológico, sino que es un producto jurídico-normativo por excelencia. El que de este supuesto concepto ontológico se derivan tantas consecuencias prácticas reside en que, inconscientemente, se han proyectado en él contenidos jurídicos. Es, pues, un concepto normativo. Pero de tal concepto tampoco se deduce nada para el Derecho, pues lo que se dice que se deduce había sido puesto ya antes —inconscientemente— en él.

La segunda parte del artículo de Roxin lleva el título de: «Finalidad, tipo y culpabilidad». En ella, Roxin expone que las contradicciones a las que lleva el finalismo proceden de la imposibilidad de hacer una síntesis en la teoría del tipo de dos pensamientos, fundamentales en la doctrina de la acción final, que se hallan en relación antagónica: el mundo de las estructuras lógico-reales (*sachlogisch*) y el mundo social de los valores. Roxin, que dentro de la doctrina del error rechaza la concepción defendida por el finalismo (teoría estricta de la culpabilidad) y aboga por la teoría restringida de la culpabilidad, propone sustituir el concepto ontológico de finalidad por el concepto jurídico-social de finalidad. La problemática que Roxin trata en esta segunda parte es tan compleja que no es posible, dentro del marco de esta recensión, entrar en detalles ni tomar postura ante ella. El autor de esta recensión espera tener pronto oportunidad de ello en otro lugar.

VON HENTIG, Hans: «Der Rückfallmörder» (El asesino reincidente).

Empieza el autor haciendo mención de una importante novedad del proyecto de 1960, el § 61 hace de la reincidencia una agravante general, ya que, se afirma en la fundamentación del proyecto (pág. 172), no hay motivo que explique por qué —como sucede en el código alemán vigente— la reincidencia agrava la penalidad en el hurto y no en la apropiación indebida o en el chantage. El proyecto no distingue entre reincidencia y reiteración.

Esta nueva regulación, dice von Hentig, hace aparecer nuevas formas de reincidencia hasta ahora desconocidas. El autor dedica su artículo a estudiar una de ellas: el asesinato cualificado por la reincidencia.

Von Hentig alude a un informe de la comisión inglesa que estudió la cuestión de la pena de muerte de 1949 a 1953, que llegó a la conclusión de que la puesta en libertad de delincuentes condenados a cadena perpetua encierra un

riesgo muy pequeño: entre 50 personas condenadas por asesinato se encuentra sólo una que volvió a cometer el mismo delito. V. Hentig afirma que esto, más que a la reforma del delincuente, se debe a que con su larga condena éste ha envejecido prematuramente y a que sus músculos, instintos, etc. se han debilitado; no se debe desconocer, sin embargo, continúa, que con las penas de larga duración vuelven a surgir viejas pasiones dormidas: codicia, perversión, etc.

A continuación, von Hentig se ocupa de otros casos en los que el primer asesinato no fue descubierto. Frecuentemente, el que el hecho no despierte ninguna sospecha debilita los impulsos inhibitorios del delincuente y le lleva a cometer, dentro de un espacio de tiempo reducido, un segundo asesinato. Von Hentig ilustra esta afirmación con interesantes ejemplos. En uno de ellos —tuvo lugar en 1895— no se descubrió nada hasta el quinto asesinato —el delincuente había matado a sus cuatro mujeres y a su hijo.

De muy peligrosos califica von Hentig aquellos casos en los que, a pesar de haberse cometido el asesinato, se absuelve al autor o se acuerda el sobreseimiento. El inculpaado que ha tenido que pasar por la detención, interrogatorio, prisión preventiva, etc., siente una sensación de triunfo ante la absolución o el sobresimiento. Este triunfo equivale al no descubrimiento, desencadenando en ciertos tipos el impulso de volver a cometer otro delito. Otras veces, el proceso que terminó con la absolución del acusado tiene efectos inhibitorios durante un largo tiempo, pero después desaparecen. Von Hentig relata dos ejemplos. Uno tiene como escenario Norteamérica —el autor cometió el segundo asesinato doce años después del primero—, y otro Alemania —aquí la distancia entre el primero y el segundo asesinato fue de veintisiete años.

Von Hentig concluye que en los casos de no descubrimiento, sobreseimiento o absolución, es de temer una rápida repetición; un castigo inesperadamente leve, obra también los mismos efectos.

DE BOOR, Wolfgang: «Über ärztlich-juristische Probleme bei Heileingriffen an Sekten-Angehörigen» (Sobre problemas médico-jurídicos en las intervenciones médicas a miembros de sectas).

En el 44 Congreso Alemán de Juristas, en el que por primera vez tomaron parte médicos —el autor del artículo es catedrático de medicina—, se discutió en la sección de Derecho penal si convenía que el legislador regulase la cuestión del deber médico de información.

De Boor se vale de un caso para exponer los conflictos entre el obrar médico y los reparos por parte de los juristas. Un miembro de la secta de los testigos de Jehová firmó, antes de una intervención quirúrgica, un documento en el que, apoyándose en Hechos de los Apóstoles, 15, 20, declaraba que en ningún caso se le debía hacer una transfusión de sangre, aceptando él toda la responsabilidad y liberando al médico de ella. Durante la operación se produjo una grave hemorragia. Habría sido necesaria una transfusión para continuar la operación, pero el médico, cumpliendo los deseos del paciente, decidió interrumpirla. De Boor inserta a continuación una entrevista que sostuvo con el testigo de Jehová en la que éste expone sus motivos.

En base a este caso, propuso de Boor en el Congreso una redacción que viniera a sustituir a la del § 162 del actual proyecto de 1962; en la propuesta se determina que el médico no debe tratar a otra persona contra su voluntad o la voluntad del representante legal, a no ser que no pueda evitarse de otra forma un peligro de muerte inminente. La redacción de De Boor no halló ningún eco. El autor termina transcribiendo literalmente el § 162 del proyecto. Según esta disposición, es punible el tratamiento médico realizado sin el consentimiento del paciente, si bien se especifican toda una serie de circunstancias que eximen de la responsabilidad.

BRESSER, Paul H.: «Jugendzurechnungsfähigkeit oder Strafmündigkeit»
(¿Imputabilidad juvenil o mayoría de edad penal?).

Conforme al § 3 de ley de tribunales juveniles (JGG), son responsables los jóvenes entre catorce y dieciocho años —si bien se les aplica el Derecho penal juvenil y no el de adultos—, a no ser que al tiempo del hecho no hayan alcanzado en su desarrollo intelectual y moral el grado necesario de madurez para comprender lo injusto del hecho y obrar según este conocimiento. La gran dificultad, dice el autor, surge respecto de los débiles mentales, y estos son precisamente —Bresser se apoya en una estadística de Düsseldorf de los años 1954 a 1960— los que constituyen la mayoría entre los que son sometidos a examen psiquiátrico para averiguar si han alcanzado o no la madurez que fundamenta la responsabilidad. A estos débiles mentales se les puede aplicar también el § 51, párrafo 2 del StGB. La jurisprudencia titubea sobre cuál sea la disposición aplicable; la doctrina científica, por el contrario, se muestra a favor de la aplicación del § 51 —excepción: Sieverts—. La postura que se tome tiene trascendencia sobre todo para las consecuencias jurídicas, pues si el que entra en juego es el § 51, es posible determinar el ingreso del autor en un establecimiento de curación, mientras que si se aplica el § 3 de la JGG ha de acordarse el sobreseimiento del proceso y contra el menor son sólo posibles medidas tutelares.

Partiendo de que aunque teóricamente es posible demostrar la no madurez en sentido del § 3, ello se demuestra en la práctica convincentemente sólo cuando existe debilidad mental, Bresser propone lo siguiente: En el caso de debilidad mental ha de darse preferencia al § 51 del StGB; los peritos no encontrarán dificultades en sus dictámenes, pues la ley ofrece aquí criterios claros. Si el menor no ha alcanzado el suficiente grado de madurez, pero no es débil mental, será de aplicar el § 3 de la JGG; en este caso, y como los diagnósticos psiquiátricos son siempre inseguros, propone Bresser que sea el Juez mismo el que decida la cuestión para aplicar, en su caso, las medidas educativas pertinentes.

* * *

La crítica de libros está dedicada al Derecho procesal penal. Se han recogido una serie de libros dedicados al estudio del comportamiento de los magistrados y fiscales alemanes durante la dictadura nacional-sindicalista, y el

encargado de hacer la recensión —el profesor Werner Niese— aprovecha la oportunidad para exponer sus propias e interesantes opiniones al respecto. Poco tiempo después de escribir esta recensión —el 9 de mayo de 1963—, fallecía su autor, el profesor Werner Niese.

* * *

En la sección de Derecho comparado figura un artículo de Gerhard Schmit sobre «La prisión preventiva en el Derecho procesal penal de Suecia», y otro de Pietro Nuvolone sobre «La reforma italiana del proceso penal comparada con los afanes alemanes de reforma».

ENRIQUE GIMBERNAT

E S P A Ñ A

Revista de Derecho Judicial

Número 13. Enero-marzo 1963

LOPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel: «El artículo 381 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal»; págs. 97 a 112.

El autor del presente trabajo desarrolla un tema procesal, como el título indica, pero realiza una labor preparatoria de contenido penal y médico-legal como base necesaria para enfocar el problema procesal. Por ello, nos limitaremos a compendiar aquella primera parte, dado su interés, al ser la que mantiene relación, por su contenido, con nuestra revista.

Sienta, como primera premisa, la dificultad y, en consecuencia, la amplia polémica que la situación del mental anormal ha originado en el Derecho Penal. Prueba de esto son las distintas redacciones de la eximente de enfermedad mental en los diversos Códigos Penales que han regido en nuestra nación.

Examina la actual expresión en el artículo octavo, número primero. ¿Qué podemos entender bajo el término «enajenado»? En fórmula amplia será el que se encuentra fuera de sí, el que no obra conforme a sí mismo.

Siguiendo al argentino Oscar Blarduini, sienta las siguientes posiciones:

1.º No puede fijarse en psiquiatría un concepto claro de lo que sea «salud» y «enfermedad mental».

2.º La anormalidad mental tampoco es elemento diferenciador. Tan anormal es, en el campo psiquiátrico, un infra como un super inteligente.

3.º En general no puede hablarse de enfermedad mental.

En base a ello, es imposible determinar por encuadrar el supuesto en determinada enfermedad que existe enajenación; habrá que estudiar cada caso concreto, con ayuda de elementos periciales para, a su vista, saber si estamos ante un enajenado o una persona sana.

No obstante lo anterior, fija —siguiendo a Jaspers— tres grupos de anomalías psíquicas: