

recho, en los duros tiempos que vivimos, como para permitirse esos lujos de abolicionismo integral frente al redoblado poderío y audacia de los enemigos del exterior y del interior que permanentemente, acechan.

Poco cabe decir del argumento utilitario y de los malabarismos de las estadísticas, entre otras razones por la de que la pena de muerte, como las demás, no se justifica únicamente *para impedir* la delincuencia, pues en tal supuesto sería menester prescindir del Derecho penal como un todo, que asimismo se ha acreditado inhábil para acabar con el delito, y aun la Medicina, que tampoco ha conseguido vencer a la enfermedad y a la muerte. Y es que, al lado y sobre su *telos* utilitario, la pena capital y las demás previstas ostentan una función de alta justicia distributiva que constituye, quíerese o no, la verdadera y primordial *ratio essendi* del Derecho penal en el mundo de valores y sentimientos en que actualmente vivimos.

A. QUINTANO RIPOLLÉS

«*Estadística de los Tribunales Tutelares de Menores*». (Año 1956.) Madrid, 1957; 124 páginas.

La Presidencia del Gobierno, por Orden de 1 de diciembre de 1955, encomendó al Instituto Nacional de Estadística la formación y publicación de la estadística nacional de los Tribunales Tutelares de Menores, cuyo plan de formación fué elaborado por dicho Instituto, con la colaboración de la Comisión Mixta de Coordinación y Asesoramiento para las Estadísticas Judiciales, que dió lugar a la publicación del presente libro, que comprende una amplia información de las infracciones cometidas por los menores, de sus características personales y del ambiente familiar y social en que sus vidas se desarrollaron.

Por la imposibilidad material de recoger los interesantes resúmenes que se señalan en cifras nos hemos de limitar a transcribir los epígrafes generales que señalan la distribución de la materia en la forma siguiente: La actuación de los Tribunales Tutelares; Los menores; El ambiente familiar y social; Resúmenes nacionales de actuación; Facultad reformadora o de corrección; Facultad protectora; Enjuiciamiento de mayores; Tribunal de Apelación.

D. M.

«*Festschrift für Theodor Rittler. Zu seinem achtzigsten Geburtstag*» (Homenaje a Teodoro Rittler. En su ochenta cumpleaños). Innsbruck, Verlag Scientia, 1957; 409 páginas.

Ludwig Lindner relata en las primeras páginas (7-12) la vida del más famoso maestro austríaco de nuestros días, nacido en Viena el 14 de diciembre de 1876. Al final (págs. 407-409) se inserta una relación de sus

publicaciones, entre las que destaca su *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts* (Parte general, 1933, 2.ª ed., 1954; Parte especial, 1938). El contenido del Homenaje, abundante en muestras de afecto, es rico en materias: filosofía del Derecho, política criminal, criminología, Derecho procesal penal, Derecho internacional penal y, como es natural, dada la principal dedicación del homenajeado al Derecho penal, una serie de estudios dogmáticos y críticos sobre la parte general y especial de esta disciplina. Muchas de las monografías que aquí se reúnen tienen bastantes méritos para dar de ellas noticia detallada, pero esto rebasaría los límites plausibles para una reseña o la reduciría a una vaga noticia. Por ello he creído preferible contraerme a algunas de las que versan sobre la teoría del delito, suficientes para estimular sin duda al lector a que verifique por sí mismo las restantes valiosas aportaciones de profesores, magistrados, discípulos y amigos del profesor Rittler (austriacos, alemanes, suizos, italianos y belgas) que se contienen en este volumen.

Mezger entra otra vez más en polémica con la teoría de la acción finalista (*Die Handlung im Strafrecht*, págs. 119-124). Para él el concepto de la acción en el Derecho penal es un concepto jurídico positivo de punta a cabo. Es determinante el § 1 del StGB en su redacción de 25 de agosto de 1953: «Según este precepto, una acción sancionada con reclusión o encierro por más de cinco años constituye un crimen; la «acción» castigada con encierro inferior a cinco años, prisión, multa superior a 150 marcos o simplemente multa es un delito, y la «acción» penada con arresto o multa hasta 150 marcos es una contravención. Como crímenes, delitos y contravenciones forman la totalidad de lo que con arreglo al vigente Derecho alemán es jurídicamente relevante, resulta que la tarea y función de la «acción» en el Derecho penal es la de decir y describir todo lo que con arreglo al Derecho vigente puede ser objeto del Derecho penal; en tanto el concepto de la acción haga esto, es bueno y correcto; en cuanto deserte de esta tarea, es malo e inutilizable. Este es el criterio para fijar su contenido (págs. 119 y sigs.). Ciertamente es una empresa loable el investigar los datos ontológicos a los que el legislador está vinculado. Pero lo que importa es qué es lo que el legislador hace en efecto de estos datos. Y lo que ha hecho con la acción es formar un concepto que debe abarcar todo lo que pertenece al Derecho penal actual. Lo decisivo está en esta palabra: «todo»: Debe, pues, abrazar tanto los actos dolosos como los culposos. La culpa—en el Derecho vigente—no es una «excepción». Esto sentado afirma que la acción es un concepto complejo. La teoría compleja de la acción rechaza tanto la unilateral teoría finalista como la también unilateral teoría causal de la acción (págs. 120 y sigs.). Por otra parte, la unilateral teoría causal de la acción no corresponde tampoco al Derecho vigente. Subraya que Welzel está sosteniendo una lucha violenta contra la concepción causal, pero que hoy no hay, en absoluto, ninguna teoría causal de la acción. Mezger aguza su ironía en el curso de estas páginas: «Welzel arroja arena a los ojos del lector, confunde la manera de hablar al estilo naturalista, propio del tiempo en que escribe Liszt, con la denominación «causal» hoy en uso. No debemos perder el humor—termina diciendo el profesor de Munich—; también los «ejercicios sobre el maniqué»

pueden a veces ser útiles y divertir al lector» (pág. 124). La acción es un concepto causal-finalista.

Werner Maihofer, después de haber sometido a crítica detenida la concepción finalista de Welzel, apuntando que no había otra salida que el concepto «social» de la acción (1), ha dedicado varios trabajos a indagar los presupuestos ontológicos del Derecho (2) y continúa ahora su marcha hacia la construcción de un concepto «personalista» del delito (3). El estudio que publica en este volumen lleva por título *Der Unrechtswurfurt. Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre* («El reproche de lo injusto. Reflexiones sobre una teoría personalista del injusto», págs. 141-164). Entiende que el reconocimiento de los llamados elementos subjetivos del injusto obliga a buscar nuevas estructuras sistemáticas. Considera equivocados los dos caminos propuestos hasta hoy. Uno, el de la «vuelta a Belling» (Rittler) y al mantenimiento de la concepción objetivo-real del injusto. Otro, el transitado por la denominada teoría finalista, con un injusto subjetivo-personal. Después de exponer el estado de la teoría del injusto y de criticar las inconsecuencias de la concepción finalista, procedentes, a su juicio, del concepto subjetivo-final del que parte (pág. 147), inconciliable con la inclusión en la teoría del injusto de elementos objetivos personalistas como los deberes objetivos del autor (Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 5.^a ed., 1956, pág. 52), pasa Maihofer a fundamentar su propia teoría (págs. 147 y sigs). Si intentamos determinar el concepto del injusto habrá que distinguir con toda claridad la materia del injusto y el reproche. La materia «es una conducta humana contraria al *deber ser*, porque no está permitida por ningún *poder hacer*, y por ello «ilícita». El reproche del injusto se formula contra el autor cuando esta infracción del *deber ser* social era *evitable* para el *poder hacer* social de una «persona razonable» colocada en la posición y situación del autor» (pág. 155). La culpabilidad presenta una distribución semejante, aunque el reproche no está determinado por el poder y deber sociales, sino individuales; no se trata del SE podía y debía haber procedido de otra manera, sino de TU podías y debías haber procedido de otro modo. Estas reflexiones llevan a Maihofer a proponer frente a los sistemas «clásico» y finalista, un sistema dualista y cuatrimembre:

I N J U S T O

I. Materia del injusto:

1. Caracteres del tipo del injusto.
2. Causas de exclusión del injusto.

II. Reproche de lo injusto:

1. Infracción del deber ser social.
2. Infracción del poder hacer social.

(1) WERNER MAIHOFFER: *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, 1955.

(2) *Alsí Recht und Sein, Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, 1954; *Tom Sinn menschlicher Ordnung*, 1956.

(3) Siguiendo siempre la línea de una crítica positiva de la teoría finalista de WELZEL. El intento de MAIHOFFER es, a mi entender, el de mayor alcance dogmático del último decenio. Recientemente: *Zur Systematik der Fahrlässigkeit*, en «ZStr.», vol. 70 (1958), páginas 159-195.

CULPABILIDAD

- | | |
|---|---|
| <p>I. Caracteres del tipo de culpabilidad.</p> <p>I. <i>Materia de la culpabilidad</i>:</p> <p>2. Causas de exclusión de la culpabilidad.</p> | <p>II. <i>Reproche de culpabilidad</i>:</p> <p>1. Infracción del deber ser individual.</p> <p>2. Infracción del poder hacer individual.</p> |
|---|---|

Karl Engisch se ocupa de teoría de los elementos subjetivos del injusto (*Bemerkungen zu Theodor Rittler Kritik von dem subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen* («Observaciones a la crítica de los elementos subjetivos del tipo y del injusto por Teodoro Rittler», págs. 165-183), y sostiene que por el camino del subjetivismo es de temer que no sea posible detenerse, llegando a trasladar a los tipos del injusto elementos constitutivos generales de la culpabilidad (lo cual ha hecho ya Hardwig) (página 182), por lo que se entiende debe mantenerse la distinción fundamental entre lo objetivo y lo subjetivo, atribuyendo aquél a la antijuricidad y éste a la culpabilidad, sin otra excepción que los casos en que el uso del idioma hace inseparables los aspectos objetivo y subjetivo; verbigracia, en el tipo de no denuncia de un delito proyectado, incabible si no se admite que se refiera sólo a supuestos en que el sujeto tenga noticia del delito. Ratifica una vez más su línea de prudencia frente a precipitadas conclusiones, como ya hizo antes, en el *Festschrift für Mezger* (4).

Hohenleitner, profesor de Innsbruck, examina la naturaleza y consecuencias que de ella se extraen, de la culpabilidad: *Schuld als Werturteil* («La culpabilidad como juicio de valor», págs. 185-194). Entiende que el juicio en que se pronuncia la culpabilidad no es meramente cognitivo, es decir, no se limita a comprobar la existencia de un hecho, sino que es un juicio de valor. Ahora bien, siguiendo a Reininger, estima que los valores no tienen una existencia *real*, porque sólo existen en función de un sujeto que valora. Una acción «generosa» no es, en realidad, ni generosa ni no generosa. Es generosa sólo en cuanto hay un sujeto que la considera como tal, que toma posición frente a ella. A la posible objeción de que entonces la culpabilidad reside «en la cabeza de los demás» replica que no existe ni en las cabezas de los demás ni en ninguna otra parte. Es uno de tantos conceptos a los que no les corresponde nada realmente existente (pág. 190). Sin embargo, la comunidad de valoraciones que se da históricamente en determinados círculos de personas y de cultura garantiza una cierta uniformidad, «objetividad» de los juicios de reproche en que consiste, en definitiva, la culpabilidad (pág. 191). Pero la comprobación de que el juicio en que se formula la culpabilidad es eminentemen-

(4) Véase ENGISCH: *Die normative Tatbestandselemente im Strafrecht*, en «Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag», 1964, páginas 127-163.

te valorativo, lo cual vale tanto como decir que está matizado emocionalmente, subjetivamente, lleva de la mano al problema del legislador. La ley, si ha de cumplir con las exigencias que impone el estado de derecho, tiene que acudir, en cuanto sea posible, a fórmulas de culpabilidad descriptivas, libres de valor, ya que de otro modo no se podría garantizar la previsibilidad, concordancia y revisibilidad que deben caracterizar la jurisprudencia. Este desideratum no se ha conseguido, sin embargo, hasta ahora (págs. 193 y sigs.), pues lo mismo que sucede con los tipos del injusto—que dejan un espacio a la valoración por parte del juez que ha de decidir—ocurre con los tipos de la culpabilidad, especialmente con la forma culposa. Los tipos de la culpabilidad son sólo «indicios» de la culpabilidad, función equivalente a la que desempeña la tipicidad respecto a la antijuridicidad. Hasta aquí Hohenleitner. No es difícil percibir en lo expuesto la resonancia de la polémica sobre los universales de la Edad Media. En definitiva, todo gira en torno a si los valores tienen o no una existencia real (aunque sea en una esfera de la realidad distinta de aquella a la que pertenecen otros objetos).

Estos trabajos a que acabo de aludir creo que bastan para subrayar la importancia de las contribuciones aportadas al homenaje que se rinde al profesor Rittler, cuya defensa de postulados fundamentales, incluso en las más difíciles circunstancias, recibe de este modo un expreso reconocimiento por parte de la ciencia europea del Derecho penal.

J. M. R. D.

GRAVEN, Jean: «La classification des infractions du Code pénal et ses effets».

Comienza el profesor Graven su estudio sobre la clasificación de las infracciones en el Código penal, citando la opinión de M. Logoz, el cual, con Hefter, entiende que «es inútil buscar diferencias cualitativas entre los crímenes, los delitos y las contravenciones». En realidad, las infracciones de las diversas categorías son actos contrarios al Derecho, voluntarios y que la ley castiga. «Entre ellos hay solamente una diferencia cuantitativa, esto es: una diferencia de gravedad.» Reconoce a continuación que el proyecto de 1918 presentado a las Cámaras por el Consejo Federal suprime la división tripartita al suprimir toda diferencia entre crímenes y delitos. Stoos (autor del Código penal) y sus principales colaboradores brindan una serie de argumentos que el profesor Graven expone de modo sistemático; argumentos extensivos también a la no exclusión del Código penal del libro dedicado a las contravenciones.

Por su parte, el profesor Bise, de la Universidad de Friburgo, entiende que el Derecho penal marcha hacia la supresión de toda distinción y propugna la creación de un Código penal Federal y de Códigos Cantonales que regulen las contravenciones. Estudia seguidamente el profesor Graven la opinión del profesor Zürcher y el mensaje del Consejo Federal a la asamblea federal en torno al proyecto de Código penal de 1918.

Después de resumir la discusión del proyecto ante las Cámaras federales, pasa revista a las autorizadas opiniones de Halter y Germann, el