

REVISTA DE REVISTAS

A L E M A N I A

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

KAUFMANN, Arthur: «Die eigenmächtige Heilbehandlung» (El tratamiento médico sin consentimiento del paciente).

El Autor trata de descubrir, en primer lugar, las causas de las considerables diferencias de opinión entre los médicos y los juristas en este punto. La virulencia de la polémica permite presumir, según él, que las raíces de las divergencias de criterio son profundas.

Se dice, que el pensamiento de los juristas es un pensamiento formal, abstracto, orientado en leyes, mientras que el médico se ocupa de hombres concretos, que debe sanar, no siendo ningún caso igual al otro. Arthur Kaufmann señala, sin embargo, con razón, que un pensamiento ordenado y por tanto, científico, no es posible sin un mínimo de formalización y abstracción. El mismo diagnóstico lo requiere.

Algunos médicos consideran que sólo ellos pueden juzgar acerca de la licitud de una medida curativa y, sobre todo, decidir sí y en qué medida debe ser informado un paciente sobre su enfermedad y sobre el tratamiento. Esta pretensión, dice Arthur Kaufmann, supondría la exclusión de gran parte de la actividad médica del control judicial. El paciente quedaría indefenso ante el médico sin conciencia. La jurisprudencia no puede aceptar este criterio sin negarse a sí misma, pues no habría razón alguna para no excluir también del control judicial otras actividades profesionales.

A veces se reprocha a la jurisprudencia del Tribunal Federal un carácter excesivamente esquemático y una falta de atención a los matices del caso concreto. Este reproche puede estar en algunos casos justificado, dice Arthur Kaufmann, pero cabe hacérselo también a algunos médicos y juristas. Incurren, por ejemplo, en este defecto, los que quieren hacer depender el deber de informar sobre las consecuencias posibles de un tratamiento, del tanto por ciento de probabilidades de la complicación. La jurisprudencia y los médicos tienden también a esquematizar el problema del deber de informar a los enfermos de cáncer. Los tribunales afirman, en principio, el deber de informar, pues consideran que los casos en que el enfermo no podría resistir el conocimiento de la verdad, sin grave daño para su salud, son siempre casos excepcionales. Los médicos consideran, en cambio, que estos casos constituyen la regla general y se debe prescindir, por ello, siempre de la información.

Lo que separa, en realidad, a los juristas y los médicos, dice Arthur Kaufmann, es una distinta valoración de los bienes jurídicos de la libertad personal por un lado y la vida, la salud y el bienestar, por otro. Según la jurisprudencia

dencia, el médico puede omitir sólo la información, cuando ésta pudiera suponer un grave peligro para la salud o la vida del paciente. Los médicos consideran, en cambio, que la información debe ser también omitida cuando pudiera afectar al estado de ánimo o al bienestar del enfermo y sobre todo cuando pudiera producirle un shock que le moviera a negar su consentimiento al tratamiento.

La solución del conflicto de bienes sólo puede ser hallada, dice Arthur Kaufmann, recurriendo a criterios supraleales, es decir, a los preceptos y valores éticos fundamentales, immanentes al Derecho. Las dos sentencias del T. F., en que éste invoca una ley moral objetiva, accesible al conocimiento del juez, han sido objeto, sin embargo, de severas críticas. Grünwald se ha adherido últimamente a ellas, diciendo que los jueces no están facultados para resolver problemas éticos discutidos, en el sentido de declarar antijurídico un acto, que según *su* propio criterio sea reprochable. En el problema del tratamiento médico sin consentimiento del paciente esto significa que los tribunales deberían considerar conforme a Derecho la omisión de la información, siempre que ésta se viera avalada por las opiniones de los médicos—tanto si se trata de una mayoría, como de una minoría seria— basadas en la ética profesional. Arthur Kaufmann dice, que no puede abordar, naturalmente, en este lugar el difícil problema de la posibilidad y los límites del conocimiento moral objetivo. Se limita, por ello, a señalar, que el criterio de Grünwald no es aceptable en la práctica. Si los tribunales atienden a las opiniones de los médicos, ¿por qué no deben atender también a las opiniones de los demás profesionales? Esto no es posible ya, sin embargo, porque en los casos que examinan los tribunales estas opiniones son contrapuestas; como lo son también las del médico y el paciente. Arthur Kaufmann señala también, con razón, que si los tribunales consideran, en caso de conflicto de deberes una conducta es *conforme a Derecho* (amparada por una causa de justificación), no respetan con ello las divergencias de criterio existentes en torno a su licitud moral, sino que adoptan una posición determinada. Su decisión prejuzga la solución del problema ético. Los tribunales están vinculados, por otra parte, a la ley y al Derecho (art. 20 III, de la Constitución), pero no a las opiniones de los grupos sociales. Su tarea consiste en la elaboración de un juicio valorativo independiente (Eb. Schmidt). El conocimiento objetivo de los preceptos morales puede ser problemático, pero también lo es la invocación de las concepciones valorativas o culturales dominantes, pues ésta lleva implícito el problema de la vigencia. Una sociología empírica positivista, dice Arthur Kaufmann, no puede substituir nunca a una ética valorativa material. En este punto es preciso señalar, sin embargo, que Grünwald no invoca nunca las concepciones valorativas *dominantes*, sino que considera atendible *toda opinión seria*. El problema de deslinde de las opiniones atendibles y no atendibles es, sin embargo, difícil y en el fondo inseparable del problema del conocimiento de los contenidos de la ley moral.

Los tribunales han hecho bien, según Arthur Kaufmann, al no aceptar sin más, la opinión de los médicos y buscar un criterio objetivo. Con ello no se ha dicho aún, sin embargo, que su solución del conflicto de bienes entre la libertad personal y la vida sea correcta.

La solución del conflicto de bienes entre la libertad y la vida es muy discutida, dice Arthur Kaufmann, porque no existe hoy acuerdo sobre los problemas éticos fundamentales de la profesión médica. La actividad del médico debe estar dirigida, sin duda, a restablecer la salud del enfermo. ¿En qué consiste, sin embargo, esta salud? Sólo es posible contestar a esta pregunta, si se adopta previamente una actitud en el problema del sentido de la enfermedad y la muerte. Como consecuencia del continuo proceso de secularización, hemos perdido, dice Arthur Kaufmann, una relación íntima, existencial, con la enfermedad y la muerte. Algunas corrientes filosóficas modernas expresan crudamente lo que piensan hoy muchos hombres: la enfermedad es algo absurdo y mucho más aún la muerte, pues con ella todo termina, es el salto en la nada. El correlato necesario de esta actitud nihilista ante la enfermedad y la muerte, es la divinización de la vida, de la mera existencia, que caracteriza al hombre moderno. Lo que hoy se suele denominar, con gusto, entre nosotros, filosofía vitalista. Esto explica la falta de comprensión para el valor de la libertad personal y la extrañeza ante la consideración, de que el médico pueda verse impedido por la voluntad del paciente para hacer lo que mejor convenga para su salud. La aparición de la filosofía vitalista, a principios de siglo, está, además, íntimamente unida al desarrollo de las ciencias mecanicistas de la naturaleza y a la extensión progresiva de la técnica en todos los sectores de la vida. El espíritu de la técnica y la especialización han dado lugar a que el paciente considere su enfermedad como una «avería», que el médico puede y debe reparar rápidamente con medios científico-naturales. El tratamiento médico es reducido a una actividad técnica, desapareciendo poco a poco la relación de confianza entre médico y enfermo. Se olvida que hay enfermedades, precisamente las más graves, y las que ocupan a los tribunales, en que el médico no puede limitarse a realizar un tratamiento científico-natural, sino que debe prestar al enfermo asistencia humana y espiritual. En estas enfermedades, que constituyen para el enfermo, según dice Jaspers, «situaciones límites de la existencia», el médico sólo puede ayudar al paciente en su necesidad existencial, si existe entre ellos una relación de confianza. Esta relación de confianza sólo es posible, sin embargo, si el médico informa debidamente al paciente y respeta su libertad personal. La información y asesoramiento del paciente forman parte, por ello, de los deberes del tratamiento médico, aunque no influyan directamente en el resultado curativo.

La libertad personal, dice Arthur Kaufmann, es un valor superior a la vida, la salud y el bienestar. De otro modo no se podría comprender, que en todos los pueblos y en todas las épocas haya habido hombres —mártires y héroes— que han sacrificado su vida por algo que consideraban superior. Esta capacidad específica del hombre —el animal carece de ella— de sacrificar conscientemente su vida por algo que considera más valioso, revela que es precisamente la libertad aquello que confiere al hombre la dignidad de persona.

El hecho de que la libertad sea el bien superior, no quiere decir que deba tener siempre, en el caso concreto, una preferencia absoluta frente a los bienes de la vida y la salud. Depende de la medida en que deban ser sacri-

ficados cada uno de los bienes. El médico puede omitir en parte la información, cuando ésta pudiera poner en grave peligro la salud del enfermo. El médico no puede mentir, sin embargo, en ningún caso, al paciente.

El médico no puede estar autorizado a no informar al enfermo por el simple hecho de que la información pueda afectar a su estado de ánimo o a su bienestar general, dice Arthur Kaufmann, pues en caso contrario el deber de información dejaría de existir prácticamente en toda enfermedad o intervención grave. Tampoco está autorizado el médico a omitir la información cuando tema que ella pueda dar lugar a que el enfermo, impresionado, niegue su consentimiento al tratamiento. En caso contrario no se respetaría la libertad del paciente. Cuando el enfermo rechaza un tratamiento razonable e indicado, el médico está obligado a informarle de las consecuencias de su actitud, pero está exento de responsabilidad, si, a pesar de ello, el paciente persiste en su negativa. Sólo en los casos —dice Arthur Kaufmann— en que la voluntad del enfermo no sea en absoluto libre, debido a los grandes dolores que padezca o a los medicamentos que haya tomado, podrá el médico prescindir de la voluntad del enfermo.

¿Qué sucede, sin embargo, si la negativa del paciente a consentir en el tratamiento equivale a una voluntad suicida? ¿Por qué no ha de poder intervenir entonces el médico, haciendo caso omiso de la voluntad del paciente, siendo así que, según un uso extendido, los médicos impiden, incluso mediante el uso de la fuerza, los intentos de suicidio? Arthur Kaufmann considera, con Gallas, que la intervención del médico para impedir un intento de suicidio, está sólo justificada, si dicho intento es el resultado de una situación anímica anormal. En otro caso, la intervención del médico rebasa los límites de la coacción permitida. Arthur Kaufmann aplica el mismo criterio en el supuesto del paciente que se niega a consentir en el tratamiento.

El Tribunal Federal no sigue, sin embargo, el criterio de Gallas y Arthur Kaufmann en el problema de la interrupción del intento de suicidio. Según la jurisprudencia del T. F., todo testigo presencial, que no impide un suicidio, se hace reo del delito de omisión de socorro del art. 330 c. Algunos médicos consideran que esta doctrina implica una contradicción con la actitud del T. F. en el problema del paciente que se niega a consentir en el tratamiento. Arthur Kaufmann critica acertadamente la doctrina del T. F., pero considera que la contradicción no es tan grande como parece, pues entre el verdadero suicidio y la negativa a consentir en un tratamiento médico, hay una diferencia no sólo fáctica, sino también moral. En algunos casos límite, sin embargo, la diferencia puede ser, a mi juicio, muy pequeña.

El autor se ocupa, por último, del problema de la regulación jurídica, de lege lata y de lege ferenda, del tratamiento médico sin consentimiento del paciente. Parte, para ello, del concepto de tratamiento médico del art. 161 del Proyecto de 1960. No están comprendidas en dicho concepto, las operaciones de cirugía estética, la esterilización, la castración, las intervenciones con fines experimentales, así como las transfusiones y los trasplantes de órganos, en la medida en que no afectan al paciente, sino al «tercero». Todas estas intervenciones, dice Arthur Kaufmann, constituyen, sin duda alguna, lesiones corporales, que pueden ser justificadas por el consentimiento, siempre

que no sean, a pesar de él, contrarias a las buenas costumbres (art. 226 a del Código penal). Tampoco es un tratamiento médico la interrupción del embarazo, o la perforación, por indicación médica, pues aunque protegen la vida de la madre destruyen la nueva vida.

El tratamiento médico sin consentimiento del paciente es, según Arthur Kaufmann, un delito contra la libertad, es decir, un delito de coacción o de detenciones ilegales. No es un delito de lesiones corporales, como estima el Tribunal Federal. Arthur Kaufmann llega a esta conclusión, como la mayor parte de los autores alemanes (Engisch, Eb. Schmidt, Welzel, Mezger, Gallas, Bockelmann, Kohlrausch-Lange; etc.) por considerar que el tratamiento médico, indicado y realizado con arreglo a la *lex artis*, no puede constituir nunca delito de lesiones, aunque su resultado sea desafortunado. Arthur Kaufmann parte, para fundamentar su tesis, de la doctrina de los caracteres negativos del tipo y distingue un tipo restringido y un tipo amplio. El tipo restringido, o tipo del delito, contiene únicamente los caracteres específicos de una figura delictiva. El tipo amplio, o tipo de lo injusto, comprende, en cambio, todas las circunstancias de las que depende lo injusto del hecho. Si la operación es afortunada no realiza el tipo delictivo, dice Arthur Kaufmann (porque no causa un daño a la salud, ni constituye un maltrato corporal) y si es desafortunada, no realiza el tipo de lo injusto, si estaba indicada y se ha realizado con arreglo a la *lex artis*. El daño causado a la salud se mantiene, en este caso, dentro de los límites del riesgo permitido, es decir es socialmente adecuado.

Gran parte de los casos de tratamiento médico sin consentimiento del paciente no están comprendidos, sin embargo, dice Arthur Kaufmann, en los artículos 239 y 240 (detenciones ilegales y coacciones) del Código penal. De lege lata existe, pues, una laguna.

El Proyecto de 1960 se adhiere a la opinión dominante en la doctrina alemana, al declarar en el art. 161, que el tratamiento médico no es punible como lesiones corporales. Deja conscientemente sin resolver el problema de si la impunidad se debe a la falta de tipicidad, o a la falta de antijuricidad. En el art. 161 se prevé, además, la posibilidad de que la falta de consentimiento pueda fundamentar a veces el tipo de las lesiones, siempre que, con arreglo a la ética profesional médica, un determinado tratamiento sea sólo conforme a la *lex artis*, si media el consentimiento del enfermo. Si éste falta, la intervención realizada no puede ser calificada como tratamiento médico. Puede que sea cierto, dice Arthur Kaufmann, que el consentimiento sea necesario en algunos casos, no sólo para respetar la libertad del paciente, sino también por razones de salud. Es imposible, sin embargo, deslindar estos casos de los demás, en que el consentimiento carece de relevancia médica. Arthur Kaufmann considera, por ello, acertada, en definitiva, la opinión de Bockelmann, de que la falta del consentimiento no puede fundamentar nunca, por sí sola, el tipo de las lesiones (Niethammer, Schönke-Schroder y Baumann han sustentado recientemente la opinión de que la falta de consentimiento fundamenta siempre, por sí sola, el tipo de las lesiones corporales). El art. 161 es, además, superfluo, dice Arthur Kaufmann, una vez que

se ha creado el delito de tratamiento médico sin consentimiento y debe ser, por ello, suprimido.

En el art. 162 del Proyecto se regula la figura delictiva del tratamiento médico sin consentimiento del paciente. Arthur Kaufmann se muestra conforme con la redacción del precepto y lamenta solamente que no haya sido insertado en el lugar que correspondía, es decir, en el Título V de los delitos contra la libertad.

El párrafo 2.º del art. 162, declara que el hecho no es punible como tratamiento médico sin consentimiento, si cabe contar con que el paciente otorgaría el consentimiento, pero éste sólo podría ser recabado mediante un aplazamiento del tratamiento, que le pondría en peligro de muerte, o de un grave daño para la salud. Arthur Kaufmann aprecia (como Engisch) una laguna en esta disposición, porque no se hace referencia al caso en que un tercero (que tenga un derecho de cuidado) esté llamado a otorgar el consentimiento en lugar del paciente. Es acertada, sin embargo, según él, la solución del problema en el sentido del consentimiento presunto. Este criterio (mantenido por la jurisprudencia) es el único compatible con la libertad del paciente. Arthur Kaufmann señala, con razón, cómo el criterio de Eb. Schmidt, del estado de necesidad, es aplicable en todo caso de indicación vital y el de Engisch, del verdadero interés del paciente, puede dar lugar a que el médico sortee, en algunos casos, el requisito del consentimiento.

La regulación del error del párrafo 3.º del art. 162, según la cual la creencia errónea de hallarse ante un caso en que es posible la intervención sin consentimiento, es un error de prohibición, es censurada por Arthur Kaufmann. Según él, se trata de un error sobre el tipo, que excluye el dolo. No cabe duda, de que el Proyecto incurre aquí en una contradicción, pero a mi juicio, este error es realmente un error de prohibición.

Arthur Kaufmann advierte, que no está regulado en el Proyecto el caso en que una persona investida de un derecho de cuidado se niegue abusivamente a dar el consentimiento y no haya posibilidad de esperar a que recaiga la decisión judicial prevista en el art. 1.666 del Código civil. En este caso, cree Arthur Kaufmann, que si el abuso es evidente y la operación está, sin duda, indicada, el médico debe tener el derecho, pero no el deber (como ha sostenido el R. G.) de intervenir.

Arthur Kaufmann considera, que no es aconsejable una regulación legal del deber de información del médico, pues en esta materia depende casi todo de las circunstancias del caso concreto. Arthur Kaufmann se muestra, pues, de acuerdo con la actitud de la Comisión de Reforma del Código penal, que rechazó un proyecto de ley presentado por los expertos del Ministerio Federal de Justicia.

Arthur Kaufmann cree, que en los casos en que la información pueda poner en peligro la salud o la vida del enfermo, el médico está autorizado a omitirla parcialmente.

La información debe ser, según Arthur Kaufmann, lo suficientemente completa para que el paciente pueda adoptar una decisión que constituya un consentimiento jurídicamente eficaz. La forma de la información dependerá,

naturalmente, de la personalidad, la edad, la formación y el estado anímico o corporal del paciente.

En enfermo debe ser informado, en todo caso, sobre la índole del tratamiento que se le ha de aplicar. Ha de ser informado, también, de todos los peligros del tratamiento, con los que haya que contar necesariamente, dadas las circunstancias del caso concreto. No es preciso que se le informe de todos los peligros imaginables y tampoco de aquellos que pueden ser fácilmente conjurados con los medios terapéuticos modernos. Arthur Kaufmann dice que la información no puede limitarse siempre a los peligros típicos (como sostiene el T. F. en algunas sentencias y opinan algunos autores), sino que en algunos casos ha de extenderse a los peligros atípicos. Arthur Kaufmann rechaza también, con razón, el principio de que el deber de información deba estar en relación recíproca con la gravedad de la enfermedad, la necesidad de la intervención y el resultado curativo esperado. Es cierto, que en las operaciones innecesarias, o en las de cirugía estética, el deber de información es especialmente amplio, pero no cabe afirmar, que cuanto más necesaria y urgente sea la operación, más reducido deba ser el deber de información. Todo dependerá, en definitiva, de las circunstancias del caso concreto.

En principio se ha de afirmar, según Arthur Kaufmann, el deber de información sobre el diagnóstico, porque sólo conociéndole podrá el paciente otorgar un consentimiento eficaz. Puede bastar, sin embargo, con que el médico informe al paciente, de modo aproximado, sobre la gravedad de su enfermedad, sin que le comunique el diagnóstico exacto. El diagnóstico es, sin duda, lo que más fácilmente puede estar autorizado el médico a ocultar al paciente.

HALL, Jerome: «Strafrechtstheorie» (Teoría del Derecho Penal).

Jerome Hall es catedrático de Derecho Penal en la Indiana University de Bloomington, en los Estados Unidos. Este trabajo no es un artículo escrito para los penalistas del Continente europeo, sino el primer capítulo de su libro, «General Principles of Criminal Law» (2.^a ed. Indianapolis y Nueva York, 1960), destinado a los estudiantes y estudiosos del Derecho Penal en los Estados Unidos.

Teoría, en sentido amplio, es para Hall sinónimo de ciencia. Una teoría, en cambio, es un esquema conceptual que reúne en un sistema una serie de conocimientos parciales, que en otro caso estarían dispersos. Una teoría del Derecho penal, se compone, por tanto, de un cierto número de conceptos, con cuya ayuda toda ley penal puede ser insertada en un sistema y al mismo tiempo, explicada. Objeto de toda teoría del Derecho penal es el Derecho penal vigente (códigos, leyes y jurisprudencia).

Toda teoría del Derecho penal se basa, según Hall, en determinados juicios valorativos. Estos juicios deben ser destacados, según él, por los autores, pues permiten explicar muchas diferencias entre las teorías. Su sistema se basa, en primer lugar, en el juicio valorativo de que la culpa inconsciente debe ser excluida del concepto de «mens rea». En este punto se aparta Hall

de las demás teorías existentes hoy en los Estados Unidos. Hall aduce en favor de su posición, que el concepto de «mens rea» puede ser definido así con más precisión, al ir referido exclusivamente a determinados estados de conciencia (dolo y culpa consciente). Por otra parte, la inclusión de la culpa inconsciente en el concepto de «mens rea», haría que éste se convirtiera en un concepto puramente formal, al comprender estados de conciencia y formas de conducta sumamente diversas. Hall parte, pues, de lo que nosotros denominamos concepción psicológica de la culpabilidad y tropiezo, en el fondo, con las mismas dificultades que dieron lugar, en Alemania, a la formulación de la teoría normativa. En la culpa inconsciente falta todo nexo psicológico entre el autor y el hecho. Hall reacciona ante esta dificultad del mismo modo que lo hicieran Kohlrausch, Radbruch y Vannini, es decir, excluyendo la culpa inconsciente del concepto de culpabilidad.

El sistema de Hall se basa, asimismo, en el principio de legalidad. Interpreta este principio, sin embargo, de un modo inadmisiblemente, pues, según él, deben estar definidas en la ley, no sólo las acciones prohibidas (la materia de las prohibiciones), sino todas las circunstancias relevantes para el enjuiciamiento jurídico-penal. No sólo todas las causas de exclusión de la responsabilidad (causas de justificación y causas de exclusión de la culpabilidad (sino también, por ejemplo, todas las circunstancias que fundamentan positivamente la culpabilidad. Hall considera, por ello, consecuentemente, que la inclusión de la culpa inconsciente en el concepto de «mens rea», es contraria al principio de legalidad. Es evidente, sin embargo, que el principio de legalidad, entendido de este modo tan amplio, es inaplicable. Incluso cuando queda reducido a sus justos límites, es decir, a la exigencia de la tipicidad de la conducta punible, a la fijación legal de la pena, su aplicación tropieza con dificultades, como se advierte en los tipos «abiertos», es decir, aquellos que tienen que ser completados necesariamente por el juez (delitos impropios de omisión, delitos culposos, etc.). Hall se da cuenta de alguna de las dificultades que plantea la rigurosa aplicación del principio de legalidad, entendido de un modo tan amplio, pero no deduce de ello las consecuencias necesarias. ¿Cómo es posible, dice, por ejemplo, aplicar rigurosamente el principio de legalidad y acomodar, al mismo tiempo, la pena a las variadas y sutiles circunstancias personales del autor?

Después de fijar los postulados fundamentales de su teoría, Hall hace un breve estudio histórico de la evolución de la ciencia del Derecho penal en los países anglosajones. Es interesante el estudio del nacimiento y desarrollo de una ciencia del Derecho penal en Inglaterra, a partir de los trabajos de Bracton en el siglo XIII. Los trabajos de Bracton, Hale, Hawkins, Blackstone (figura ésta muy interesante, por estar influida por el iusnaturalismo racionalista y la Ilustración), Bentham, Austin, Stephen y Kenny representan un proceso constante y progresivo de generalización, abstracción y sistematización de los preceptos jurídico-penales. En los Estados Unidos, el libro de Wharton (1.^a ed. 1846) era todavía una obra destinada a los prácticos (en su octava edición fué completamente reelaborada, sin embargo, con fines sistemáticos). La obra de Bishop (1.^a ed. 1856) representa, en cambio, la primera contribución norteamericana a la Ciencia del Derecho penal.

Las obras de los autores del siglo XIX, tanto del mundo jurídico anglosajón, como del Continente europeo, adolecen todavía, según Hall, de una falta de sistema, a pesar de que en este sentido representaron también un progreso. Esta afirmación de Hall puede ser exacta en relación con los autores ingleses y americanos, pero no lo es en relación con los autores del Continente europeo (piénsese, por ejemplo, en Feuerbach, los hegelianos Carrara, Pessina, Binding, v. Listz, etc.).

Hall señala que en el siglo actual, la teoría del Derecho penal ha experimentado un extraordinario desarrollo, pero considera que aún no se ha logrado una sistematización suficiente de los preceptos jurídico-penales. La Teoría, del Derecho penal se ha dejado influir, según él, demasiado por la práctica. Incluso en los países del Continente europeo, pues en ellos son los Códigos los que acotan el objeto de la Teoría, aunque sus preceptos sean, a veces sólo formalmente penales. Las leyes pueden reflejar, además, hasta cierto punto, una determinada teoría, pero están también influidas por circunstancias históricas concretas (intereses, presiones políticas, soluciones de compromiso, etc.) que dan lugar a la aparición de contradicciones. La colocación de los preceptos en los códigos obedece, además, siempre, necesariamente, a razones de índole práctica. Hall no maneja, apenas, la moderna literatura jurídico-penal de los países del Continente europeo (cita sólo el Tratado de Garraud y los trabajos de Ancel y Marx que acompañan a la colección de códigos europeos) y no puede apreciar, por ello, la íntima relación de la dogmática y la política jurídica en esos países. La doctrina del Derecho penal administrativo intentó decantar, precisamente, dentro del cuerpo de las leyes penales, aquellos preceptos que eran sólo penales desde un punto de vista formal; es decir, intentó deslindar lo injusto meramente administrativo de lo injusto criminal. Esta doctrina ha tenido ya repercusiones legislativas en algunos países, por ejemplo, en la Ley alemana de las contravenciones de 1952 y en la Ley penal económica alemana de 1949-54. En nuestro país el profesor Castejón ha propuesto la creación de un Código de policía. La íntima relación de la dogmática y la política jurídica en los países del Continente europeo se aprecia también, por ejemplo, en el Código italiano de 1930 y en el Proyecto de 1960 de nuevo Código penal alemán. La dogmática ha alcanzado, además, en algunos países del continente europeo un grado tal de desarrollo, que ha permitido superar muchas contradicciones, lagunas y deficiencias de los códigos. La colocación de los preceptos en la parte general de los códigos, obedece, sin duda, muchas veces, a razones de tipo histórico y práctico, pero no ha sido nunca obstáculo para que la dogmática precisara su naturaleza jurídica y los ordenara sistemáticamente.

La afirmación de Hall, de que la Teoría del Derecho penal se ha dejado influir demasiado por consideraciones procesales resulta también más exacta para la teoría de los países anglosajones, que para la de los países del continente europeo.

La Teoría del Derecho penal debe tener sólo por objeto, según Hall, las leyes que sean realmente penales, es decir, que lo sean desde un punto de vista material. No intenta formular, sin embargo, un concepto material del delito y de la pena.

Hall distingue tres grupos principales de preceptos jurídicos: las «descripciones de los delitos», las «doctrinas generales» y los principios fundamentales. Las «descripciones de los delitos» llenan la parte especial de los códigos y definen, con ayuda de las «doctrinas generales», los diversos delitos. Las «doctrinas generales» son preceptos jurídicos más amplios que las «descripciones de los delitos», pero menos generales que los principios fundamentales. Las «doctrinas generales» versan sobre la enfermedad mental, la menor edad, la embriaguez, el error, la coacción, el estado de necesidad, la tentativa, el acuerdo para delinquir, la instigación y la participación en el delito. Las «doctrinas generales» son, según Hall, elementos esenciales de las definiciones de los delitos.

Los principios fundamentales del Derecho penal son: 1.º «mens rea»; 2.º conducta; 3.º concordancia de «mens rea» y conducta; 4.º daño; 5.º causalidad; 6.º punición, y 7.º principio de legalidad. El contenido de estos principios fundamentales puede ser formulado en un solo principio general: un daño prohibido por el Derecho penal, tiene que ser imputado a todo adulto normal que lo haya causado con culpa consciente o con dolo punible y la pena establecida por la ley debe serle impuesta a un tal autor. Los principios fundamentales suministran, pues, una definición general, completa, del delito. Pueden ser considerados, además, según Hall, como las normas supremas del Derecho penal, pues han sido obtenidos de las «descripciones de los delitos» y de las doctrinas generales».

Hall demuestra, a continuación, que las «descripciones de los delitos» no contienen definiciones *completas* de los mismos, pues las acciones en ellos descritas, no constituyen delito si concurre una «doctrina general» (causa de justificación, o causa de exclusión de la culpabilidad). Las acciones descritas en los preceptos de la Parte especial, diríamos nosotros, constituyen sólo delito si son antijurídicas y culpables.

La Teoría del Derecho penal, dice Hall, debe examinar hasta qué punto el Derecho positivo es compatible con los principios fundamentales. Por medio de ellos, ha de realizarse también la selección de las leyes, que han de ser objeto de la Teoría penal. Estos principios no contienen, sin embargo, un concepto material del delito y de la pena.

Si consideramos todos los principios fundamentales, dice Hall, podemos obtener el siguiente cuadro de la Teoría del Derecho penal: una conducta y un daño, unidos por un nexo causal. Estos tres elementos están a su vez sujetos a los principios de legalidad y de la pena. Todos los principios se completan recíprocamente, según Hall. El resultado carece de relevancia para el Derecho penal, si no ha sido causado por un hombre, cuya conducta proceda de un determinado estado de conciencia y si no ha sido causado de una manera determinada. La conducta sólo recibe, a su vez, su sentido de su relación con un daño prohibido por la ley, es decir de la causación del resultado. El nexo causal no debe ser interpretado, según Hall, del modo en que lo hacen las Ciencias de la naturaleza. Es preciso partir de un concepto jurídico de causalidad. La «mens rea» es, según Hall, un elemento esencial del concepto jurídico de causalidad. El principio de legalidad confiere, por último, un sentido especial de los conceptos del delito y de la pena.

Las «doctrinas generales» están íntimamente relacionadas con los principios fundamentales. Las doctrinas de la tentativa, instigación, acuerdo para delinquir y participación, por ejemplo, están íntimamente relacionadas, con el principio del resultado y las de la enfermedad mental y la menor edad con el de la «mens rea». Las «doctrinas generales» están, a su vez, íntimamente relacionadas con las «descripciones de los delitos». Todos los preceptos jurídico-penales guardan, pues, una íntima relación entre sí. No es posible comprender la esencia de ninguno de ellos sin atender a los demás.

La Teoría del Derecho penal distingue las tres clases mencionadas de preceptos y señala la significación de cada una de ellas en relación con los hechos. La esencia de este sector de la Ciencia jurídica no se agota, sin embargo, según Hall, en esta relación del Derecho penal con lo fáctico; pues el Derecho penal no describe sólo situaciones de hecho, sino que refleja también ciertos principios éticos. El que se interese por la Teoría del Derecho penal, en toda su dimensión, tiene que ocuparse también, por ello, de su contenido moral, pues es imprescindible para su comprensión. En este punto Hall coincide con las más modernas tendencias de la Ciencia del Derecho penal en Alemania.

SCHMITT, Rudolf: «Die Bestechungstatbestände im Entwurf 1960» (Los tipos del cohecho en el Proyecto 1960).

El autor expone, en primer lugar, brevemente, la regulación de los delitos de cohecho en el Proyecto de 1960. Los arts 460, 461 y 462 tratan de la corrupción pasiva. En cada uno de ellos se regula primero el cohecho simple y a continuación el grave. El art. 460 se refiere a las personas que detentan un cargo, el 461 a los jueces y árbitros y el 462 a las personas encargadas de un modo especial un servicio público. Los conceptos de persona que detenta un cargo, juez árbitro y persona encargada de un modo especial de un servicio público están definidos en el art. 10 de la Parte General. El cohecho simple y el cohecho grave se diferencian en el Proyecto (como en el Código vigente), según que se refieran una acción *conforme* o *contraria* a deber.

En los artículos 463 a 465 se regula la corrupción *activa*. En el artículo 463 en relación con las personas que detentan un cargo y los soldados (en la ley penal militar alemana se castigan sólo los delitos de los soldados), en el artículo 464 en relación con los jueces y árbitros y en el artículo 465 con las personas encargadas de un modo especial de un servicio público. Lo mismo que en el Derecho positivo, sólo es típica la corrupción activa grave, es decir, la que se refiere a una acción *contraria* a deber. La corrupción activa simple sigue siendo impune (no puede ser castigada tampoco como participación en la corrupción pasiva simple). A modo de excepción (como en el derecho positivo), se castiga la corrupción activa simple cuando se comete en relación con un juez y se refiere a una acción *futura*. El artículo 466 contiene una disposición (complementaria de los artículos 461 y 464) sobre la remuneración de los árbitros. La definición de la «acción del cargo» del artículo 11 de la Parte General tiene importancia para los artículos 460 y 463.

El Proyecto prevé para las diversas figuras de corrupción activa y pasiva, marcos penales cuidadosamente diferenciados. La pena de reclusión (Zuchthaus) se aplica ahora sólo a la corrupción pasiva del juez y se prevén también, en ella, casos menos graves. En el Código se castiga, en cambio, la corrupción pasiva de todo funcionario con la pena de reclusión. El Proyecto sigue también aquí su tendencia a reducir el número de crímenes (en sentido estricto).

La sistemática del Proyecto podría ser objeto de censura por dos razones, dice Schmitt.

El Tribunal Federal ha declarado en una sentencia reciente que la corrupción pasiva simple y la grave no guardan una relación de tipo fundamental y tipo cualificado. Esta doctrina, importante para la apreciación de delito continuado, ha sido acogida por la mayor parte de los autores. Algunos (Eb. Schmidt, Arthur Kaufmann, etc.) consideran, incluso, que entre el delito del artículo 331 (la corrupción pasiva simple) y el del artículo 332 (corrupción pasiva grave) del Código penal hay una diferencia esencial. Todas estas concepciones, dice Schmitt, no podrían ser mantenidas si el Proyecto se convirtiera en ley. La corrupción pasiva simple y la grave estarían reguladas en el mismo artículo. Con la pena de reclusión (Zuchthaus) desaparecería también la diferencia esencial de pena entre los dos delitos, que es una de las razones que aducen muchos autores para afirmar la diferencia esencial entre ellos. Cambiaría, además, sobre todo, dice Schmitt, la relación lógica entre los dos tipos. El Código contrapone «la acción que no es en sí contraria a deber» (art. 331) y «la acción que implica una infracción de un deber del cargo o del servicio» (art. 332). Los dos tipos se excluyen recíprocamente. El Proyecto, en cambio, habla sólo de la acción, en la corrupción pasiva simple y en la grave dice que la acción ha de ser contraria a deber. La corrupción pasiva grave aparece, pues, ahora como un caso cualificado de corrupción pasiva simple. Si se quiere evitar este resultado y sus consecuencias, dice Schmitt, es preciso que se diga expresamente en el tipo de la corrupción pasiva simple que la acción ha de ser *conforme a deber*.

Podría ser también objeto de censura, dice Schmitt, que el Proyecto necesite seis artículos de una estructura semejante, para regular la corrupción activa y la pasiva. Esta solución, poco elegante, es, sin embargo, inevitable, según él, pues para cada grupo de personas es diferente no sólo la terminología, sino también la pena.

El autor advierte que no trata de realizar un comentario exhaustivo de los preceptos del Proyecto. Quiere ocuparse únicamente de algunos problemas que pueden ser objeto de discusión en las deliberaciones parlamentarias.

Un elemento común de todos los tipos de cohecho es que el que detenta un cargo (etc.), recibe una «contraprestación» (o por lo menos) la exige o se la deja prometer). Esta contraprestación es designada en el Código con las palabras «regalo u otra ventaja». La interpretación de la palabra regalo no ha planteado dificultades, pero sí, en cambio, la de la palabra

ventaja. Se ha discutido y se discute hoy todavía si la ventaja ha de ser material, o puede ser también inmaterial. La jurisprudencia del Tribunal del Imperio (y hoy la del Tribunal Federal) ha interpretado de un modo tan amplio la palabra ventaja, que prácticamente ha sido eliminado del tipo este requisito. En vista de ello, Schmitt ve con inquietud, que en los preceptos del Proyecto se designe la contraprestación exclusivamente con la palabra ventaja. En la Gran Comisión de reforma del Código se propuso utilizar, en lugar de la palabra ventaja, la de «retribución», lo cual hubiera supuesto (de acuerdo con la definición legal del artículo 11) una exclusión de las ventajas inmateriales. Esta propuesta fué rechazada, sin embargo, por la mayoría, influyendo decisivamente en su actitud el deseo de comprender también los favores de tipo sexual y especialmente el coito. La solución más correcta hubiera sido, según Schmitt, la de utilizar la palabra «retribución» y mencionar, *además*, expresamente los favores de tipo sexual. Mediante la referencia al concepto de «acción deshonestas», podrían excluirse, además, aquellos favores que carezcan, relativamente, de importancia.

El autor considera acertada la definición de ventaja del artículo 466 para el cohecho de los árbitros. De acuerdo con ella, ventaja es sólo la remuneración realizada sin que lo sepa la otra parte y con el deseo de perjudicarla.

Si el funcionario (etc.) acepta el favor *para* la realización de la acción del cargo, la aceptación (lo mismo que las demás formas de la acción) puede preceder o seguir a dicha acción. Se habla, por ello, de una recompensa anterior o posterior. Según Schmitt (lo mismo que Eb. Schmidt y Arthur Kaufmann), sólo la recompensa anterior constituye, en rigor, cohecho. Si se incluye, sin embargo, la recompensa posterior en el concepto de cohecho (como hacen el Código y el Proyecto), no cabe duda, de que al menos en el cohecho grave, aquélla es menos peligrosa y reprochable que la recompensa anterior, pues por ésta se despierta la decisión de infringir el deber. Esta diferencia valorativa la tiene en cuenta, en parte, el Derecho positivo. El Proyecto va aún más lejos, sin embargo, que el Código en la equiparación de las dos formas de recompensa. En la corrupción pasiva no se establece ninguna diferencia entre ellas. En la corrupción activa, en principio, tampoco; sólo en el cohecho del juez se hace una excepción. Cuando el cohecho sea grave, la recompensa anterior debe ser castigada con mayor pena. Esta diferencia es, en sí, correcta, dice Schmitt, pero no hay ninguna razón para que no se aprecie también en el cohecho de los demás funcionarios. Es comprensible, en cambio, que en la corrupción activa simple del juez se castigue únicamente la recompensa previa, pues la corrupción activa simple es en general impune y es lógico que se haya querido castigar sólo su forma más grave.

El Gobierno Federal ha incluido últimamente un tercer párrafo en el artículo 460, según el cual, la corrupción pasiva simple de las personas que detentan un cargo (y también de las personas encargadas de un modo especial de un servicio público) puede quedar justificada por una autori-

zación de la autoridad competente. Esta disposición no es aplicable a la corrupción pasiva simple del juez, ni tampoco, *en ningún caso*, a la corrupción pasiva grave. Este precepto no supone ninguna innovación, pues la jurisprudencia y la doctrina reconocen ya esta causa de justificación. La opinión dominante, incluye, sin embargo, en el concepto de autorización, desde el punto de vista de la «autorización tácita» los casos en que la aceptación de recompensas por los funcionarios es usual y generalmente admitida. En estos casos, la justificación puede basarse sólo, según Schmitt, en un Derecho consuetudinario. El párrafo 3.º del artículo 460 se refiere, exclusivamente, a una autorización expresa, concedida especialmente para el caso concreto.

La autorización no puede basarse exclusivamente en el Proyecto, pues, son las leyes de funcionarios de la Federación y de los Estados federados las que deciden acerca de si es lícita la concesión de la autorización y quién es competente para darla. La regulación de esta materia en las diferentes leyes no es uniforme.

En las leyes de funcionarios, dice Schmidt, se advierte la falta de una regulación de las condiciones necesarias para la concesión de una autorización. En el Proyecto se han mencionado algunas. La autorización no puede funcionar como causa de justificación, si la persona que detenta un cargo, etcétera, ha *exigido* la recompensa. La autorización debe ser pedida, además, antes e inmediatamente después de haber aceptado la recompensa. Según Schmidt falta en el Proyecto otra condición necesaria y es la de que la recompensa ha de ser de escasa importancia.

El Autor se ocupa, por último, de las causas de la ineficacia de la autorización (engaño, amenaza, falta de información suficiente y cohecho). El peligro de esta causa de justificación, como dice Schmitt, consiste en que un funcionario «de manga ancha» conceda siempre las autorizaciones que se le pidan. Con ello dejarían de estar en vigor, en la esfera de su competencia, las disposiciones que castigan la corrupción pasiva simple (art. 331 del Código y 460 del Proyecto). Este peligro puede ser conjurado, sin embargo, según Schmidt, mediante una restricción de la facultad de conceder autorizaciones en las leyes de funcionarios.

El problema más discutido en los delitos de cohecho es, sin embargo, el de la corrupción pasiva de los funcionarios dotados de facultades discrecionales.

Los Comentarios del Código, dice Schmitt, suelen enumerar las clases de funcionarios que han sido considerados por la jurisprudencia como dotados de facultades discrecionales. Este modo de proceder es, según él, erróneo. El que un funcionario deba ser o no considerado como dotado de facultades discrecionales no depende de la índole de su actividad, o del círculo de sus atribuciones, sino del hecho, de que en el caso concreto, tuviera que adoptar una decisión, según su arbitrio, ejercido conforme a deber. Un funcionario actúa sólo en el ejercicio de facultades discrecionales, si podía elegir, en el caso concreto, dentro de un cierto margen, entre dos o más decisiones, cada una de las cuales sería conforme a Derecho.

El problema consiste en si el funcionario dotado de facultades discrecionales debe ser castigado como reo de corrupción pasiva simple o grave. De un modo mediato, se ve afectado también el ámbito de la corrupción activa punible, pues la corrupción activa simple es impune, tanto en el Código como en el Proyecto (salvo una excepción poco importante).

El caso de la recompensa *posterior* no ofrece dificultades, según Schmidt. El funcionario puede ser sólo castigado como reo de corrupción pasiva simple. La recompensa no puede haber influido aquí en su decisión. Esta es, asimismo, la opinión dominante en la doctrina y en la práctica. Algunos autores (por ejemplo, Fuhrmann) consideran, sin embargo, que la esperanza del funcionario de recibir una recompensa puede influir en su decisión. Schmitt reconoce que esto es cierto, pero observa, con razón, que no toda influencia en la decisión, de consideraciones ajenas a la materia, basta para realizar el tipo de la corrupción pasiva grave (art. 332). Es preciso que dicha influencia se deba a alguna de las acciones descritas en el art. 332 y esto sólo es posible si la decisión sigue a la aceptación (etc.). En el Proyecto 1959 II había un precepto (párrafo 1.º del art. 466), en el que se declaraba expresamente, que en caso de recompensa posterior, el funcionario dotado de facultades discrecionales podía ser sólo castigado como reo de corrupción pasiva simple. Aunque este precepto ha sido suprimido, la situación jurídica sigue siendo la misma, según Schmidt.

Los casos en que la recompensa es anterior son mucho más frecuentes y plantean una problemática especial. Prescindiendo de los supuestos de exceso del ámbito de las facultades discrecionales, que aquí no interesan, la acción que realiza el funcionario, después de haber recibido la recompensa, no se diferencia en nada de la que habría realizado, o habría podido realizar en otro caso. El funcionario se mantiene siempre dentro de sus facultades discrecionales. Podría opinarse, por ello (como hace Lange), que el funcionario es sólo responsable de corrupción pasiva simple. Este punto de vista no fue aceptado nunca, sin embargo, por el Tribunal del Imperio. Este mantuvo, desde sus primeras sentencias, el criterio de que la acción del funcionario es contraria a deber, aunque se mantenga dentro de los límites de las facultades discrecionales, si la recompensa ha ejercido una influencia en la decisión. Si la decisión no había sido aún adoptada, era preciso que la recompensa hubiera ejercido ya una influencia sobre la voluntad del funcionario, en el sentido de que hubiera decidido realizar en el futuro la acción contraria a deber. La influencia de la recompensa sobre la voluntad del funcionario tenía que ser probada.

En una sentencia de 1940, el Tribunal del Imperio suprimió, según Schmitt, este requisito de la prueba de la influencia de la recompensa sobre la voluntad del funcionario. Estableció la presunción irrefutable de que la recompensa influye *siempre* sobre la voluntad del funcionario. Algunos autores (por ejemplo, Fuhrmann, Z. Str. W. 72, 1960) han rechazado esta interpretación y afirman que el Tribunal del Imperio no ha establecido nunca una presunción irrefutable, sino únicamente un principio de experiencia. No es posible dilucidar aquí esta cuestión, pues para ello sería necesario un estudio a fondo de la jurisprudencia del Tribunal del Imperio.

El Tribunal Federal ha recogido, según Schmidt, la doctrina del Tribunal del Imperio de la presunción irrefragable.

De acuerdo con esta jurisprudencia, el funcionario dotado de facultades discrecionales debería ser castigado como reo de corrupción pasiva grave, siempre que aceptase un favor, sabiendo (aunque sólo sea con dolo eventual) que se le hace para influir en el ejercicio de su arbitrio. Bastaría, incluso, con que se diera cuenta de ello más adelante y no devolviera el regalo. No sería preciso que la recompensa hubiera influido efectivamente en la voluntad del funcionario.

La Gran Comisión de reforma del Código quiso dar primero una base legal a esta doctrina jurisprudencial e incluyó, por ello, en el Proyecto 1959 I un precepto (párrafo 1.º del art. 473), aplicable no sólo al ejercicio de las facultades discrecionales de las personas que detentan un cargo, sino también de los soldados, jueces y personas encargadas de un modo especial de un servicio público. Esta disposición pasó al Proyecto 1959 II sin modificación alguna (párrafo 1.º del art. 466). A principios de 1960 fue suprimida, sin embargo, como consecuencia, sin duda, de la crítica que había hecho Eb. Schmidt de la jurisprudencia que le servía de base.

Se creía, dice el autor, que al suprimir este precepto, la práctica volvería por sí misma a la antigua jurisprudencia del Tribunal del Imperio. Esta esperanza no se ha realizado, sin embargo. Dos sentencias de la 2.ª Sala de lo penal del Tribunal Federal, que pueden ser consideradas como una respuesta a la monografía de Eb. Schmidt (*die Bestechungstatbestände in der höchstrichterlichen Rechtsprechung von 1879 bis 1959*) no representan ningún cambio de orientación respecto a la jurisprudencia anterior. Se distancian, es cierto, dice Schmitt, de la presunción irrefragable de la influencia de la recompensa en la decisión, pero mantienen la consecuencia más importante de dicha presunción, es decir, la afirmación de que la voluntad del funcionario de cometer la infracción del deber no pertenece tampoco al tipo de la corrupción pasiva grave en el caso del funcionario dotado de facultades discrecionales. Esta doctrina implica, según Schmidt, una contradicción. La presunción irrefragable de la influencia de la recompensa en la voluntad del funcionario es, según él, el correlato necesario de la afirmación de que la voluntad del funcionario de cometer o no la infracción del deber es irrelevante. A este respecto es preciso señalar, sin embargo, que según el Tribunal Federal, el funcionario infringe ya su deber, si acepta la recompensa, sabiendo que se le hace con el fin de influir en el ejercicio de sus facultades discrecionales, pues entonces carece de la libertad interna necesaria a la hora de adoptar la decisión (véase, a este respecto, Welzel, «Das Deutsche Strafrecht», 7.ª ed. página 462; Fuhmann, *Z. Str. W.* 72, 1960 y mi recensión de este artículo de Fuhmann en el Anuario de Derecho Penal, XIV, 1961, fasc. 2.º, págs. 360-61). La infracción del deber se da, pues, según el Tribunal Federal, aunque la recompensa no ejerza de hecho ninguna influencia en la decisión.

Schmidt dice, que si se quiere acabar con la presunción irrefragable y tener al mismo tiempo en cuenta las necesidades de la práctica, es preciso incluir en el Proyecto un precepto sobre la corrupción pasiva de los

funcionarios dotados de facultades discrecionales. La fundamentación del Proyecto de 1960 insinúa la posibilidad de una regulación legal de esta materia.

El autor cree que existen dos soluciones posibles para una regulación legal. La primera es la de substituir la presunción irrefragable por una presunción *iuris tantum*. Esta es la solución que cuenta hoy con más posibilidades de aceptación, dado el estado de la doctrina. No recaería, con ello, sobre el acusado una carga de dirección de la prueba, pero sí una carga material, en el sentido de que un *non liquet* repercutiría en contra suya. Esta solución conduciría a resultados distintos de aquellos a que conduce la solución propuesta por Eb. Schmidt. Según éste, en caso de duda, el funcionario debe ser castigado como reo de corrupción pasiva simple. Según la tesis de Schmidt, la duda sobre la influencia de la recompensa en la voluntad del funcionario determina su condena por corrupción pasiva grave. Esta solución parece corresponder más a la realidad de la vida, dice Schmidt, pues no cabe negar que la recompensa ejercerá *normalmente* influencia en la voluntad del funcionario. Lo que aquí se niega es que la recompensa ejerza *siempre* dicha influencia. En el Proyecto desaparece, además, la pena de reclusión (*Zuchthaus*), que desempeña un papel decisivo en la argumentación de Eb. Schmidt.

La segunda posibilidad es la de crear un tercer tipo de corrupción pasiva para los funcionarios que actúen en el ejercicio de facultades discrecionales. En la discusión de la Comisión de reforma del Código penal, Dreher había propuesto la creación de este nuevo tipo, que tanto por su contenido de lo injusto como por su marco penal, ocuparía un lugar intermedio entre la corrupción simple y la grave. Esta propuesta de Dreher fue rechazada por la Comisión. Henkel ha hecho después una propuesta semejante, a la cual se ha adherido Stein.

Schmidt dice, con razón, que en este tercer tipo se recogerían casos de muy diverso contenido de lo injusto y la culpabilidad. Esta objeción es también, en parte, válida, según él, para la propuesta de Henkel. Es cierto que éste quiere castigar como corrupción pasiva grave, los casos en que se demuestre positivamente la influencia de la recompensa en la decisión del funcionario, pero entonces sería inadmisibles la inclusión en el tipo intermedio, de los casos en que se demuestre la inexistencia de dicha influencia.

Si se adoptase esta solución, dice Schmidt, quedarían sólo incluidos en el tercer tipo de corrupción pasiva los casos de *non liquet*, es decir, en que no pueda ser probada ni la influencia ni la falta de influencia de la recompensa en la decisión del funcionario. La corrupción activa tendría que ser sancionada entonces expresamente con pena.

Cualquiera que sea la solución que se adopte, dice Schmidt, será mejor que la falta de regulación legal.

HELLMER, Joachim: «*Hangtäterschaft und Berufsverbrechertum (Zur Anordnung der Sicherungsverwahrung)*» (Delincuentes de inclinación y delincuencia profesional.—Para la aplicación de la custodia de seguridad).

La creación de la custodia de seguridad (por la Ley contra los delincuen-

tes habituales peligrosos y sobre las medidas de seguridad y corrección de 1933) planteó un problema, que, según Hellmer, no ha sido aún resuelto: ¿qué autores son los que deben ser sometidos a esta medida? La ley no lo dice, pues el concepto de delincuente habitual peligroso, ni está definido en las normas ni es comprensible criminológicamente. Se trata de una auténtica laguna de la ley.

Las investigaciones realizadas han puesto de manifiesto que en la práctica ha habido grandes divergencias. Muchos tribunales han aplicado la custodia de seguridad en casos en que su aplicación no estaba justificada, mientras que otros han rechazado, a veces, su aplicación a pesar de concurrir los presupuestos legales. La inseguridad en la aplicación de esta grave medida ha sido especialmente grande han influido en la práctica criterios políticos y ajenos al Derecho. La custodia de seguridad debía ser aplicada, según opiniones autorizadas, a un número de autores que oscilaban entre 700 y 3.000, mientras que, en realidad, ha encontrado aplicación a unas 16.000 personas. La estadística acusa también unas oscilaciones enormes en el número anual de personas, a las que se ha aplicado la custodia de seguridad. Estas grandes oscilaciones obedecen, principalmente, según Hellmer, a la influencia de las circunstancias políticas.

Nos encontramos aquí, dice Hellmer, ante una apertura del Derecho hacia el exterior; una apertura que debía ser evitada, precisamente, en el Derecho penal. Sus causas son la falta de claridad en las ideas y la falta de madurez de este problema en la Criminología. Lange dice que el «delincuente habitual peligroso» no es un tipo criminológico, sino una «tipificación jurídica de una situación jurídicamente desaprobada». Al faltar, sin embargo, toda definición normativa de esta situación, dice Hellmer, la Ciencia tiene que recurrir a la experiencia criminológica. En este punto reina también, sin embargo, en la Criminología una gran inseguridad. Esta se advierte ya en la falta de un concepto unitario y claro, aplicable a esta clase de autores. No existe, además, acuerdo sobre los grupos de delincuentes, a los que deba aplicarse la custodia de seguridad. Estas divergencias de criterio se han reflejado en la práctica, de modo que la jurisprudencia no ofrece un cuadro unitario.

Esta laguna no se ve tampoco colmada, según Hellmer, en el Proyecto de 1960. En el art. 85 se ha sustituido simplemente el término «delincuente habitual peligroso» por el de «delincuente de inclinación». La sustitución se ha llevado a cabo, según la fundamentación del Proyecto, porque la circunstancia decisiva para la aplicación de la custodia de seguridad es la existencia de una inclinación, con independencia de que esté condicionada por la disposición del delincuente o que haya sido adquirida por la costumbre o de otro modo. Este cambio no representa, según Hellmer, ningún progreso, pues el concepto de «delincuente de inclinación» no es más preciso que el de «delincuente habitual peligroso».

Si la custodia de seguridad, dice Hellmer, no sólo debe ser conservada en el futuro, sino que se debe aumentar, incluso, su eficacia, es preciso resolver, por fin, el problema de cuáles sean los autores a los que deba ser aplicada. Es inadmisibles, desde el punto de vista del Estado de Derecho y de la política criminal, que una medida de esta gravedad se aplique a un grupo

de autores, que, según las diversas interpretaciones, oscila entre 700 y 1.600 personas. Sólo es posible remediar esta situación, según Hellmer, restringiendo radicalmente el círculo de autores a los que deba aplicarse la custodia de seguridad, mediante una modificación de sus presupuestos legales y no confiando simplemente en la aprensión de los jueces a aplicarla. Esta rescisión es, además, necesaria para devolver a esta medida su carácter de Derecho de excepción, su función pedagógica «como ultima ratio» y aumentar su poder de intimidación. Ha sido precisamente su extensión a una masa incontrolable de autores, la que ha apartado a esta medida de su fin originario de intervenir cuando ya ninguna pena pudiera ser eficaz. Hoy corre, incluso, el peligro de convertirse en un mero expediente para una agravación de la pena, cuando ésta no sea posible de acuerdo con las reglas de medición.

La restricción del círculo de autores puede ser conseguida haciendo más rigurosos los requisitos objetivos o los personales. Tanto la Ley contra los delincuentes habituales peligrosos como el Proyecto 1960 aplican un método mixto: debe darse una cierta acumulación de hechos delictivos (requisito objetivo) y el autor debe reunir, además, la condición de delincuente habitual peligroso o de delincuente de inclinación (requisito personal). En cuanto a los requisitos objetivos, el Proyecto (art. 85) exige ahora, acertadamente, una inclinación a cometer delitos «importantes». Este requisito faltaba en el artículo 20 a) del Código. Queda todavía la duda, sin embargo, dice Hellmer, de si la importancia del delito ha de ser medida con criterios objetivos y abstractos o subjetivos y concretos.

La restricción ha de basarse principalmente, según Hellmer, en los requisitos personales. La custodia de seguridad no puede ser aplicada a todo delincuente plurirreincidente, cuyos delitos tengan una cierta importancia. La necesidad de la medida debe derivarse de una característica de la personalidad del delincuente. Hasta ahora nos falta, dice Hellmer, esta característica. La habitualidad y la inclinación significan, sin duda, algo más que la mera reincidencia, pero estos conceptos dicen demasiado poco, para que puedan destacarse suficientemente de la simple reincidencia y evocar una imagen independiente.

Los conceptos de delincuente habitual peligroso y delincuente de inclinación comprenden, además, dos tipos completamente diferentes de autores. Esto no ha sido visto, o al menos considerado suficientemente, hasta ahora, según Hellmer. Este recurre a una distinción de dos grupos principales de delincuentes crónicos, conocida hace ya tiempo en la Criminología, pero de la cual no se habían deducido hasta ahora consecuencias para la doctrina del delincuente habitual peligroso. Se trata de la diferencia entre el delincuente crónico por debilidad de la voluntad y el delincuente crónico por dirección de la voluntad. El primero es el delincuente de inclinación, dice Hellmer, y el segundo el delincuente profesional.

El delincuente de inclinación tiende, por la debilidad de su voluntad, a una vida parasitaria, sucumbe fácilmente a las malas influencias del exterior y no logra volver nunca por propio esfuerzo a una vida ordenada (que exige una constante actitud defensiva frente a las tentaciones). Su defecto personal principal consiste en su excesiva dependencia del mundo circundante.

y en que se deja seducir con gran facilidad. El delincuente de inclinación no es, por ello, dice Hellmer, un tipo específico del delincuente crónico. El delincuente ocasional y el delincuente habitual representan sólo dos grados de la criminalidad por debilidad de la voluntad (Aschaffenburg).

El delincuente profesional no tiene, en cambio, según Hellmer, ninguna inclinación, o en todo caso no tiene sólo una inclinación, sino que actúa en virtud de una determinada voluntad. Existe una relación entre su voluntad y la comisión de delitos. Ha adoptado conscientemente una decisión en favor de la vida criminal. El delincuente profesional es un tipo activo y, además, un especialista. Comete siempre delitos semejantes y, además, en una forma especializada. No actúa, como el delincuente de inclinación, bajo la influencia de la excitación momentánea, sino que planea cuidadosamente sus delitos y utiliza las relaciones personales que puedan facilitar su comisión. Esta diferencia influye también en la importancia de los delitos. El delincuente de inclinación, al delinquir, quiere satisfacer sólo necesidades momentáneas. El delincuente profesional actúa, en cambio, por codicia. El delincuente profesional se caracteriza, además por su superioridad frente a las demás personas que puedan participar en la comisión del delito y por el empleo de instrumentos.

El delincuente profesional se distingue, pues, según Hellmer, de la masa de los delincuentes crónicos, por su voluntad. Este concepto coincide esencialmente con la noción de delincuente habitual peligroso formulada, hace ya tiempo, por H. Mayer. Delincuente habitual peligroso es, para H. Mayer, el que ha cometido delitos importantes, con la voluntad de repetir constantemente la comisión de delitos. Hellmer se aparta aquí del concepto de delincuente profesional dominante en la Criminología. La opinión dominante considera que delincuente profesional es el que vive sólo, o casi exclusivamente, del producto de los delitos que comete. Este concepto tiene, según Hellmer, el inconveniente de que no permite distinguir claramente al delincuente profesional del delincuente de inclinación, pues éste vive también muchas veces del producto de su delito (el mendigo-ladrón, el estafador ambulante, etc.). La adopción de este concepto por el Proyecto, al regular la agravante de profesionalidad en el hurto, conduce, por ello, en muchos casos a un tratamiento político-criminalmente erróneo. La inclinación al delito no puede ser combatida con penas más graves. La agravación de la pena exige, además, una mayor culpabilidad y ésta no puede derivarse de la significación material del producto del delito para el autor, sino de su voluntad criminal.

La custodia de seguridad debe aplicarse exclusivamente, según Hellmer, a los delincuentes profesionales. Los delincuentes de inclinación no necesitan ser separados de la sociedad, sino ser integrados en ella. Requieren apoyo y ayuda dentro de la sociedad, para facilitarles la vuelta a una vida ordenada. Su falta de integración (necesaria para contrarrestar la debilidad de su voluntad) y no la ruptura consciente de sus vínculos con la sociedad, es la causa de que reincidan. El encerrar a estos delincuentes, de modo perpétuo, o por un cierto número de años —prescindiendo, de momento del problema de la justicia— sería completamente contraproducente. La forma de ejecución de la custodia de seguridad, semejante a la reclusión, sólo puede estar justificada, por otra parte, frente al reducido grupo de los delincuentes profesio-

nales. La sociedad no puede defenderse frente a ellos de otro modo. El aplicar también esta medida a la masa de los delincuentes de inclinación equívaldría a matar gorriones con cañones.

En la práctica de la custodia de seguridad, desde 1934, se advierte, en cambio, según Hellmer, que los tribunales han aplicado esta medida a un número reducido de delincuentes profesionales y a una parte de la gran masa de los delincuentes de inclinación.

La regulación del Proyecto 1960 necesita ser modificada, según Hellmer, en dos puntos. En primer lugar, es preciso reducir el ámbito de esta medida a los delincuentes profesionales.

La relación de la voluntad con la vida criminal, que caracteriza a los delincuentes profesionales, se da desde el principio y no sería, por ello, necesario exigir la comisión previa de tres delitos dolosos (como nace el Código vigente). No obstante, dada la prioridad de la pena en nuestro sistema penal, debería exigirse, dice Hellmer, que el autor haya expiado anteriormente, por lo menos, una pena larga de prisión o reclusión. Esto parece también aconsejable, porque el delincuente profesional, dada su mayor inteligencia, es más sensible, regularmente, al efecto intimidante de la pena. Hellmer considera, por ello, errónea la innovación del Proyecto, de permitir la aplicación de la custodia de seguridad sin necesidad de ninguna condena anterior.

Debería exigirse también, según Hellmer, para la aplicación de la custodia de seguridad, que los hechos delictivos presenten las características de los delitos de los delincuentes profesionales.

Mediante esta combinación de delincuente profesional y comisión de delitos importantes se garantizaría mejor una aplicación de la custodia de seguridad admisible en un Estado de Derecho y político-criminalmente eficaz. Al quedar reducido el círculo de autores a los que se debe aplicar esta medida, desaparecería también la aprensión de los jueces a aplicarla. Estos tendrían la seguridad de que su aplicación es necesaria, pues el delincuente profesional no puede ser tratado de otro modo.

Para los delincuentes de inclinación son necesarias, según Hellmer, medidas de tipo tutelar. No basta la mera vigilancia. Es necesaria una ayuda eficaz para su inserción en la vida social. La experiencia con los delincuentes de inclinación, salidos de la custodia de seguridad, lo confirma. La mayor parte de ellos vuelven pronto al establecimiento penitenciario, si no se ha producido un cambio radical en su mundo circundante. El mayor porcentaje de éxitos se da, precisamente, en los delincuentes que estuvieron internados en colonias de trabajo.

La fórmula de tratamiento de los delincuentes de inclinación es, según Hellmer, la libertad dirigida. A este régimen de libertad a medias se aproximan bastante los establecimientos de tutela del artículo 82 (párrafo 2.º) del Proyecto 1960. Los delincuentes de inclinación deberían ser internados en ellos, mientras no se disponga de otra medida menos rigurosa para colocarles en un medio social sano. En estos establecimientos el ambiente no es completamente idéntico al de la vida social, pero otra cosa tampoco sería posible, dada la índole de estos delincuentes.

El Proyecto de 1960 sólo permite, sin embargo, el internamiento en un establecimiento de tutela en caso de inimputabilidad o imputabilidad disminuída del autor. Aunque algunos criminólogos (Frey) opinen, que todos los delincuentes habituales son psicópatas, es evidente, dice Hellmer que esta psicopatía, en sentido caracterológico y no psiquiátrico (H. Mayer) no sería reconocida nunca, o sólo en casos excepcionales, como causa de inimputabilidad o imputabilidad disminuída. Los establecimientos de tutela del artículo 82 del Proyecto están, pues, cerrados a la masa de los delincuentes de inclinación. El requisito de la inimputabilidad o de la imputabilidad disminuída debería ser, por ello, suprimido.

En general, dice Hellmer, se ha de seguir la tendencia opuesta al Proyecto: ampliar la base de los establecimientos de tutela y reducir la de los establecimientos de custodia. Con ello, el problema de la justificación de la custodia de seguridad no quedaría resuelto, pero perdería importancia. Según Hellmer (como H. Mayer) no es posible justificar esta medida desde el punto de vista ético y del Estado de Derecho. A mi juicio esta justificación es posible, si la privación de la libertad exterior corresponde a la falta de libertad interna (Welzel) y la ejecución de la medida está orientada en la necesidad de una individualización (Eb. Schmidt).

Hellmer se plantea, por último, el problema de si es realmente necesaria una medida de seguridad para los delincuentes profesionales, una vez que el Proyecto ha establecido en algunos delitos una agravante de profesionalidad. Hellmer cree que sí. La comisión de delitos de modo profesional no coincide, según él, necesariamente con la condición del autor de delincuente profesional del mismo modo que en el Derecho vigente la comisión habitual de delitos no implica siempre que el autor sea un delincuente habitual peligroso. No es necesario ahondar, sin embargo, en este problema, de si y hasta qué punto existe una diferencia interna entre la comisión profesional de delitos y la condición de delincuente profesional del autor, pues existen suficientes diferencias externas. La gravación de la pena obedece a la mayor culpabilidad, mientras que la medida de seguridad se orienta en la peligrosidad del delincuente. La agravante de profesionalidad es aplicable sólo en ciertos delitos (hurto grave, robo, recepción y estafa), mientras que la medida puede ser aplicada en todos los demás casos. La medida puede estar indicada, además, en todos aquellos casos en que el autor carece ya de sensibilidad para la pena.

La sección de Derecho comparado está encabezada por un artículo de:

LITNER, Klas. «Karl Roeder ein vergessener Gefängnisreformer (Carlos Roeder, un reformador penitenciario olvidado).

El artículo de Litner tiene para el penalista español un interés especial, pues Roeder y su maestro Krause ejercieron sobre la ciencia penal española de fines del siglo pasado y principios de este una influencia decisiva. De esta influencia nació la escuela correccionalista española.

El autor hace, en primer lugar, una breve biografía de Roeder y una síntesis 'del pensamiento' de su maestro Krause. A continuación pasa a estudiar la obra de Roeder. Se ocupa, en tres apartados, de sus ideas sobre los problemas generales del Derecho, de sus teorías penales y de su pensamiento como reformador penitenciario.

Las ideas de Roeder sobre los problemas generales del Derecho se basan, en su mayor parte, según Lithner, en las antiguas teorías iusnaturalistas. Las teorías penales de Roeder le merecen a Lithner mayor atención. Estas teorías culminan, como es sabido, en la concepción de la pena como tutela y corrección del delincuente. Al tratar de hacer una síntesis del concepto de la pena de Roeder, Lithner reproduce la que hiciera Giner de los Ríos: Restricción de la libertad del individuo para mantenerle alejado de las causas que contribuyeron a su caída, formación educativa de sus hábitos y tratamiento curativo de las personas necesitadas de él. No importa que el delincuente, como consecuencia de la situación de su voluntad individual sienta la pena como un mal. La ejecución de una pena de prisión debe ser concebida como un tratamiento saludable de reforma.

Roeder se interesó también por los problemas penitenciarios y fué un defensor ardiente del llamado sistema de Pensylvania, o sistema celular. A este aspecto de su obra es al que Lithner dedica una mayor atención. Recoge los argumentos de Roeder en favor del sistema de Pensylvania, expuestos reiteradamente en sus diversos libros y relata su labor en pro de la difusión de dicho sistema en varios congresos penitenciarios internacionales y en coloquios de prisiones. Lithner recuerda la influencia de Roeder en el triunfo del sistema celular en Alemania.

La influencia de Roeder fue mayor, en general, en el extranjero que en Alemania. Lithner estudia esta influencia de Roeder en el extranjero, destacando, con justicia, su influencia en España. Esta influencia se advierte, incluso, según él, en la práctica, es decir, en la importancia del sistema celular en las prisiones —especialmente en las prisiones centrales de las capitales— de España y de los países hispanoamericanos. Esta última afirmación es inexacta, sin embargo, en lo que a España se refiere. El sistema celular no se implantó en nuestro país, principalmente por falta de medios económicos. sólo en la Cárcel Modelo de Madrid se hizo un ensayo que no dió resultado (Véase a este respecto; Antón Oneca, Derecho Penal, Parte General, pág. 505).

Las teorías de Roeder tuvieron un eco escaso en Alemania. Muchos autores no le mencionaban y otros criticaron sus doctrinas. La mayor parte de las críticas —que reproduce Lithner— subrayaban la unilateralidad con que Roeder destaca el fin de la corrección y consideraban que con ello hacía impracticable su doctrina.

Lithner considera injusto el olvido de Roeder. Su mérito más importante consiste, según él, en su lucha en favor del sistema celular: Este sistema, a pesar de sus defectos, representó entonces en Alemania un notable progreso y no carece aún hoy de importancia.

Lithner destaca el mérito de Roeder de haber señalado el carácter jurídico de la relación del Estado y el ciudadano que cumple una condena y de

haber contribuido, con ello, a mejorar la suerte de los presos. La concepción de la pena como tutela no se ha extinguido tampoco del todo, dice Lithner, como lo demuestra el reciente libro de Roche, un prestigioso psiquiatra norteamericano, que defiende esta doctrina en una forma moderna.

Completan la sección de Derecho comparado un artículo del Prof. Andenaes (Oslo), «Die norwegische Strafgesetzgebung 1933-1960» («La legislación penal noruega de 1933 a 1960») y la traducción al alemán de la «Ley provisional para la modificación y derogación de algunas disposiciones de la Constitución turca de 1924» (Ley núm. 491) hecha por el Prof. Ayhan Onder de la Universidad de Estambul.

JOSÉ CEREZO MUR

ARGENTINA

División del Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas.

Núm. 4. La Plata, 1960.

FREINDENBERG, Isaac: «Establecimientos penales y correccionales abiertos para la readaptación psicosocial de la mujer delincuente»; págs. 23-31.

Parte de la necesidad de aprovechar el tiempo de reclusión para la reeducación del delincuente. También presupone que el establecimiento penitenciario abierto no es para todos los delincuentes indistintamente y que exige, por lo mismo, serio estudio en su instalación material (evitar murallones, etc.) y en la selección tanto de personal (para el que postula un estudio preparatorio de tres años), como de las reclusas. Estas deberían ser clasificadas rápidamente para evitar el influjo pernicioso de las más corrompidas, y sometidas a un estudio disposicional y ambiental, que posibilite su readaptación.

BLANDURNI, Oscar C.: «Caracteres de la delincuencia femenina en la Provincia de Buenos Aires»; págs. 43-62.

Sobre las estadísticas delincuenciales de la Provincia bonaerense en el quinquenio 1950-54 construye el autor un ponderado y sugestivo estudio.

En primer lugar, compara la delincuencia femenina con la masculina. Ante todo numericamente: sobre la base generalmente admitida de que la primera es sólo un 20 por 100 de la segunda, examina las explicaciones dadas y su inconsistencia. Registra en seguida el coeficiente sorprendentemente bajo en Bueno Aires (6,22 por 100), lo que parece cuenta con otras observaciones anteriores a su favor. Luego compara los índices de reincidencia, libertad condicional y delincuencia juvenil (14-22 años) con ventaja de la mujer, si se exceptúa el último aspecto. Pasa finalmente a examinar la clase de delitos en que caen ambos sexos, con el sorprendente resultado de que no varía sensiblemente el orden, si se exceptúan los que sólo pueden ser cometidos prácticamente por uno de los sexos.