

REVISTA DE REVISTAS

A L E M A N I A

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Volumen 73 (1961), fascículo 4; volumen 74 (1962), fascículo 1;

Volumen 73 (1961), fascículo 4

HANS-HELMUTH GÖRCKE: «Weisungsgebundenheit und Grundgesetz» (Sujeción a instrucciones y ley fundamental).

La ley fundamental de Bonn determina en su artículo 97 la independencia del poder judicial ante el ejecutivo: los jueces están sometidos sólo a la ley. El autor se ocupa del problema de si es compatible en un Estado de Derecho que los representantes del Ministerio fiscal estén sujetos a las instrucciones de sus superiores (del ministro de Justicia federal y de los ministros de Justicia de los Länder, por una parte, y, por otra, de los superiores dentro del Ministerio fiscal), tal como se determina en los párrafos 146 y 147 del GVG. Parece, además, que es difícil armonizar esta sujeción con el principio de legalidad consagrado en el párrafo 152 de la StPO.

Görcke opina que la actividad del Ministerio fiscal ha de ser considerada como parte de la «Rechtsprechung» (jurisprudencia) —este es el término que emplea la Constitución alemana al prescribir la independencia del poder judicial—. El Ministerio fiscal pertenece, por consiguiente, a los «órganos especiales» de la jurisprudencia de los que habla el artículo 20 de la ley fundamental de Bonn. El autor rechaza la opinión minoritaria de que el Ministerio fiscal no es parte integrante del poder jurisprudencial.

En las páginas 590 y siguientes estudia Görcke si es compatible la actual organización del Ministerio fiscal con los principios proclamados en la ley de Bonn, respecto de los órganos de la jurisprudencia. La sujeción más criticada en la doctrina —por tratarse de una influencia extraña— es la sujeción ante los ministros de Justicia; la jerarquía dentro del Ministerio fiscal no ha sido rechazada nunca de modo tan absoluto.

Tras un breve examen histórico (indicaciones en la nota 116), el autor muestra que tanto la jurisprudencia actual, como la doctrina están de acuerdo en rechazar que la sujeción a las instrucciones del ministro de Justicia pueda ir tan lejos que sea violado el principio de legalidad. Es indiscutible, continúa el autor, que son antijurídicas aquellas instruccio-

nes que constituirían delito en sentido de los párrafos 344 y 346 del StGB.

Görcke intenta determinar más detalladamente los casos concretos en que la sujeción a instrucciones debe de retroceder ante el principio de legalidad (pág. 596 y sgs.). Apela al legislador para que intervenga determinando el alcance y los límites de la facultad ministerial. Y ello por dos motivos: primero, dice, porque la situación es hoy en Alemania confusa; segundo, para evitar que en un incierto futuro —el autor hace referencia a los abusos cometidos durante la época de la dictadura nacionalsocialista— el poder ejecutivo pueda caer en la tentación de abusar de sus atribuciones.

De modo distinto juzga Görcke la sujeción de los fiscales ante sus superiores dentro del mismo Ministerio fiscal. Los superiores son aquí también fiscales, y no órganos del ejecutivo; aunque, desde luego, la sujeción sigue teniendo su límite, aquí también, en el principio de legalidad. En aquellos otros casos en que no se ponga en peligro el principio de legalidad, opina el autor que el derecho de devolución y sustitución puede constituir un medio eficaz para evitar conflictos de conciencia, cuando surjan diferencias entre representantes del Ministerio fiscal de distinta jerarquía.

JOHANNES FEIGE: «Der Individualisierungsgedanke im Vollzug der Freiheitsstrafe» (La idea de individualización en la ejecución de la pena privativa de libertad).

Feige señala que la idea de individualización está en íntima relación con la de la prevención especial, y que a partir del siglo XIX se convierte en una exigencia de política criminal.

La individualización en la ejecución de la pena consiste en un tratamiento adecuado a las particularidades del recluso. Ello requiere una clasificación, fundamentada criminológicamente, de los delincuentes; la clasificación debe ir más allá que la fundada simplemente en la edad, sexo y anterior vida delictiva.

El núcleo fundamental de todo trabajo de individualización reside en hacer ver al recluso las causas de su fracaso y en hacerle consciente de su culpabilidad; todo ello con el fin de que reconozca la justificación de la pena impuesta. Es decir, hacer ver al delincuente —siempre dispuesto a quitar importancia a su acto— su responsabilidad por el delito. Para ello hay que luchar contra otras influencias, de signo contrario, a las que está sometido: la influencia de los parientes y la de los compañeros de prisión.

A la individualización en la ejecución de la pena se oponen, según el autor, dos grupos de dificultades. En primer lugar: queda aún mucho por hacer antes de que se consiga una clasificación científicamente aceptable; en segundo lugar: hay que superar las objeciones de las personas de prisiones, demasiado apegado al tradicionalismo.

El autor termina aludiendo a las críticas que se oponen a la idea de

individualización: posibilidad de error y necesidad de una cierta esquematización. Sin embargo, Feige no considera que tales problemas sean insuperables.

OTTO REIGL: «Sinn der Strafe und Strafrechtsreform» (Gedanken zum Entwurf eines neuen Strafgesetzbuches)» (Sentido de la pena y reforma del Derecho penal. Meditaciones sobre el proyecto de un nuevo código penal).

Empieza indicando Reigl el motivo principal de la reforma de 1960. La opinión general, a la que se adhiere la fundamentación del proyecto, estima necesario un nuevo código para superar las contradicciones existentes en el vigente código y que son consecuencia de las diversas reformas parciales que éste ha sufrido.

En el proyecto de 1958 el párrafo 2 determinaba que la pena no podría exceder en ningún caso, del grado de culpabilidad del autor. Al principio de culpabilidad se refiere ahora el párrafo 60 del proyecto de 1960: «La culpabilidad del autor es la base para la medición de la pena». Con ello se quiere decir, como inequívocamente indica la fundamentación del proyecto, que el castigo puede ser, en determinados casos —por ejemplo: por motivos de prevención especial, para establecer un escarmiento—, superior a la culpabilidad del delincuente. Reigl rechaza enérgicamente esta disposición del proyecto.

La sección bibliográfica está dedicada a Filosofía del Derecho. Consiste en dos recensiones de Klug sobre los magistrales libros de Engisch: *Logische Studien zur Gesetzanwendung und Einführung in das juristische Denken*. Los dos han alcanzado ya su segunda edición.

En la sección de Derecho comparado figuran: un artículo de Edvard Hambro dedicado a los conflictos que pueden surgir entre el derecho de asilo y el deber de extradición; otro de Reino Ellilä que se ocupa de la dignidad humana y la protección a la libertad personal en Derecho penal finlandés; y, por último, unas notas de Hans Joachim Schneider sobre el VI Congreso Internacional de Defensa Social celebrado en Belgrado y Opatija. Finaliza la sección con recensiones de libros extranjeros.

Volumen 74 (1962), fascículo 1

Empieza el fascículo con dos notas necrológicas en memoria de los maestros Mezger y Sauer.

FRIEDRICH SCHAFFSTEIN: «Die Behandlung der Heranwachsenden im künftigen Strafrecht» (El tratamiento de los semiadultos en el futuro Derecho Penal).

En el derecho alemán vigente se aplica a los semiadultos (delincuentes entre dieciocho y veintiún años) el Derecho penal de adultos. El párrafo 105 de la JGG determina que en dos casos, sin embargo, excepcionalmente, el semiadulto quedará sometido al Derecho penal juvenil, las excepciones:

son: primera, cuando el autor al tiempo del hecho pueda equipararse en su desarrollo moral o intelectual a un juvenil —Jugendlicher— (delincuente entre los catorce y los dieciocho años), y segunda, cuando por la clase, circunstancias o móviles el hecho sea considerado como un desliz de juventud.

Schaffstein había propuesto en octubre de 1956, en Marburg, modificar el vigente sistema. Según él había de aplicarse a los semiadultos, por principio, el Derecho penal juvenil; sólo en dos casos estaría sujeto al Derecho penal común, a saber: cuando siendo necesaria una pena de privación de libertad no sean apropiadas las penas de privación de libertad del Derecho penal juvenil, y cuando las penas de Derecho penal juvenil no sean suficientes para retribuir el hecho por tratarse de un delito especialmente grave. Schaffstein proponía, por consiguiente, en Marburg, que lo que hasta ahora había sido la regla se convirtiese en la excepción y viceversa.

Schaffstein vuelve a considerar el problema de nuevo teniendo en cuenta las experiencias de los últimos años y presentando unas estadísticas del desarrollo de la criminalidad en los semiadultos (pág. 3-4) que manifiestan un considerable aumento. De entre la multitud de causas que pueden haber contribuido a este crecimiento destaca el autor el hecho de que los años de la infancia de los actuales semiadultos tuvieron por marco los difíciles tiempos de la guerra y de la postguerra.

Criticando la vigente regulación indica Schaffstein las dificultades que se le presentan al juez para determinar en el caso concreto si concurre o no una de las excepciones previstas por la Ley. El autor pasa a examinar los motivos que suelen influir para que los tribunales apliquen Derecho penal común o juvenil (Pág. 8-10), concluyendo que los jueces no aplican los criterios de la JGG, sino otros de muy diversa índole.

De *lege ferenda* parece existir unanimidad en que: el parágrafo 105 debe de ser reformado en el sentido de aplicar a los semiadultos, por principio, el Derecho penal juvenil. Numerosos estudios han demostrado que la aceleración en el desarrollo físico de la juventud actual no va a acompañar por una pareja aceleración en el desarrollo espiritual e intelectual; conviene por ello, porque la corrección de los semiadultos es aún posible, aplicarles el Derecho penal juvenil, cuya razón de ser es precisamente la de anteponer a cualquier otro criterio el de la corrección del delincuente.

Schaffstein abandona en este artículo la tesis que defendió en Marburg, y se declara por una total aplicación —sin excepciones— del derecho penal juvenil a los semiadultos. Schaffstein cree que la introducción de excepciones crearía las mismas dificultades que ahora existen para el juez en determinar si en el caso concreto concurre alguna de ellas o no. El autor propone otra solución: enriquecer el Derecho penal juvenil, cuando se aplique a semiadultos, con penas y medidas de seguridad de Derecho penal de adultos.

WERNER HARDWING: «Vorsatz bei Unterlassungsdelikten» (Dolo en los delitos de omisión).

El artículo se basa en una ponencia del autor pronunciada en Mainz en mayo de 1961.

Para Hardwig, el libro de Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, es una de las obras cumbres de la dogmática jurídico-penal de los últimos años. Tanto si se está de acuerdo con sus resultados como si no

Radbruch escribía, hace ya más de cincuenta años, que no era posible encajar la acción y la omisión dentro de un concepto genérico que abarcara a las dos. Como no es posible hacerlo con a y no a. La monografía de Kaufmann, dice Hardwin, es una ejemplificación de esta tesis. Por no existir un denominador común es difícil de encajar la omisión conceptos que se han creado pensando en la acción; así sucede con el dolo, la tentativa, la complicidad, etc.

Hardwig trata en su artículo de uno solo de estos puntos: de si son posibles delitos dolosos de omisión. Armin Kaufmann lo niega.

Para Kaufmann voluntad es voluntad de realización. Y sólo una acción puede realizarse. Realización es, según el discípulo de Welzel, una intervención positiva en la realidad, dirigida finalmente; un causar dirigido. Kaufmann dice: «Una voluntad de realización que quiere no realizar y que se realiza no realizando, se contradice a si misma». Según Kaufmann lo que se llama omisión dolosa es, realmente, solo omisión consciente, es decir: omitir sabiendo que se tiene un poder final de actuar. No hay, por consiguiente, omisiones dolosas, pues: el querer necesario para que haya dolor sólo se da cuando se quiere *realizar* algo; pero la omisión *no realiza* nada, ya que entre ella y el resultado no hay relación de causalidad. Este querer en sentido de realización (causación) de un resultado, sólo es posible en la acción. Sólo ésta puede ser querida y por tanto, dolosa. Hasta aquí Armin Kaufmann.

Hardwig critica esta tesis. Kaufmann divide la voluntad en dos aspectos: interior (finalidad) y exterior (realidad). Es evidente que tal concepto de voluntad está construido pensando en la acción, dice Hardwig. Por ello no puede ser aplicado a la omisión: pues si la realidad —continúa Hardwig— es considerada como un puro acontecimiento causal, en el que el querer es la fuerza que la mueve, entonces no puede haber una omisión querida. Pero el que la omisión sea en la realidad un nada absoluto, sólo es correcto —opina Hardwin—, si bajo realidad se entienden exclusivamente acontecimientos causal-materiales. En un terreno causal el concepto de omisión es absurdo, pero no en un terreno final. Por ello, indica Hardwig, sorprende que este concepto de voluntad proceda de un finalista, no de un causalista.

Hardwig reconoce —y este punto no es hoy discutido por nadie que en el terreno causal la omisión es un nullum absoluto. Pero si la realidad se entiende como una relación causal y final, entonces la omisión no es un nada, sino un algo muy importante.

Hardwig se ocupa después de cuándo tiene sentido hablar de omisión. Omitir no equivale a no hacer. Si X pregunta a Y: ¿Qué está haciendo Z en este momento? Y contesta: Z no hace nada, duerme, sería absurdo decir. Z omite toda actividad. Si X pregunta a Y: ¿Está mirando Z por la ventana?, e Y contesta: Z no mira por la ventana, no tiene sentido decir: Z omite mirar por la ventana. Un no-hacer determinado

es sólo omisión, cuando desde un punto de vista final, por cualquier motivo se está esperando un hacer. La acción esperada y la acción ordenada son en Derecho idénticas. Visto desde este aspecto final la omisión es todo menos un nada. El motivo de muchos percances son omisiones. Lo cual no quiere decir, que la omisión cause el percance. Pero la omisión, escribe Hardwig, puede ser el motivo final de un resultado, si la acción esperada hubiese podido evitar el resultado. Con estos argumentos está Hardwig rechazando, al mismo tiempo, la opinión de Kaufmann (*Die Dogmatik*, páginas 49 y sgs.) de que la omisión es un concepto ontológico. Hardwig sostiene, apoyándose en el sentido que las palabras tienen en el lenguaje, que hablamos de omisión sólo cuando por cualquier motivo (jurídico o no-jurídico) se esperaba una acción. En otro caso no decimos que alguien ha omitido algo, sino que alguien no ha hecho algo.

Se podría argumentar, prosigue Hardwig, que la omisión es una cosa puramente pensada, un simple concepto pensado, que no tiene nada que ver con la realidad. Esto implicaría que en la realidad no se podrían encontrar nunca omisiones, que en la realidad no podría constatarse si ha habido omisión o no. Pero no es este el caso, escribe el autor. Que hay una omisión se comprueba sólo en la realidad; sin realidad no podríamos nunca constatarlo. La acción ordenada o esperada es, desde luego, sólo una acción pensada; pero si esta acción ha tenido o no lugar, es algo que sólo en la realidad puede comprobarse. Si se comprueba que en una cierta situación no ha tenido lugar la acción pensada, la omisión es una omisión real, no una pensada. La omisión es realidad, es decir: un hecho dado y constatable en el mundo positivo; un hecho que no es causal, pero que es un hecho desde un punto de vista final. Porque las omisiones son un algo en el aspecto final humano, es posible calificarlas de lesiones jurídicas, de acontecimientos en el suceder jurídico, de delitos. Jurídica y finalmente ha pasado algo cuando un guardabarrera no cierra el paso a nivel al aproximarse el tren. Aunque parezca paradójico, escribe Hardwig, un no suceder (en el terreno causal) puede ser un suceder (en el terreno final).

El hombre es un ser colocado ante la decisión, continúa el autor. En todo caso de decisión, hay, por lo menos, dos posibilidades. La alternativa más simple —está contenida en toda decisión— consiste en hacer o no hacer algo determinado. No se puede negar, opina el autor, que también hay decisión de voluntad cuando el hombre se decide a no hacer algo determinado. El no hacer descansa en una decisión de la voluntad. No es, por tanto, correcta la opinión de Kaufmann, afirma Hardwig, de que sólo existen omisiones conscientes o inconscientes: las conscientes descansan en una auténtica decisión de voluntad que no se diferencia en nada de la decisión por un hacer. Tanto si se actúa, como si se omite, en los dos casos, el autor tiene una decisión de voluntad que realiza por medio de un comportamiento determinado (un hacer o un omitir). Hardwig llega, así, a la conclusión de que hay omisiones voluntarias.

¿Quiero esto decir que hay omisiones dolosas? Kaufmann identifica, siguiendo una vieja costumbre. *Willentlichkeit* (voluntariedad) con *Vorsatz* (dolo). Esta identificación conduciría al extraño resultado —dice Hardwig— de que las lesiones culposas de bienes jurídicos que descansan

en movimientos físicos queridos, deberían de ser calificadas de acciones dolosas (es decir: voluntarias). Pero ningún jurista dice: El conductor C ha lesionado a X imprudentemente por medio de una acción dolosa. En estos casos se habla de acción culposa, no de acción dolosa. Y como acción es, por definición, un movimiento físico conducido por la voluntad, es posible que «doloso» y «voluntario» sean expresiones idénticas.

Hardwig al incluir la conciencia de la antijuridicidad en el dolo, tiene que rechazar la postura del finalismo ante el problema del error, es decir: la teoría de la culpabilidad. Niega que sea posible un dolo sin conciencia de la antijuridicidad, pues ello sólo es admisible si se consideran sinónimos dolo y voluntad. Que esto no puede ser correcto lo demuestra, cree Hardwig, el que no siempre que se habla de acción voluntaria pueda ser substituída esta expresión por acción dolosa. Los delitos culposos son, por ejemplo, acciones voluntarias, pero no acciones dolosas.

WERNER SCHMID: «Bedingter Handlungswille beim Versuch und im bereich der strafbaren Vorbereitungshandlungen» ('Voluntad condicionada de obrar' en la tentativa y en el campo de las acciones preparatorias punibles).

Empieza el autor exponiendo lo que es la voluntad condicionada de obrar, sirviéndose de un caso resuelto recientemente por la jurisprudencia alemana: varios reclusos habían acordado realizar un robo en el caso de que pudiesen escapar de la prisión. El Tribunal Supremo federal ha condenado en este caso por conspiración en relación con el delito de robo.

El autor, tras exponer la confusa postura de la doctrina ante el problema, cree poder distinguir entre los siguientes casos —dentro de lo que se califica unitariamente de voluntad condicionada de obrar—:

a) El estado de indecisión, de mera inclinación al hecho

Si el autor está indeciso, si todavía no sabe si va a cometer el hecho o no, su conducta no es punible. Así, por ejemplo, cuando el autor abre un agujero en la puerta del sótano, a fin de poderse después decidir si va a cometer el delito o no. El que así obra no ha decidido todavía a favor ni en contra del delito. El autor no se dice: si se da tal circunstancia, cometo el hecho, sino: después de examinar las circunstancias me decidiré o no a cometer el hecho. La conducta no es punible.

b) Hay decisión de obrar para el caso de que exista una circunstancia que el autor sabe que no es segura, que es hipotética.

El autor se decide a cometer el hecho, pero sabe que si se presenta tal circunstancia, que todavía no es segura, no podrá realizarlo. Aquí existe voluntad, el autor quiere realizar el hecho, sólo tiene dudas de que su acción tenga éxito. Si en estas circunstancias se realizan actos que representen un comienzo de ejecución, hay tentativa punible. ejemplo: el autor está decidido a realizar el aborto para el caso de que la mujer esté embarazada. La existencia de dolo no depende aquí de ninguna circunstancia. Lo que depende de una circunstancia (el embarazo) es que se cometa la lesión de un bien jurídico o no. Este grupo se puede diferenciar del anterior así: aquí hay decisión de cometer un hecho punible, si una

circunstancia, todavía incierta, resulta existente; allí no hay todavía de cisión: esta se tomará después de haber considerado todas las circunstancias.

c) El autor está decidido a cometer el hecho, pero se reserva desistir de ejecutarlo, si surge una eventualidad todavía incierta. En este caso, a diferencia del anterior, el autor sabía ya que la mujer estaba embarazada y estaría decidido a cometer el hecho; pero estando dispuesto a desistir en el caso de que posteriormente —según el curso que tomaran los acontecimientos—, le pareciese que habían aumentado las posibilidades de que el delito se descubriese. El desistimiento se puede hacer depender de las más diversas circunstancias: cualidades y comportamiento de la víctima, idoneidad de los medios, etc. Aquí la conducta es punible como tentativa si ha habido comienzo de ejecución. Y puede serlo como proposición, conspiración, etc., si se dan las demás circunstancias que el StGB determina para la punibilidad de tales conductas.

La jurisprudencia alemana ha diferenciado, con pocas excepciones, entre indecisión, decisión sobre bases fácticas hipotéticas y reserva de desistimiento. Así ha considerado como conspiración punible: el concertar que se dispararía en el caso de que se presentase resistencia, y el concertar que se arrojaría a una persona al río si esta no se suicidaba.

Schmid refiere y comenta a continuación un buen número de casos resueltos por la jurisprudencia, para hacer más clara su tripartición. Acaba insistiendo en que es necesario diferenciar terminológicamente, más de lo que se ha hecho hasta ahora, los tres grupos expuestos. Añade que en caso de duda hay que suponer que sólo había una mera inclinación al hecho.

HANS JOACHIM HIRSCH: «Soziale Adäquanz und Unrechtslehre» (Adecuación social y teoría del injusto).

Hirsch empieza haciendo referencia al interés que ha encontrado la teoría welzeliana de la adecuación social no sólo dentro del Derecho penal, sino también en otras ramas jurídicas (principalmente Derecho civil y Derecho de trabajo). Según Welzel son socialadecuadas todas aquellas acciones que se hallan completamente dentro del orden socialético normal de la comunidad, aquellas acciones que hay que considerar como completamente normales, Welzel calificaba tales comportamientos, en un principio, de atípicos; después los consideró típicos, pero adecuados a Derecho: la adecuación social pertenece a la teoría de la antijuridicidad: es una causa consuetudinaria de justificación. El hecho de que autobuses, tranvías, etc. sólo paren en determinadas paradas, representa una limitación de la libertad justificada por la adecuación social. Esto parece hallarse en contradicción con el concepto del tipo de Welzel, se ha indicado. Según él la acción típica se halla, de modo grave, fuera del orden social. Y, sin embargo, según su teoría, las acciones socialadecuadas serían típicas —se hallarían, por consiguiente, gravemente fuera de aquel orden— y, al mismo tiempo, socialadecuadas —es decir: completamente normales—. Esto ha dado pie a varios autores para salvar la contradicción defendiendo la doc-

trina de las circunstancias negativas del tipo. Esta doctrina —la de un gran sector de la ciencia, la de la jurisprudencia y la del proyecto de 1960— tiene consecuencias importantísimas para la teoría del error: considera igual el error sobre un elemento del tipo que el error sobre una de las circunstancias fundamentadoras de un motivo de justificación. Pero tal doctrina no convence a Hirsch.

En Welzel la teoría de la adecuación social, al principio tan decisiva en su ideología, ha ido perdiendo importancia con el transcurso de los años. Hirsch —discípulo de Welzel— viene ahora a darla el golpe de gracia. Cree que dentro de la adecuación social se han agrupado grupos de casos heterogéneos que requieren una solución diferenciada. A continuación damos sus criterios de diferenciación y sus soluciones.

Respecto a las limitaciones de la libertad en el moderno transporte, cree Hirsch, que si el viajero está de acuerdo en que el medio de locomoción se detenga sólo en las paradas previstas, falta, por este consentimiento, el tipo de la detención ilegal.

Impertinencias que descansan en un deseo sexual, pero que no rebasan lo que es normal en la vida social. Aquí no se realiza el tipo de ningún delito contra la honestidad, opina Hirsch, pues para que haya acción deshonesta es preciso que ésta sea objetivamente apropiada para lesionar el sentimiento de honestidad de la generalidad.

La apropiación de cosas encontradas que posean un valor escaso, la resuelve Hirsch con consideraciones jurídicoprivadas.

Cuando se producen accidentes en minas, fábricas, etc., opina Hirsch que si se ha observado el cuidado debido no puede haber, en ningún caso, un delito culposo, por excluir aquella observancia el tipo de estos delitos.

Si el autor quiere lesionar o matar a otra persona, colocándola en una situación peligrosa no prohibida, fundamenta Hirsch la impunidad basándose en que el autor no tiene el dominio sobre el hecho (esta solución no convence; véase mi artículo en ADPCP 15 (1962), págs. 561 y siguientes).

Para otro grupo de casos que Hirsch caracteriza con el siguiente ejemplo: durante la guerra se hace necesario seguir produciendo ciertos productos imprescindibles para la contienda, a pesar de que en la fábrica faltan dispositivos de seguridad —que no pueden ser instalados en aquellos momentos—, cree ver la solución dando entrada a un estado de necesidad suprallegal.

Los casos en que se induce a una persona a realizar una acción no socialmente adecuada (ejemplo: a que se haga miembro de una banda de atracadores para que muera en una refriega), pretende solucionarlos Hirsch, de nuevo, con el criterio del dominio sobre el hecho.

En las intervenciones quirúrgicas realizadas observando los principios médicos pertinentes, niega Hirsch —siguiendo a la doctrina dominante en la ciencia y en contra de la doctrina jurisprudencial que exista el tipo de lesiones. Pero esto sólo es válido cuando hay consentimiento por parte del paciente y cuando la operación tiene éxito.

Si la operación fracasa, a pesar de que se han observado los principios

científicos, tampoco hay tipicidad por excluir la observancia de la diligencia debida la tipicidad culposa.

Las muertes y las lesiones cometidas por los soldados durante la guerra las considera Hirsch —si había un deber jurídico de obrar— como justificadas

Justificadas considera el autor también las interrupciones del embarazo, si éste podía haber producido la muerte de la madre o si se podía temer que ésta se suicidase (indicación médica).

En los casos de corrección de niños por los padres y los maestros, Hirsch vuelve a dar entrada a un motivo de justificación.

También en el campo de la antijuridicidad se resuelven los casos de detenciones llevadas a cabo por la policía dentro del campo de sus atribuciones y de allanamientos de morada realizados por funcionarios dentro de su competencia.

A continuación vuelve a ocuparse Hirsch de las limitaciones de la libertad en el tráfico. A diferencia de los casos ya examinados en que el tráfico, A diferencia de los casos ya examinados en que el viajero había consentido que el vehículo se detuviese sólo en determinadas paradas, estudia el autor ahora los casos en que tal consentimiento no existe; ejemplo: alguien sube en un tren equivocado y, después de haberse puesto éste en marcha, quiere apearse inmediatamente. Hirsch cree ver aquí un motivo de justificación, ya que hay que elegir entre una detención ilegal y el considerable entorpecimiento de un transporte de masas.

Hirsch dedica amplio espacio al estudio de los discutidos párrafos 240 y 236 del Código penal alemán. El autor acude aquí a la teoría de los tipos abiertos.

La huelga realizada para mejorar la situación económica de los trabajadores no constituye ni coacción ni amenazas: existe una causa excluyente de la antijuridicidad: la huelga es una autcayuda colectiva.

Por último examina Hirsch los regalos de Navidad a los carteros. Apparentemente aquí hay cohecho pasivo (en sentido del párrafo 331 del STGB). En realidad, dice Hirsch, tales regalos no afectan para nada al bien jurídico protegido en el párrafo 331: la corrección en el ejercicio de la función pública. En las páginas siguientes el autor examina casos similares al indicado.

Hirsch considera, en definitiva, que la teoría de la adecuación social ha de ser abandonada. Ha cumplido ya su misión en Derecho penal: la de abrir paso a la teoría personal del injusto. Los grupos de casos que se querían resolver con la adecuación social, pueden encontrar solución sin necesidad de acudir a ella. Con ello se evita el gran peligro inherente a la teoría de la adecuación social —señalado por diversos autores—: lo inexacto de su concepto y su falta de concretización.

La crítica de libros, escrita por Karl Peters, está dedicada esta vez al Derecho penal juvenil.

La sección de Derecho comparado comienza con el estudio de Katsantonis sobre la teoría del delito del iuspenalista griego Chorafas; a conti-

nuación figura un artículo de Georg Geilke sobre Derecho penal juvenil en la República popular de Bulgaria; finaliza con un informe de Jescheck sobre el VIII Congreso Internacional de Derecho penal de Lisboa y una traducción alemana de las resoluciones del Congreso.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

FRANCIA

Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal

Octubre-noviembre 1962

HIVERT, Doctor P. E.: «Quelques problemes poses a l'expert Psychiatre»; páginas 745 a 750.

Este artículo, único en este número de la revista, es la acostumbrada crónica de *Criminología Clínica* y corre a cargo, como otras veces, de que ya dimos noticia, del Médico-Jefe de los servicios psiquiátricos de La Santé (T. XII F. III y T. XIV F. III).

El primero de los problemas que se plantea es determinar qué es «dementia» palabra empleada, para determinar la inimputabilidad mental en el artículo 64 del Código de Procedimiento, tomada en él en acepción más amplia que la clásica, designando todo estado psicopatológico permanente o paradístico, tenga o no debilitación mental, susceptible de perturbar el comportamiento del individuo, siendo el primer cometido del perito el determinar si estaba o no en este estado al cometer el crimen y su relación con él.

Pero definir un acto pasado ofrece una seria dificultad. El perito muchas veces ha de examinar al detenido mucho después de la comisión del acto, en unas condiciones que no son las habituales de su cometido, pues sobre el examinado influyen ya su situación carcelaria y las consecuencias deducidas de sus actos y entabla un combate desigual frente a los otros, particularmente frente al perito en el que ve un auxiliar de la Justicia y le rehusa toda colaboración, buscando la actitud que cree le puede favorecer más, llegando algunos a la simulación de la locura, creando la dificultad de desenmascararla.

El citado artículo 64 pide al psiquiatra que califique el estado mental en el momento del hecho por una enfermedad mental, al precisar su relación exacta en un informe que ha de obligar a la justicia, la que ha de fundamentar sobre él su decisión. Esta tendencia de obligar al técnico en la busca de la responsabilidad, se concreta cuando posteriormente se le pide determine si ciertas anomalías mentales son capaces de aminorar la responsabilidad del delincuente; es decir, es llamado a dar un juicio de valor penetrando en un terreno, que no es el suyo y en la discusión pública el profano se siente defraudado.

El perito era prisionero de un sistema penal, en el que el único fin, era represivo y en el que la determinación de la responsabilidad le hacía au-