

que ven en el citado párrafo 330 un tipicidad particular y a los que lo encuadran en una condición objetiva de punibilidad. Se refiere después a la tesis que ve en la embriaguez, en este caso, un elemento del tipo, considerándola en sí misma como antijurídica, para considerar después el problema a la luz de la acción «libera in causa», principio que no se cree sirva para explicar el alcance y contenido del precepto que nos ocupa. Mantiene la tesis que en este supuesto la embriaguez es nota característica que afecta a la tipicidad, ya que es inevitable relacionarla con la comisión de un acto sancionado con una pena, conducta que ha de ser dolosa o culposa, pero culpa o dolo que no puede ser valorado aisladamente. En una palabra, que la cuestión, en el sentido del autor, es preciso configurarla dentro de la tipicidad y no dentro de la culpabilidad.

VALENTÍN SILVA MELERO

Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft

72. Bol. 1960, H. 3-4

SCHAFFSTEIN, F.: «Soziale Adäquanz and Tatbestandslehre» («Adecuación social y doctrina del tipo»).

Schaffstein subraya el valor del concepto de la adecuación social, formulado por Welzel, cuya función sistemática consistía, en un principio, en restringir el ámbito de los tipos que estaban concebidos formalmente con excesiva amplitud. Quedaban excluidas aquellas conductas que eran materialmente jurídicas, por estar comprendidas dentro del orden ético-social, históricamente vigente, de la sociedad. Schaffstein critica, en cambio, la modificación introducida posteriormente por Welzel en su sistema, según la cual la adecuación social pasa a ser una causa de justificación. La adecuación social excluye, pues, ahora para Welzel la antijuricidad, pero no la tipicidad de la conducta.

Schaffstein cree que con ello se abandona el presupuesto metodológico de la doctrina de la adecuación social. Este era la concepción del tipo, no como una mera figura conceptual, sino como una figura referida y extraída directamente de la realidad social y en relación, por tanto, con las valoraciones y los órdenes prejurídicos. Este abandono está determinado, según Schaffstein, por el deseo de Welzel de deslindar plenamente el objeto de la valoración (conducta típica) y la valoración misma. El tipo describe ahora simplemente el objeto de la prohibición.

Es preciso señalar, sin embargo, que el tipo, en la concepción actual de Welzel, deslinda el objeto de la prohibición, pero implica a su vez la primera valoración jurídico-penal. El tipo deslinda las conductas relevantes para el Derecho Penal. Al matizar y distinguir dentro de la conducta jurídica, la conducta irrelevante, de aquella otra, que teniendo relevancia para el Derecho Penal, está justificada por concurrir un precepto permisivo (causas de justificación), Welzel sigue refiriéndose, a mi juicio, a una realidad social plena de sentido y a las valoraciones en ella existentes.

Schaffstein señala, en cambio, acertadamente, en mi opinión, cómo la consideración de la adecuación social como causa de justificación plantea al-

gunas dificultades en el sistema de Welzel. Las conductas socialmente adecuadas son consideradas jurídicas por concurrir una causa de justificación, después de haber sido declaradas jurídico-penalmente relevantes. Por otra parte, Schaffstein señala, con acierto, cómo a través de la interpretación de los tipos de la Parte Especial Welzel sigue atribuyendo a la adecuación social la función de restringir el tipo, para que comprenda sólo las formas de conducta materialmente antijurídicas. En muchos de estos casos no se trata ya de una *interpretación*, pues se desbordan los límites del tenor literal. El intento de Hirsch de resolver estas dificultades es agudamente censurado por Schaffstein. Su intento de deslindar materialmente el riesgo permitido, las causas de justificación de Derecho consuetudinario y la adecuación social no es afortunado. En el fondo implica el abandono del concepto de la adecuación social. No creo, sin embargo, que sea preciso incluir en el tipo todas las circunstancias relevantes para el juicio disvalorativo de la antijuricidad, para resolver estas dificultades, como cree Schaffstein; es decir, que sea preciso influir en el tipo no sólo la falta de adecuación social, sino también la falta de las circunstancias de hecho que sirven de base a las causas de justificación. A mi juicio, bastaría con incluir la falta de adecuación social en el tipo. Para ello es necesario distinguir materialmente la adecuación social y las causas de justificación. Que las causas de justificación no son siempre casos de conducta socialmente adecuada lo reconoce el mismo Schaffstein. Creo, además, que la condición de situación de excepción desde el punto de vista normativo, de las causas de justificación, en cada momento histórico, las diferencia claramente de la conducta socialmente adecuada. Las conductas socialmente adecuadas se hallan *completamente* dentro del orden ético-social (y jurídico-penal), histórico, de la comunidad. La admisión de la doctrina de los caracteres negativos del tipo no me parece precisa desde este punto de vista.

Schaffstein aduce en el transcurso de su argumentación algunas razones en favor de la doctrina de los caracteres negativos del tipo. Es interesante su argumento de que la distinción entre los caracteres del tipo y los de las causas de justificación no puede fundamentarse en la consideración de que el tipo contenga la descripción de la lesión del bien jurídico. Ni Welzel ni Gallas consideran, sin embargo, que todo tipo describa sólo la lesión de un bien jurídico. Niegan solamente la equiparación valorativa entre el deslinde de lo injusto realizado en el tipo y la exclusión del mismo por las causas de justificación, es decir, niegan la equiparación valorativa entre la conducta irrelevante para el Derecho penal y la conducta típica, cuya antijuricidad sea excluida por una causa de justificación. Por otra parte el argumento de Schaffstein, de que la lesión del bien jurídico puede depender de la concurrencia de causas de justificación, se basa sólo en una determinada concepción del consentimiento del ofendido como causa justificación. Según Stratenwerth, el consentimiento excluye parcialmente la existencia del bien jurídico. La lesión de los intereses, cuyo titular es el particular, no constituye injusto, si no implica al mismo tiempo un menosprecio del mismo como persona autónoma. La libre autodeterminación pasaría a ser un bien jurídico tutelado junto con el específico de la figura delictiva de que se trate (le-

siones corporales, delitos contra el honor, violación de secretos, etc.). Aun suponiendo que esta construcción fuera dogmáticamente viable no sería admisible, pues implicaría la afirmación de que la lesión de los bienes jurídicos específicos de las respectivas figuras delictivas carecería de relevancia jurídico-penal, si mediaba el consentimiento.

El error del autor sobre la adecuación social de su conducta no es un error sobre el tipo, según Schaffstein, sino un error de prohibición. Al tipo del error, en el sentido del artículo 59 del Código penal alemán, pertenecen sólo las circunstancias de hecho de las cuales depende la calificación de la conducta como socialmente adecuada.

HELLMER, Rückfallsverbrechertum und Frühkriminalität (Delicuencia reincidente y criminalidad juvenil).

El conocimiento de la conexión entre la criminalidad reincidente y la criminalidad juvenil es, como dice el autor, uno de los pocos resultados firmes de la moderna investigación criminológica. Con ello no se ha encontrado aún, sin embargo, la explicación de aquella forma grave de la criminalidad.

El primer problema que se plantea es el descubrir dentro de la delincuencia juvenil al futuro delincuente reincidente, para que pueda ser sometido a tratamiento oportunamente. La mayor parte de la criminalidad juvenil (el 85 por 100, según Frey) es sólo una manifestación de la etapa de desarrollo en que se encuentra el joven y desaparece al alcanzar éste su madurez. La distinción entre el delincuente juvenil evolutivo y el futuro delincuente reincidente no puede lograrse, sin embargo, mediante rasgos abstractos del carácter (como había intentado la escuela de Lombroso y como intenta la actual escuela científico-natural). Para ello es preciso, dice Hellmer, estudiar a fondo la delicuencia reincidente y ver si es posible deducir consecuencias en relación con determinadas formas de la delincuencia juvenil.

Hellmer estudia la personalidad del delincuente reincidente y señala cómo el término «delincuente habitual peligroso» introducido por la Ley de 1933 no es idóneo para captar dicha personalidad. No ha existido nunca un «delincuente habitual peligroso» como tipo criminológico. La jurisprudencia y la reforma del Código han prescindido de este término, porque implica una restricción no querida por el legislador. Quedan fuera de él los delincuentes crónicos, que lo han sido no por hábito, sino por disposición u otras causas. El nuevo proyecto de Código habla de delincuente de inclinación (al delito). Hellmer cree, sin embargo, que este concepto no logra captar tampoco la esencia del delincuente reincidente. Este no se caracteriza por tener un hábito, tendencia o inclinación, de los que carezca el delincuente ocasional. Al delincuente reincidente le *falta*, en cambio, *algo* que caracteriza al hombre. Le falta la distancia del mundo circundante; le falta la relación con el valor, que sólo es posible dentro de la libertad del espíritu. La mayor parte de los delincuentes condenados a tenor de los artículos 20 y 42 e, son hombres de voluntad débil, que se dejan arrastrar por las circunstancias y que sucumben fácilmente a cualquier tentación.

Hellmer estudia a continuación la criminalidad juvenil y busca los caracte-

teres que pudieran servir para distinguir al delincuente juvenil evolutivo del futuro delincuente reincidente. Estos caracteres no pueden ser encontrados en el hecho externo. En la delincuencia juvenil, como en la de los adultos, predominan los delitos contra el patrimonio. Pequeñas diferencias en los índices estadísticos revelan que en la delincuencia juvenil son algo más frecuentes los delitos cometidos con violencia. De aquí no cabe deducir, sin embargo, ningún carácter distintivo, pues lo que caracteriza a la delincuencia evolutiva, es precisamente que procede del exceso de vitalidad del joven. Sauer señala, con razón, por ello, que los delitos juveniles más significativos, desde el punto de vista de una prognosis, son los que corresponden a una etapa posterior de madurez.

Es preciso buscar, por elló, dice Hellmer, los caracteres distintivos mediante una investigación de la personalidad. Los caracteres corporales externos no pueden suministrar tampoco la respuesta deseada. La doctrina del delincuente nato de Lombroso ha sido superada hace mucho tiempo. También ha sido rechazada por la moderna criminología la doctrina de los «pequeños signos corporales de degeneración». Estos no tienen nada que ver con una disposición criminal. Se presentan con frecuencia en los delincuentes reincidentes, porque son muy frecuentes en las clases bajas, de las que procede la gran masa de los delincuentes. Tampoco los tipos de Kretschmer, que relacionan determinadas estructuras corporales con determinados rasgos del carácter, pueden suministrar la respuesta deseada. No permiten conclusiones en sentido inverso. Hay muchos esquizotímicos cuya criminalidad es sólo evolutiva y al contrario muchos ciclotímicos que después se convierten en delincuentes reincidentes.

La investigación de la personalidad tiene que pasar, por consiguiente, al plano de lo psíquico. Las enfermedades mentales tienen muy poca importancia criminógena. Más importancia tiene la debilidad mental, en sus diversas formas y grados. Ha sido superada, sin embargo, la antigua doctrina que veía aquí la auténtica disposición al delito. La debilidad mental no puede explicar por sí sola la aparición del delincuente reincidente. El mundo circundante juega a la vez un papel tan destacado, que la debilidad mental no tiene importancia decisiva. Existe en cambio, sin duda, dice Hellmer, una conexión entre psicopatía y delincuencia reincidente. Según Frey *todos los delincuentes reincidentes son psicópatas*. Por psicopatía se entiende la desviación anímica del término medio, sin que quepa hablar aún de enfermedad. La dependencia del mundo circundante obedece, pues, en muchos casos a una psicopatía. El problema es que las psicopatías no pueden ser descubiertas tan fácilmente en el joven. Por otra parte, el periodo de la juventud va acompañado muchas veces de una cierta falta de armonía o equilibrio mental, que después desaparece en la madurez. Es preciso distinguir, pues, entre la psicopatía que es immanente a la personalidad y aquella que es una fugaz aparición del período de desarrollo que atraviesa el joven. La Medicina considera que la psicopatía no se hereda, pero sí se transmite la predisposición a su aparición. La Criminología estima, por ello, que una psicopatía es parte integrante de la personalidad cuando el padre o la madre presentan rasgos psicopáticos. Según Frey el 66 por 100 de los padres y el 39,2 por 100 de las madres de los delincuentes reincidentes examinados por él, eran psicópatas. La posibilidad

de tratamiento desaparecería, si no se tuviera en cuenta que las cualidades que predisponen al delito, aunque pueden ser transmitidas por herencia, son influenciables y modificables. Es preciso investigar, pues, *qué* cualidades predisponen al delito (pues la psicopatía es un concepto puramente formal) y después, si estas cualidades son modificables o no. Las investigaciones de Frey referentes a las cualidades que predisponen al delito y las de Leferenz siguen esta dirección.

Hellmer destaca la importancia del problema del tratamiento del futuro delincuente reincidente. En el proyecto de Código penal reciente se ha creado la medida de la «custodia preventiva», que debe ser aplicada a aquellos delincuentes juveniles (menores de veinticinco años) que puedan convertirse previsiblemente (según una valoración global de su personalidad y sus hechos delictivos) en delincuentes reincidentes. Con ello viene a llenarse una laguna, pues la jurisprudencia es reacia a aplicar a los jóvenes delincuentes la custodia de seguridad. Hellmer duda, sin embargo, de que los conocimientos criminológicos sean ya lo suficientemente seguros para establecer esta medida. Sus dudas se basan no sólo en la dificultad de la prognosis, sino también en la imprecisión del término legal «delincuente de inclinación». La pedagogía criminal no está aún lo suficientemente desarrollada, por otra parte, para poder disponer de una medida educativa cuya aplicación, después del internamiento en un reformatorio, de la pena o el arresto juvenil, pueda tener aún sentido. Falta además en el Derecho penal juvenil una clara distinción dogmática de los presupuestos de la pena y las medidas. El defecto principal de la nueva regulación es, sin embargo, según Hellmer, que no se ha decidido si el centro de gravedad de la «custodia preventiva» ha de residir en la educación o en la seguridad. Hellmer cree que se trata, en realidad, de «una pequeña custodia de seguridad». La aplicación de la medida queda, no obstante, abierta a delincuentes juveniles susceptibles de reeducación. Esto implica un paso atrás en los esfuerzos de política criminal por reducir el grupo de los delincuentes reincidentes de criminalidad temprana.

KAUFMANN, Arthur «Zur Frage der Beleidigung von Kollektivpersönlichkeiten» (Sobre el problema de las injurias a las personas colectivas).

El término injurias está utilizado en sentido amplio, comprensivo de la difamación (par. 186) y de la calumnia (par. 187, Código penal alemán). El autor se ocupa del problema de la capacidad de las personas colectivas o morales para ser sujetos pasivos de estos delitos.

Arthur Kaufmann señala, cómo la tendencia en la doctrina y en la jurisprudencia (salvo un breve paréntesis después de la guerra) es a extender cada vez más el ámbito de las personas morales que pueden ser sujetos pasivos de estos delitos. Se observa, sin embargo, dice Arthur Kaufmann, un desplazamiento del problema. No se pregunta ya, si y en caso afirmativo qué personas morales pueden tener honor. La línea divisoria se traza atendiendo exclusivamente a razones de política jurídica. Se otorga la tutela penal a

aquellas personas colectivas que se considera necesitadas o dignas de protección. El autor lo demuestra convincentemente analizando los criterios aducidos por la doctrina; especialmente los de la índole de la función (pública, social) cumplida por la persona moral o su capacidad para formar una voluntad unitaria o cerrada (Maurach). El autor señala, con razón, cómo la existencia del honor de las personas morales no puede depender de la índole de la función que cumplan, ni de su capacidad de acción.

Arthur Kaufmann considera preciso analizar primero a fondo el concepto del honor, para examinar después si las personas morales —o cuáles de ellas—, tienen honor. La respuesta a esta última pregunta no puede ser hallada en el Derecho positivo (parágrafos 196 y 197 del Código penal alemán). El castigo de las injurias a las autoridades, órganos legislativos o corporaciones políticas no prueba su capacidad para tener honor. El bien jurídico tutelado podría ser la dignidad jurídica o la autoridad de estas instituciones públicas (Binding, Maurach). El Proyecto de 1960 deja abierto conscientemente el problema (habla sólo de la fama o reputación).

Arthur Kaufmann rechaza el concepto fáctico del honor. La calumnia y la difamación pueden ser concebidas como ataques a la buena reputación, pero no las injurias proferidas a solas ante la víctima. La construcción de Maurach para resolver esta dificultad —tentativa imposible elevada a delito sui generis— es artificiosa. Otros autores consideran que las injurias a solas, constituyen una lesión de la conciencia o el sentimiento del honor del injuriado. Con ello se escinde, sin embargo, el concepto del honor (honor objetivo y honor subjetivo) y la unidad sistemática de los delitos contra el honor. La reputación y la conciencia del honor no son, por otra parte, merecedores de protección. La reputación (en el ciudadano que hace una vida solitaria en una gran ciudad) y la conciencia del honor (en el enfermo mental) pueden, además, no existir.

Hay que partir necesariamente, dice con razón Arthur Kaufman, de un concepto normativo del honor. El honor no es la consideración de que el hombre goza, sino la consideración merecida. Honor es el valor que le corresponde a un hombre en virtud de su dignidad como persona y según la medida de su cumplimiento de sus deberes morales. El honor, como valor específicamente personal, no puede ser violado desde fuera por otras personas. Al estar fundamentado en la forma de vida de su portador puede ser menoscabado sólo por éste, con su conducta deshonrosa o contraria a deber. Puede ser lesionada sólo por terceras personas la pretensión de respeto que mana del honor interno, es decir, la pretensión del que tiene de honor ser tratado de acuerdo con su honor interno. El bien jurídico tutelado en los delitos que examinamos, no es sino la pretensión del hombre al respeto de su personalidad. Este concepto normativo del honor, dice Arthur Kaufman, permite la unidad sistemática de los delitos contra el honor.

Es discutible, a mi juicio, que del concepto normativo del honor se derive la consecuencia dogmática, de que la falsedad de la afirmación tenga que ser un carácter del tipo de las injurias cometidas por medio de las afirmaciones de hechos (par. 186 del Código penal alemán), como cree el autor. Es cierto que las afirmaciones de hechos verdaderas no lesionan en sí el honor (inexisten-

te en este sentido), pero toda afirmación de hechos deshonrosos no probados es ya jurídico-penalmente relevante. El tenor literal del par. 186 abona esta interpretación. Por otra parte el mismo Arthur Kaufman termina por considerar la falsedad de la afirmación como una condición objetiva de punibilidad, para evitar que la consideración de la buena fe (excluiría el dolo) debilitase excesivamente la tutela penal. El autor cede aquí ante una objeción de Bockelmann, que en realidad no se dirige contra el mismo concepto normativo del honor. La consideración del error sobre la verdad de la afirmación como un error de prohibición evita el debilitamiento de la tutela penal y es, a su vez, completamente compatible con el concepto normativo del honor.

Arthur Kaufmann analiza y rechaza las demás objeciones formuladas por Bockelmann contra el concepto normativo del honor. Tienen interés especialmente sus acertadas observaciones para rechazar los supuestos inconvenientes que originaría la prueba de la verdad en el proceso.

Una vez esclarecido el concepto del honor, el autor se pregunta si las personas morales pueden poseerlo. Señala, con razón, Arthur Kaufmann que honor, en sentido de un valor propio personal no pueden poseerlo, en principio, las llamadas personas colectivas por faltarles la mismidad. La única excepción puede (en algunos casos) estar constituida, según el autor, por las comunidades existenciales (vitales o de destino), es decir la familia, el municipio, la nación o una orden religiosa. Arthur Kaufman reconoce que su criterio es de difícil aplicación en la práctica. Considera, sin embargo, que no es preciso el reconocimiento jurídico-penal del honor de estas personas morales. Con el castigo de las injurias a los particulares mediante una denominación colectiva puede llegarse a una tutela penal suficiente.

La tutela de la reputación o el prestigio de las personas colectivas que no pueden tener honor, puede llevarse a cabo de modo satisfactorio, según el autor, en el Derecho privado.

LENCKNER, Theodor, Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlichen Vertreter (El consentimiento de los menores de edad y sus representantes legales).

El autor estudia detenidamente el problema de la capacidad de consentimiento, que presenta especial interés, naturalmente, en el caso del consentimiento otorgado por menores de edad. Estudia, asimismo, la posibilidad del consentimiento por parte del que detente la patria potestad del menor. El Derecho positivo alemán no regula expresamente estos problemas, ni de ellos se ocupa el nuevo Proyecto de Código penal. La doctrina elaborada por los penalistas y civilistas, en este punto, es a veces divergente, lo cual es o puede ser incompatible con el postulado de la unidad del ordenamiento jurídico.

Lencker distingue entre el consentimiento como causa de exclusión del tipo (allí donde la acción recibe precisamente su carácter delictivo del hecho de que se realice contra la voluntad del sujeto pasivo) y como causa de justificación (renuncia a la tutela jurídica).

No es posible hallar una fórmula general que nos diga cuáles hayan de ser

Los requisitos del consentimiento, para que éste pueda excluir la tipicidad de la conducta. La capacidad para otorgar el consentimiento eficaz será diferente, según cual sea el bien jurídico de que se trate y su ámbito de protección. En los delitos contra la libertad personal basta la capacidad natural de voluntad, independiente de toda capacidad jurídica de acción. Lo mismo sucede en aquellos tipos (hurto, por ejemplo) en que se castiga la lesión de una relación fáctica de poder, o en que el objeto de protección no es un derecho como tal, sino una posibilidad fáctica de utilización o ejercicio (hurto de uso de vehículos) y el allanamiento de morada.

En aquellos casos de injurias, en que, según el autor, el consentimiento excluye la tipicidad de la conducta (lo cual es sumamente discutible; la opinión dominante en la doctrina alemana estima que se trata en estos casos de una causa de justificación) no basta ya la mera capacidad natural de voluntad, sino que es precisa una plena capacidad de juicio, que si bien es independiente de la edad y la capacidad de realizar negocios jurídicos, presupone, sin embargo, una cierta madurez espiritual y ética.

Si el tipo presupone una conducta contraria a la voluntad del sujeto pasivo, cuya declaración constituye un negocio jurídico (art. 266 del Cod. pen. alemán), el consentimiento requiere, entonces, la capacidad civil de realizar negocios jurídicos.

Si los menores no tienen capacidad de otorgar consentimiento, según las reglas mencionadas, los representantes legales podrán otorgarlo solamente en su nombre, según Lenckner, en el último supuesto, es decir, cuando el consentimiento mismo sea un negocio jurídico. En los demás casos, en que el consentimiento no es ni un negocio jurídico, ni una acción jurídica, sino un puro acontecimiento fáctico, no cabe la representación. Lenckner distingue agudamente de estos supuestos, aquellos otros en que el que detenta la patria potestad autoriza la intromisión de terceros en la esfera jurídica del menor, en virtud de su derecho a la tutela de la persona y patrimonio del menor.

Tampoco es posible dar una respuesta unitaria, dice Lenckner, al problema de cuál debe ser la capacidad de acción del que consiente, para que sea eficaz la renuncia a la protección del Derecho, que implica el consentimiento como causa de justificación. Un interés puramente histórico, tiene la concepción que equiparaba capacidad de consentimiento con capacidad de culpabilidad o capacidad delictiva. Se discute, en cambio, aún hoy si el que consiente ha de tener la capacidad de realizar negocios jurídicos. La mayor parte de los civilistas mantienen la tesis afirmativa. Los penalistas (Maurach, Welzel, Mezger) consideran suficiente la capacidad natural de juicio. Para resolver esta antinomia, incompatible con la unidad del ordenamiento jurídico, es preciso, según Lenckner, examinar cuál sea el lugar del consentimiento en el sistema general de las acciones jurídicamente revelantes. El consentimiento no es un negocio jurídico. Es, sin embargo, una acción jurídica. Según la doctrina, se ha de aplicar a estas acciones, análogamente, las disposiciones referentes a los negocios jurídicos mientras no se oponga a ello en el caso concreto la índole especial de la acción jurídica.

Siempre que se trate del consentimiento en lesiones de derechos patrimoniales, será precisa la capacidad de disponer, es decir, en la mayor parte de

los casos, la capacidad de realizar negocios jurídicos. El apartamiento del Derecho penal de los principios del Derecho civil es, en este sentido censurable. Cuando se trate del consentimiento en lesiones de bienes jurídicos sumamente personales (integridad corporal, honor, etc.) la capacidad del consentimiento no puede medirse, lógicamente, por las reglas, siempre esquemáticas, de la capacidad de realización de negocios jurídicos. Bastará la capacidad natural de juicio.

Lenckner considera, que en caso de que el menor no tenga capacidad para otorgar el consentimiento, pueden otorgarlo por él sus representantes legales, y no sólo cuando se trate de la lesión de derechos patrimoniales, sino incluso de derechos sumamente personales. Esta posibilidad tiene, sin embargo, sus límites. Tratándose de bienes sumamente personales, el representante legal no puede infringir nunca el deber de defender y tutelar los intereses del menor. Si el representante legal abusa de sus facultades, el consentimiento es irrelevante. También en las lesiones de los derechos patrimoniales, la facultad legal de representación encuentra su límite en el abuso evidente.

Se plantea, por último, Lenckner el problema de si el derecho de tutela personal, del titular de la patria potestad no se opone a la decisión del menor con capacidad de juicio, que consiente en la lesión de bienes jurídicos sumamente personales. En caso de conflicto se ha de conceder preeminencia, según Lenckner, a la decisión del menor, si las razones en pro y en contra de las dos actitudes son equivalentes. Si la decisión del menor es evidentemente errónea, por obedecer a razones ajenas a la materia, el derecho de vigilancia de los padres se convierte de nuevo en un derecho decisorio y debe prevalecer su opinión frente a la del menor. La justificación del hecho depende entonces sólo del consentimiento del representante legal.

SCHEWELING, O.: «Der Begriff «rücksichtslos» im Verkehrsrecht (El concepto «desconsiderada» (conducta) en el Derecho del tráfico).

El autor trata de precisar el concepto de conducta «desconsiderada», que tanta importancia tiene en el Derecho penal y en el Derecho del tráfico. La doctrina es unánime al considerar que con el adjetivo «desconsiderada» se denomina un grado de reprochabilidad de la conducta, es decir, de la culpabilidad. Los intentos de precisar este concepto han sido hasta ahora, en general, poco afortunados. El autor los somete a un examen crítico detenido y pone de manifiesto sus limitaciones. En algunos casos, sin embargo, su argumentación no es convincente, como sucede en su crítica de las definiciones de la conducta «desconsiderada» como conducta sin conciencia o como conducta inspirada en la indiferencia frente a los intereses ajenos tutelados por el derecho. La expresión sin conciencia, cuando es utilizada para calificar una conducta tiene un sentido diferente del que le asigna el autor de pérdida de todo criterio moral. Su definición de indiferencia (falta de relación entre un sujeto y un objeto determinados) es también forzada y le lleva a afirmar la indiferencia en casos en que evidentemente no existe (véase el ejemplo 26).

El intento de Schweling de definir el concepto de conducta «desconside-

rada» no es, a mi juicio, afortunado. Define en primer lugar la «consideración». Los elementos de este concepto son, según él: Existencia de intereses tutelados por la Etica social, conflicto entre ellos, rango de los mismos fijado asimismo por la Etica social, respeto objetivo (?) del interés superior, capacidad de culpabilidad, nexo subjetivo, exigibilidad de la obediencia a los preceptos de la Etica social, valoración y decisión ética y respeto al hombre como persona autónoma. A continuación distingue en la «consideración» y en la falta de la misma varios grados y pretende que la conducta «desconsiderada» sea sólo la que corresponde al último grado de ausencia de «consideración». Para ello se basa sólo en consideraciones etimológicas sobre la partícula «los» (en este caso equivalente a «sin»). Esta conclusión es, sin duda, arbitraria. Es pura jurisprudencia de conceptos.

Schweling habla en su definición de intereses tutelados por la Etica social y no intereses tutelados por el Derecho, pues cree que en una situación dada pueden no coincidir. Esta tesis es discutible, sin embargo, pues entraña la afirmación, de que en algunas situaciones la conducta exigida por la ética social y por el Derecho sean diferentes. Los ejemplos de contradicción que cita Schweling no son convincentes. La titularidad de un derecho, por ejemplo, de preferencia de paso, no implica *siempre* el *deber* jurídico de ejercerlo. No hay que olvidar, por otra parte, que la exigencia fundamental de la ética social en el tráfico urbano es la existencia de un *orden*. El contenido de los deberes ético-sociales no puede derivarse, pues, exclusivamente en el tráfico urbano de una ponderación de los intereses particulares de los partícipes en el tráfico.

FUHRMANN, H.: «Berechtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zu par. 332 StGB über Ermessensbeamten (Justificación de la jurisprudencia del Tribunal del Imperio y del Tribunal Federal sobre el artículo 332 del Código penal alemán, en relación con el funcionario dotado de facultades discrecionales).

Fuhrmann somete en este artículo a una revisión crítica la reciente monografía de E. Schmidt, «Los tipos de cohecho en la jurisprudencia de los tribunales supremos desde 1879 a 1959».

Eb. Schmidt considera que el RG en sus sentencias de 31-8-1940 y 31-5-1943 rompió, sin decirlo expresamente, con su doctrina anterior, al renunciar en el delito de cohecho grave (art. 332 del Código penal alemán) al requisito de la acción contraria a deber. Según la nueva jurisprudencia no era ya preciso que la acción contraria a deber hubiese sido iniciada, o que existiese la voluntad del funcionario de llevar a cabo realmente dicha acción. Según Fuhrmann el RG (Tribunal del Imperio) en las sentencias mencionadas no hizo sino mantener la misma doctrina que había mantenido anteriormente. No ha habido, pues, según él, un cambio de orientación en la jurisprudencia. No es posible opinar a este respecto sin un estudio previo, detenido, de la jurisprudencia. De lo que no cabe duda, sin embargo, a mi juicio, es que el RG (y luego el Tribunal Federal), bien sea des-

de siempre o bien desde las sentencias mencionadas ha ampliado respecto al funcionario dotado de facultades discrecionales el concepto de acción contraria a deber. El RG considera que dicho funcionario infringe ya los deberes del cargo, si tiene en cuenta la ventaja personal que ha aceptado (o se ha dejado prometer), aun cuando no influya luego de hecho para nada en la decisión. Mediante esta concepción pasan al tipo del cohecho grave conductas que son sólo constitutivas de cohecho simple (art. 331) (por ejemplo, aquellos casos en que la decisión a favor del donante es justa) y se abre la posibilidad del cohecho activo en estos casos (art. 333). Los argumentos de Fuhrmann para negar este «tratamiento especial» del funcionario con facultades discrecionales no me parecen convincentes. Estos argumentos se reducen, en esencia, a señalar que en este caso, como en los demás, no pertenece al tipo la realización de la acción contraria a deber (en este caso la decisión). El delito se consuma ya con la aceptación del regalo por parte del funcionario, con conciencia de que se le hace con el fin de tratar de influir en su decisión. Esto no implica ya, sin embargo, necesariamente la infracción del deber del cargo, que es requisito esencial del cohecho grave. El deber sólo es violado si la ventaja personal influye de hecho, de algún modo, en el contenido de la decisión.

Eb. Schmidt considera (como antes ya Arthur Kaufmann) que el bien jurídico protegido en el tipo del cohecho grave es diferente que el tutelado en el cohecho simple. En el art. 332 el legislador castiga la falsificación de la voluntad del Estado. Esta sólo se da, sin embargo, cuando el funcionario realiza la acción contraria a deber, o se propone al menos realizarla. En el cohecho simple se tutela, en cambio, simplemente la confianza de los ciudadanos en la pureza de la gestión de la Administración pública. La diversidad del bien jurídico tutelado se deduce de la diferencia importante de los marcos penales. Con su jurisprudencia, el RG y el BGH (Tribunal federal), han producido una modificación de estructura de los tipos del cohecho. A esta opinión se han adherido esencialmente Bockelmann y Henkel. Fuhrmann observa, sin embargo, con razón cómo esta interpretación carece de base suficiente en los materiales de elaboración del Código vigente y cómo la diferencia de los marcos penales es más aparente que real.

Fuhrmann (y la opinión dominante) mantiene la tesis de que el cohecho grave se consuma ya con la aceptación, por parte del funcionario, del regalo (o de la promesa del mismo), con conciencia de que se le hace como contraprestación de una acción contraria a sus deberes (pasada o futura) y aunque el funcionario en su interior no quiera realizar esta acción. La corrección de esta tesis no cabe deducirla *solo*, como hace Fuhrmann, del hecho de que el bien jurídico tutelado sea la confianza de los ciudadanos en la pureza de la gestión de la Administración pública. Dicha conducta, supone ya ciertamente un menoscabo de la confianza de los ciudadanos, pero no todas las conductas que atenten a dicha confianza son objeto de sanción penal. Sólo determinadas formas de agresión del bien jurídico tutelado son sancionadas con pena. No todas ellas son valoradas además por el ordenamiento jurídico-penal como cohecho grave. La corrección de la tesis de Fuhrmann se basa,

más bien, en la voluntad del legislador histórico, tal como aparece en los materiales que sirvieron para la redacción del Código.

Sigue a la sección doctrinal una recensión del Prof. Würtenberger de las publicaciones de la Oficina criminal federal.

La sección de Derecho comparado está encabezada por una nota necrológica redactada por el Prof. H. H. Jescheck con motivo del fallecimiento del Profesor Waiblinger .

Se insertan, a continuación, las conferencias e intervenciones de la Reunión de Derecho comparado de Bremen de 8 de abril de 1960 sobre «Los principios fundamentales y los métodos de la práctica de la prueba en el proceso». El Profesor Andenaes (Oslo) expuso el estado de la cuestión en el Derecho procesal escandinavo, el Dr. Quintano Ripollés en el Derecho procesal español y el señor Claud Allen en el Derecho procesal inglés

Cierra la sección una nota de A. Calvi sobre la evolución del Derecho penal material en Italia en los años 1952-59.

JOSÉ CEREO MIR

E S P A Ñ A

Revista Española de Derecho Militar

Número 10. Julio-diciembre de 1960

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: «Los delitos contra el Derecho de Gentes en el Código de Justicia Militar, págs. 9 a 20.

La publicación de esta Revista ha estimulado, con lo que presta un gran servicio, el estudio monografiado de los delitos en particular más abandonados que son los que en nuestra rubricación legislativa se denominan contra la Patria y contra el Estado. A este estímulo responde sin duda el trabajo de que nos ocupamos, aunque sea de lamentar, como se advierte en su título el del grupo de delitos elegido, no se refiera al Derecho español en sentido amplio, ni aun a la legislación española, sino limitadamente al Código de Justicia Militar.

En tres partes divide el trabajo el autor:

En la primera consigna la responsabilidad penal directa del individuo por los actos cometidos contra el Derecho Internacional y determina la jurisdicción que ha de conocer en ellos.

En la segunda, tras de advertir que en el Código de Justicia Militar, Derecho de Gentes es equivalente a Derecho Internacional y que la colocación de estos delitos en dicho cuerpo legal no quiere decir que se trate inmediatamente de proteger la seguridad del Estado y mediatamente los bienes jurídicos del Derecho de Gentes, sino al contrario, realiza el estudio y comentario