

REVISTA DE REVISTAS

A L E M A N I A

Juristenzeitung 1962 y 1963

BOCKELMANN, Paul: «Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten»
(Intervención quirúrgica y consentimiento del lesionado), *Juristenzeitung* 1962; págs. 525-529.

El motivo del artículo es una sentencia de 1962 del T. S. alemán en la que —en contra de la unánime opinión de la doctrina científica— se mantiene la tradicional doctrina jurisprudencial de que toda intervención quirúrgica, aún la llevada a cabo conforme a la *lex artis*, cumple el tipo de las lesiones tanto objetiva como subjetivamente. Para que la conducta no sea antijurídica requiere, por consiguiente, un motivo de justificación, que, normalmente, será el consentimiento del «lesionado». Ahora bien, para que este consentimiento sea válido, el paciente debe ser informado por el médico del peligro real de la operación; ello supone graves decisiones de conciencia para los cirujanos, sobre todo en operaciones de cáncer, pues es claro que el enfermo no dará su consentimiento a una intervención quirúrgica en la que tiene bastantes probabilidades de perecer —y el grado de probabilidad se lo tiene que comunicar el médico para que el consentimiento sea válido— si no se le dice también que sin intervención quirúrgica la muerte es segura.

La novedad de la sentencia del Supremo alemán reside en que, a pesar de que se informó debidamente a los pacientes y de que las operaciones se llevaron a cabo con toda corrección, se niega validez al consentimiento porque no se informó que los operadores no eran médicos, sino estudiantes de Medicina. Bockelmann se opone a esta tesis. Según ella, tampoco sería válido el consentimiento prestado por el enfermo que cree que va a ser operado por un cirujano especialista de pulmón, cuando el que opera es sólo un cirujano general. Análogamente, habría lesiones, aún cuando la operación fuese en éxito, si una eminencia médica extranjera opera a un amigo, sin saber éste que un título extranjero no habilita para ejercer la Medicina en Alemania. Para Bockelmann, en el supuesto de hecho de la sentencia y en los ejemplos mencionados existen meros errores formales que no restan eficacia al consentimiento. Sólo invalidará el consentimiento el error sobre la capacidad técnica —y no sobre la capacidad formal— del operador; pero este no fué el caso en el supuesto de la sentencia, indica el articulista, pues los estudiantes no sólo estaban capacitados técnicamente, sino que, además, efectuaron la operación correctamente.

Tras insistir —adhiriéndose a la doctrina científica dominante— en que no se puede hablar de lesiones cuando la operación se ha efectuado correctamente —tanto si hay consentimiento como si no—, Bockelmann hace unas consideraciones finales sobre la sentencia, y señala que, de todas formas, la conducta de los estudiantes era punible por intrusismo. El Tribunal no tomó en consideración esta posibilidad, quizá, porque en la conducta de los estudiantes concurría un error de Derecho: habían sido autorizados para las operaciones por el jefe de la clínica y creyeron que su actividad no era antijurídica.

STREE, Walter: «Zur Problematik des publizistischen Landesverrats» (Sobre la problemática de la traición periodística). *Juristenzeitung* 1963; páginas 527-532.

El affaire Spiegel, que llevó a una crisis de Gobierno en Alemania, directamente a la caída del Ministro Strauss e indirectamente a la caída de Adenauer, ha hecho que la ciencia juridicopenal alemana volviese sus ojos a los preceptos que castigan la traición en el StGB. (En la nota 4, Stree hace referencia a la literatura jurídica aparecida con motivo del asunto Spiegel).—El artículo de Stree, dedicado al tema, recoge su lección inaugural como catedrático de Münster.

Según el § 99 del StGB, traición es hacer llegar un secreto de Estado a un no autorizado o hacerlo público, poniendo en peligro con ello el bien de la República Federal de Alemania o de alguno de sus Länder. El secreto de Estado viene definido por la ley como aquellos hechos, objetos, etc., cuyo mantenimiento en secreto frente a un Gobierno extranjero es necesario para el bien de la República Federal o de alguno de sus Länder. En la figura de traición, por consiguiente, no sólo se tipifica la actividad del agente de espionaje que comunica secretos a un Gobierno extranjero, sino también la «traición periodística». En efecto, si un periódico alemán informa sobre hechos que se consideraran secretos de Estado incurre en delito de traición, pues, a pesar de que la información va dirigida a sus lectores, al publicarse en un periódico, llega también al conocimiento de Gobiernos extranjeros.

Ya Radbruch había protestado en los años veinte contra esta equivalencia legal entre espía y periodista. Durante la República de Weimar tales procesos de traición contra periodistas fueron muy frecuentes, alcanzando gran resonancia, sobre todo, el de Carl von Ossietzky. Ossietzky, que dirigía un periódico de la oposición, fué condenado por traición por haber dado a conocer a sus lectores que el ministerio de Transporte —violando compromisos internacionales— dedicaba importantes sumas a la construcción de aviones militares. Ossietzky, mientras cumplía su condena en una prisión hitleriana, fué galardonado con el premio Nobel de la Paz. Con el terror nazista, para el que toda protección del Estado era pequeña, desaparecieron las críticas contra la traición periodística.

La traición periodística vuelve a cobrar actualidad con el asunto Spiegel. Diversos redactores de la revista fueron acusados de traición

por publicar un artículo sobre unas maniobras de la NATO en las que se puso de manifiesto la mala preparación de las tropas atlánticas y, especialmente, del ejército alemán.

Maihofer, señala Stree, ha sido el que ha dirigido más fuertes ataques contra la traición periodística. Para MAIHOFFER, la traición periodística no es posible en ningún caso, pues secreto de Estado es sólo aquello que es preciso mantener en secreto frente a un Gobierno extranjero; ahora bien, lo que el Gobierno extranjero ya conoce no es preciso mantenerlo en secreto, y no siendo posible comprobar nunca con seguridad qué es lo que sabe y qué es lo que no sabe ese Gobierno, toda condena por traición periodística lesionaría el principio *in dubio pro reo* —al presuponerse que el Gobierno extranjero no conocía ya los hechos calificados de secreto—. En el caso del agente de espionaje las circunstancias, señala MAIHOFFER, son bien distintas: la mejor prueba de que el Gobierno extranjero no tenía conocimiento del secreto que el espía le delata, reside precisamente en que la potencia extranjera le ha encargado que lo averigüe. Stree se opone a esta argumentación, pues, escribe, también al espía se le puede encargar averiguar un hecho que su mandante conocía desde hacía tiempo con el solo fin de someterse a una prueba.

Contra la traición periodística se ha argumentado también que su castigo se opone al principio *nullum crimen sine lege*, pues, muchas veces, al ciudadano le será imposible determinar si un determinado hecho es o no secreto de Estado. Incluso las autoridades judiciales tienen que acudir a peritos para esclarecer este punto. STREE no cree tampoco que este razonamiento sea decisivo: el secreto de Estado no es, ni más ni menos, que un elemento normativo del tipo que exige, como todos estos elementos, una valoración por parte del particular.

En opinión de Stree se debe distinguir entre traición a cargo de espías y traición periodística. En la primera, el mero hecho de informar a una nación extranjera fundamenta la existencia del delito. En la segunda, por el contrario, es preciso introducir el principio democrático de que el pueblo, para decidir, debe estar informado. Siempre que la noticia sea importante para la formación de la opinión pública no habrá traición; ni siquiera aunque un Estado extranjero se beneficie de la información. Stree rechaza, sin embargo, la tesis de que el delito de traición periodística debe ser suprimido; opina que en todos aquellos casos en que la información sobre un secreto de Estado no sea precisa para formar la opinión pública de los electores habrá traición. Así, por ejemplo, si el periódico revela un código secreto o informa sobre una operación en preparación contra un círculo de espías extranjeros.

LANG-MINRICHSEN, Dietrich: «Betrachtungen zur sogen. ethischen Indikation der Schwangerschaftsunterbrechung» (Consideraciones sobre la llamada indicación ética de la interrupción del embarazo), *Juristenzeitung* 1963; págs. 721-733.

En los países germánicos, en los anglosajones y en los latinos, con el aborto se protege, en primera línea, indica el articulista, la vida del

concebido pero no nacido; en los países nórdicos y en el bloque comunista, por el contrario, la vida de la madre. En los primeros, el aborto sólo se permite en casos extremos; en los segundos, todo se hace depender de si el aborto es útil o no para la vida de la madre.

La indicación ética —aborto cuando la madre ha sido objeto de un delito contra la honestidad que ha originado el embarazo— no excluye el delito en el Derecho alemán vigente: no hay ni legítima defensa —aunque así lo admitiese en un caso la Audiencia de Flensburg—, ni estado de necesidad, ni son tampoco aplicables los principios de la evaluación de bienes o de la no exigibilidad. El aborto sólo estaría justificado si en un caso de indicación ética concudiese también la indicación médica; es decir: si hubiera peligro de que la mujer cometiese suicidio o de que falleciese a consecuencia del embarazo o del parto.

El problema de la indicación ética se hizo agudo en Alemania en 1945 a consecuencia de las violaciones de mujeres alemanas por soldados de las fuerzas de ocupación. En la práctica los delitos de aborto con indicación ética no fueron perseguidos. En Baviera, incluso, los fiscales recibieron instrucciones expresas en este sentido. En la República Democrática Alemana (comunista), varios Länder reconocieron legalmente la indicación ética; estas leyes fueron derogadas en 1950.

El articulista se ocupa a continuación del problema de la indicación ética en Derecho comparado. Argentina, indica, fué el primer país que la admitió en 1921. En la Unión Soviética la legislación sobre el aborto ha sido fluctuante. Actualmente el aborto sólo está prohibido cuando lo realizan personas que no sean médicos o cuando se pone en peligro la vida de la madre. LANG-HYNRICHSEN, sin embargo, duda que en la práctica sea posible a cualquier ciudadana soviética abortar impunemente. La indicación ética está admitida en Suecia, Dinamarca, Islandia, Finlandia y Polonia. Refiriéndose a España e Italia, dice que la opinión científica está dividida. Fuera de Europa es impune el aborto por indicación ética en Argentina, Brasil, Cuba, Uruguay, Méjico, Ecuador y Japón.

En Alemania, el Proyecto de 1960 declaraba expresamente impune la interrupción del embarazo por indicación ética en su § 160. El Comité Jurídico del Bundesrat se mostró de acuerdo con esta disposición, pero no el Pleno. En el Proyecto de 1962 el precepto ha sido suprimido. En la Gran Comisión hubo 14 votos a favor del reconocimiento de la indicación ética, cinco en contra y dos abstenciones. Las Comisiones de Derecho penal de la Asociación Alemana de Magistrados y de las Cámaras Alemanas de Abogados se declararon también a favor; pero en el Pleno del Comité de Magistrados fué rechazado el aborto por indicación ética por 701 votos contra 650. Las jerarquías católicas alemanas se muestran decididamente en contra de la indicación ética. Por el contrario, la Iglesia luterana está dividida; abundan, ciertamente, los que rechazan tal indicación, pero hay opiniones a favor del peso de las de los catedráticos protestantes Beckmann y Thielicke. Por lo que se refiere a las opiniones médicas, condena el aborto por indicación ética la Sociedad Alemana de Psiquiatría y Terapéutica Mental y lo defiende la Federación

Alemana de Mujeres Médicos; la opinión está dividida en la Sociedad Alemana de Medicina Social y Legal, en la Sociedad de Psicoterapia y Psicología Profunda y en la Sociedad Alemana de Ginecología.

Entre los juristas destacan las opiniones de EB. SCHMIDT en contra, y de STAMMBERGER —ex-Ministro de Justicia federal—, SCHWARZHAUP —Ministro federal de Familia— y V. NOTTBECK —Ministro de Justicia de la Baja Sajonia— a favor.

LANG-HINRICHSSEN rechaza la impunidad del aborto en base a esta indicación. Existe, dice, el peligro de graves abusos; ya que la prueba del delito contra la honestidad ha de hacerse en breve espacio de tiempo, debido a que, por el peligro que para la vida de la madre representaría una intervención posterior, el aborto ha de verificarse durante las primeras doce semanas. El proyecto de 1960 exigía sólo motivos racionales —y no seguridad— de que la mujer había quedado embarazada a consecuencia de un delito contra la honestidad. En los países en los que se ha tolerado la interrupción del embarazo por indicación ética, continúa argumentando el articulista, las experiencias no han sido muy favorables; en Suecia, añade, la autorización de los abortos legales ha hecho aumentar el número de los ilegales; ello es debido a que las mujeres prefieren no someterse al procedimiento que ha de decidir sobre la autorización, ante el temor de que su solicitud sea rechazada. El articulista continúa desarrollando su tesis alegando que, a pesar de la intervención de un médico en el aborto, los peligros para la salud física y psíquica de la madre siguen siendo considerables; además, escribe, se obliga a la madre a tomar una decisión casi inmediata —antes de las doce semanas— en un momento en que aún está bajo el impacto emocional del delirio contra la honestidad del que ella ha sido sujeto pasivo. Finalmente, dice LANG-HINRICHSSEN, en los países germánicos, donde en primera línea figura la protección a la vida del concebido pero no nacido, el reconocimiento de la indicación ética sería antitradicional.

LANG-HINRICHSSEN propone, sin embargo, para librar a la madre de la carga emocional del embarazo y para reconocerla —en una cierta medida— su derecho a determinar si quiere ser madre o no, que sea posible, a solicitud de la embarazada, destruir todo vínculo jurídico con la criatura. A petición suya, la madre podría dejarlo de ser en sentido jurídico, encargándose el Estado del mantenimiento y educación del niño.

ENRIQUE GIMBERNAT

Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft

Volumen 75 (1963), fascículo 2

El fascículo comienza con una nota necrológica de WAIDER en memoria del profesor Werner Niese, fallecido el 9 de mayo de 1963.

SCHMITT, Rudolf: «Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht (El concurso en el Derecho vigente y en el futuro).

En este fascículo concluye SCHMITT el artículo —dedicado, por cierto, a la memoria de Niese— que había iniciado en el fascículo 1. El artículo, que es al mismo tiempo una recensión del escrito de habilitación de GEERDS dedicado al concurso de delitos, consta de una primera parte dedicada al estudio del derecho vigente y de una segunda que se ocupa del problema a la luz del Proyecto del Código penal para Alemania de 1962.

En el Proyecto, como en el Derecho vigente, la ley no da ningún criterio para determinar cuándo hay unidad y cuándo pluralidad de acciones. A pesar de que esto es fundamental para decidir si hay concurso de leyes o ideal (una acción) o real (varias acciones), SCHMITT no estima criticable el silencio de la ley; pues, escribe, actualmente es frecuente que, a pesar de que el sujeto ha realizado varias acciones, se considere, mediante una ficción jurídica, que ha sido una sola la acción ejecutada (ejemplos: delito continuado, unidad natural de acción).

El Proyecto coincide también con el Derecho vigente en no regular ni el concurso de leyes ni el delito continuado; esto último lo aprueba SCHMITT sin reservas, ya que, en su opinión, el delito continuado es una peligrosa creación jurisprudencial que debería desaparecer.

El articulista termina su trabajo proponiendo de *lege ferenda* que se supriman las diferencias existentes entre la penalidad del concurso ideal y la del real.

WAIDER, Heribert: «Bemerkungen zum Naturbegriff und zur Lehre von den Ehezwecken im Anschluss an die Entscheidung BGHSt 16, S. 175 ff.» (Observaciones sobre el concepto natural y sobre la teoría de los fines del matrimonio en referencia a la sentencia del Tribunal Supremo Federal 16, págs. 175 y sgs.).

El artículo está motivado por una sentencia del TS alemán sobre el concepto del yacimiento, en la que se niega que el concepto juridicopenal esté supeditado al médico. Pero este punto de arranque es lo único del artículo que está en relación con el Derecho penal, ya que el verdadero objeto del estudio de WAIDER es la teoría de los fines del matrimonio desde el punto de vista de la Iglesia católica. El artículo, por consiguiente, ofrece interés sólo para los canonistas.