

REVISTA DE REVISTAS

ALEMANIA

Neue Juristische Wochenschrift

1963-1964

KOHLHAAS, Max: «Die rechtfertigende Einwilligung bei Körperverletzungstatabständen». (El consentimiento justificante en tipos de lesiones corporales). *Neue Juristische Wochenschrift* 1963. Pags. 2348-2351.

Al autor le preocupa que en muchos casos de intervenciones médico-quirúrgicas el médico no sepa, hasta que no lo decide un Tribunal, si el consentimiento de la persona intervenida justificó o no su acción. Pues, según el Derecho alemán, este consentimiento sólo tiene relevancia jurídico-penal si el hecho no infringe las buenas costumbres. Y qué es lo que infringe las buenas costumbres lo decide el juez. Kohlhaas reconoce que existen casos —por ejemplo, decidir si una obra literaria se mantiene o no dentro de los límites de la moral— en los que no hay más remedio que encomendar al juez la solución definitiva. Pero cree que, en interés de la seguridad jurídica, es preciso llegar a una regulación distinta en la mayoría de los casos en que los médicos ignoran actualmente si el consentimiento del sujeto pasivo excluye o no la antijuridicidad de la intervención; pues las opiniones sobre la moralidad de estas intervenciones son tan dispares —según que el que opine sea católico o protestante, cristiano-demócrata o socialista, etcétera— que se impone una decisión terminante por parte del legislador.

¿Es lícita la castración de un padre de familia, si éste consiente en ella para eliminar su tendencia a cometer delitos sexuales? ¿Contradice tal intervención, a pesar del consentimiento, las «buenas costumbres»? Un psiquiatra llamaría la atención sobre el gran número de familias que han vuelto a recobrar la felicidad después de la castración del padre, y que ya no tienen que echarse a temblar cada vez que se retrasa más de diez minutos en volver a casa; sobre la confianza en sí mismo, tanto en el plano profesional como familiar, recobrada por el que se sometió a la intervención. ¿Es punible la esterilización de una mujer a la que está dejando continuamente embarazada un marido borracho y que si no fuese por dicha esterilización acudiría, tal vez, al aborto? Se conocen casos de hombres que se sienten mujeres, se visten como mujeres y adoptan incluso una profesión femenina, pero que viven en el constante temor de ser descubiertos. ¿Le es lícito al médico actuar y eliminar quirúrgicamente aquellas características físicas que pueden llevar al descubrimiento de que la supuesta mujer es un hombre? ¿Es moral que un médico «juegue a ser creador», es punible su comportamiento?

En opinión de Kohlhaas, no es el juez el llamado a decidir a posteriori sobre la moralidad o inmoralidad —y consiguiente antijuridicidad— de estas

intervenciones quirúrgicas, sino que el cirujano debe poder informarse antes de actuar, en base a la Ley, si tal comportamiento es punible o no. Y debe ser la Ley la que le informe, concluye el autor, porque cuando, como en estos casos, el Derecho natural no da una respuesta clara, debe regir el principio: «; El positivismo ha muerto, viva el positivismo!»

WOESNER, Horst: «Strafrechtlicher und sittlicher Schuldvorwurf». (Reproche de culpabilidad jurídico-penal y moral). *Neue Juristische Wochenschrift* 1964. Págs. 1-5.

El autor combate la extendida opinión de que siempre que existe un reproche jurídico-penal existe también uno moral. Esto no es así, entre otras razones, porque el Estado, dentro del campo de sus tareas administrativas, puede perseguir el cumplimiento de normas neutrales al valor con la amenaza de una pena. En Derecho de la circulación y en las leyes especiales existen muchas reglas de comportamiento que no encuentran correspondencia en ningún mandato ético: el que haya que comportarse así no lo determina una máxima ética, sino el ordenamiento estatal que, en base a consideraciones de oportunidad, quiere proteger determinados objetos.

Los Tribunales deben evitar en lo posible, escribe Woesner, tomar partido por algunas de las diversas concepciones éticas que existen en una comunidad determinada en un momento determinado. Las verdaderas dificultades se presentan cuando el legislador ha convertido la ley moral en parte integrante de la Ley; así por ejemplo, en el § 226 a StGB («infracción de las buenas costumbres») y en el § 170 d StGB («poner en peligro la salud moral de un niño»): en tales casos, para que haya reproche jurídico-penal tiene que haber también reproche moral. El gran peligro es que el juez declare entonces su ideología moral —que, en realidad, sólo puede pretender ser la de un grupo determinado— parte integrante del Derecho. Woesner opina que un médico que esterilice por indicación eugenésica o social no debería ser condenado: hacerlo supone imponer la ideología moral de una cierta mayoría sobre la ideología del médico —que, de momento, es sólo la de una minoría, pero que tal vez en un futuro próximo se convierta en la dominante.

Distinta es la cuestión que plantea el delincuente por convicción. En tal caso no se trata de aplicar un tipo jurídico-penal referido a valores morales, sino normas estatales de comportamiento. La culpabilidad penal consiste aquí en la rebelión consciente contra la norma positiva, sin que ello quiera decir que el comportamiento del delincuente por convicción sea también moralmente reprochable.