

BAUMANN, Jürgen y otros: «Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Person. Erster Halbband. (Proyecto Alternativo de un Código Penal. Parte Especial. Delitos contra la persona. Parte Primera)», J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1970, 99 págs.

El grupo de profesores que está elaborando un Proyecto Alternativo de Código Penal presenta ahora la primera parte de los delitos contra las personas. En una segunda parte se contendrán, entre otros, los delitos contra el honor, las lesiones de la esfera de la intimidad y los delitos de peligro general.

En el Título Primero (§§ 100 a 104), dedicado a los «delitos contra la vida», se regulan todas las variantes de muerte dolosa en sólo dos preceptos. En el § 100 se castiga el homicidio doloso con privación de libertad no inferior a cinco años, autorizándose al juez a imponer facultativamente la pena de reclusión perpetua en determinados casos de homicidio doloso que en parte coinciden con el asesinato tradicional, pero en parte no: por ejemplo, «cuando con una o varias acciones se mate a varias personas». En ese mismo § 100 se consideran homicidios privilegiados, castigados con privación de libertad de hasta cinco años, los supuestos del autor cuya culpabilidad se halla notablemente disminuída a causa de sus móviles o de una poderosa emoción, y de la mujer que mata al hijo durante o inmediatamente después del nacimiento. Destacan como novedades importantes, por consiguiente, que en los homicidios agravados (la expresión «asesinato» desaparece) no se impone nunca como pena única la de la reclusión perpetua, que se prescinde de las reglas generales del concurso —y se puede privar de libertad de por vida— en los casos de varios homicidios simples en concurso real o ideal, y que la muerte que la madre causa al hijo durante o a raíz del parto queda privilegiada independientemente de la legitimidad o ilegitimidad del hijo (en la Fundamentación del Proyecto se argumenta que la situación psíquica excepcional condicionada por el nacimiento supone una disminución de la culpabilidad tanto si el hijo es legítimo como si no).

En el caso de que coincidan en un homicidio doloso los presupuestos de agravación y de privilegio se preve una pena de hasta diez años de privación de libertad. El § 101 regula la muerte a petición de la víctima; el § 102 el homicidio imprudente; y el § 103 la no evitación de suicidio: esta omisión sólo es punible cuando el suicida sea menor de dieciocho años o padezca una perturbación psíquica y además —segundo requisito— el que omite tenga una posición de garante. En el § 104 se dispone la no antijuridicidad de la muerte de un niño durante el nacimiento cuando, según los conocimientos médicos sea necesaria para evitar un serio peligro para la vida o la integridad física de la madre.

Se esperaba con interés la propuesta de regulación del Proyecto Alternativo de un delito con tanta carga ideológica como el aborto.

La Exposición de Motivos comienza señalando la ineficacia de la actual prohibición penal del aborto: el número de abortos representa, por lo menos, un tercio del de los nacimientos y es posible, incluso, que la cifra de seres abortados supere a la de los nacidos; en cualquier caso, los cálculos más prudentes hablan de varios cientos de miles de abortos al año. Y, no obstante,

en los años de 1963 a 1965 sólo fueron condenadas 3.621 personas por este delito.

Esta situación condiciona, a su vez, la ineficacia de las vigentes disposiciones penales. El juicio de desvalor sobre el aborto pierde su fuerza de convicción, se dice en la Exposición de Motivos, si las acciones prohibidas son cometidas por innumerables ciudadanos, si todo el mundo sabe que la pena sólo se aplica —y por casualidad— a muy pocos. Escasa intimidación puede esperarse de esos preceptos cuando la posibilidad de ser condenado es tan pequeña que la comisión del hecho no supone ningún riesgo serio. No puede sorprender por ello, continúa la Exposición de Motivos, que en la práctica de los tribunales el aborto se haya convertido en un delito venial; las culpables de autoaborto han sido condenadas en los últimos años, en casi el 90 por 100 de los casos, con multa o con pena privativa de libertad inferior a tres meses y remitida condicionalmente.

No sólo la ineficacia es lo que reprochan los autores del Proyecto Alternativo a la regulación vigente, sino también sus consecuencias de carácter negativo. Como a los médicos les está prohibido practicar abortos y muchas mujeres embarazadas no consiguen encontrar la vía de un país con una legislación penal menos rigurosa o de un médico que actúe en Alemania fuera de la ley, eligen el camino del autoaborto o se ponen en manos de una persona médicamente incompetente. La consecuencia indirecta de la actual regulación es, se afirma en la Exposición de Motivos, que en gran número de intervenciones abortivas se causa la muerte de la mujer o lesiones de su integridad física.

Para los autores del Proyecto Alternativo, el Derecho vigente y el Proyecto de 1962 decansan en el error fundamental de que el legislador cree que es suficiente prohibir y amenazar con una pena aquellas acciones que no deben suceder, y de que no percibe la responsabilidad que tiene por la eficacia o ineficacia y por los efectos secundarios de sus prohibiciones.

Una ley debe tratar de conformar la realidad de acuerdo con las directrices fijadas. El fin de los preceptos sobre el aborto debe ser el de tratar de contener su número en lo posible, ya que prescindiendo de situaciones de excepción, la muerte de un embrión no es sólo reprobable éticamente, sino que supone la destrucción de un bien jurídico. El auténtico problema para los autores del Proyecto Alternativo es, por consiguiente, encontrar el camino mejor para alcanzar la mayor protección posible del feto que pueda realizarse con los medios del Derecho penal.

La mayoría de los autores del Proyecto estima que la mejor regulación (dentro del marco de lo factible) es la de dejar impune el aborto cometido dentro de los tres primeros meses del embarazo, exigiéndose, en determinados casos, que la mujer justifique haber acudido a un consultorio de orientación. Estos consultorios deberán estar en situación de prestar ayuda económica, social y familiar. También deberán hacer patente a los que acuden que el aborto es médicamente una intervención de carácter grave que acarrea la destrucción de una vida, y que ello supone la infracción de una elevada responsabilidad ética.

Pero la embarazada ha de acudir al consultorio sin el temor de que ello puede hacer jurídicamente inviable el aborto. Y esto sólo es posible si

se acepta que, cumplido el requisito de asesoramiento, la mujer puede ya abortar impunemente. Los autores del Proyecto recalcan, sin embargo, otra vez, que la regulación propuesta no supone que aprueben el aborto, sino que sólo con ella es factible contener su elevado número actual; afirman que su regulación es, en cualquier caso, un medio mucho más eficaz que la mera pero inoperante prohibición penal de ese hecho.

En consecuencia, el § 105 del Proyecto declara impune el aborto realizado dentro de las cuatro primeras semanas siguientes a la concepción; si se realiza en el segundo o en el tercer mes se exige, para que la conducta no sea punible, que la intervención se lleve a cabo por un médico después de que la embarazada haya acudido a un consultorio de orientación. En el mismo precepto se establece una pena agravada para el aborto realizado sin el consentimiento de la mujer, o bien habitualmente y lesionando las reglas de la ciencia médica. Como queda autorizado el aborto durante los tres primeros meses, para después de ese período se restringe el reconocimiento de las indicaciones, permitiéndose únicamente el aborto por indicación médica o eugenésica.

Por primera vez en los cinco tomos aparecidos hasta ahora, una minoría de los autores del Proyecto presenta un segundo articulado con su correspondiente exposición de motivos, declarándose impune también el aborto realizado con el consentimiento de la embarazada dentro de las cuatro primeras semanas siguientes a la concepción. Pero a partir de ese momento sólo se permite el aborto cuando, teniendo en cuenta todas las circunstancias existenciales, no puede exigírsele a la mujer el parto; esta cláusula general se desarrolla, por vía de ejemplo, con algunos supuestos de no exigibilidad: indicación médica, que la mujer sea menor de dieciséis años al tiempo de la concepción, indicación social, indicación ética e indicación eugenésica.

En la regulación de las lesiones el Proyecto Alternativo distingue entre maltrato de obra y lesiones y, en referencia a estas últimas, se tratan de evitar las cualificaciones por el resultado. Para ello, se tipifican las lesiones prescindiendo del resultado y teniendo únicamente en cuenta la gravedad del medio empleado. La mayor o menor trascendencia de la lesión sólo desempeña un papel, estableciéndose distinta pena para uno y otro caso, cuando el resultado se ha causado con dolo directo o eventual. La no antijuridicidad de las lesiones en caso de consentimiento experimenta una considerable ampliación en el § 112.

El Título Cuarto se ocupa de la omisión del deber de socorro. El Título Quinto de los delitos contra la libertad. Dentro de éstos destaca la regulación de la coacción, pues los autores del Proyecto han sustituido la cláusula general del Derecho vigente («el hecho es antijurídico cuando el empleo de la violencia o de la amenaza del mal deba ser considerado reprobable en relación al fin perseguido») por una regulación detallada de los casos individuales en que es punible obligar a otro a hacer, soportar u omitir. El § 123 del Proyecto se ocupa, en relación a las intervenciones médicas, del consentimiento del paciente y del deber del médico de informarle sobre el estado de su salud.

Finalmente, en los dos últimos títulos se regulan los delitos contra la

libertad sexual y contra los menores, ordenándose sistemáticamente los delitos sexuales que habían sido objeto de un tomo anterior del Proyecto Alternativo.

Enrique GIMBERNAT ORDEIG

BERGHAUS Hartwig: «Der strafrechtliche Schutz der Zwangsvollstreckung»
 («La protección jurídico-penal del embargo»), Gotinga, 1967, 141 págs.

En el presente libro se estudian, como su título indica, la problemática que plantea el embargo o ejecución forzosa en el Derecho penal, examinándose varios tipos delictivos relacionados con dicha institución procesal que sirve al mismo tiempo como denominador común de todos ellos.

Si dicha relación con el embargo es la que sirve de aglutinante de estos tipos delictivos, son sus distintos bienes jurídicos protegidos los que distinguen unos de otros. Por eso es parte fundamental del trabajo el estudio de los bienes jurídicos protegidos en los distintos tipos de delitos.

Varios son los delitos que en el Código penal alemán (StGB) se contienen relacionados con el embargo: delitos de resistencia al ejecutor judicial (§ 113), de quebrantamiento del embargo (§§ 136 y 137), coacción (§ 253), frustración del embargo (§ 288), *furtum possessionis* (§ 289), etc. Algunos de ellos tienen una correspondencia casi exacta con algunos de los tipos de delitos contenidos en nuestro Código penal, como la malversación impropia (art. 399), alzamiento de bienes (art. 519), *furtum possessionis* (art. 531, 2), etc.

Para su estudio divide el autor el libro en tres capítulos: Protección penal del deudor, protección penal del acreedor y protección penal del Estado en la ejecución forzosa.

El deudor está protegido tanto frente a la ejecución forzosa ilegal por parte del Estado como por parte del acreedor. Frente a la actividad ilegal de ejecución del agente judicial, tiene el deudor un derecho de resistencia, que puede considerarse como una legítima defensa que excluiría la anti-juridicidad de su conducta aun cuando se realizara el tipo del § 113 que trata precisamente de la resistencia ante un funcionamiento o agente de la autoridad. El autor del libro llega a la conclusión de que en este caso sólo es admisible el derecho de resistencia, cuando faltan los requisitos formales procesales para realizar el embargo, es decir, cuando falta el título ejecutorio, pero no cuando éste, siendo formalmente válido, es materialmente inválido. La anti-juridicidad de la conducta está, pues, en relación con la admisibilidad del embargo.

Lo mismo ocurre en el caso de que se realice una actividad ilegal de ejecución por parte del acreedor. El deudor tiene derecho a la legítima defensa y el acreedor puede ser castigado por un delito de coacciones, § 253, siempre que el título ejecutorio no posea una función justificadora.

Pero también el ejercicio lícito de la ejecución forzosa por parte del acreedor puede ser puesto en peligro o lesionado por las maniobras del deudor. Al estudio de este problema se dedica el segundo capítulo, examinándose dos disposiciones del StGB que afectan directamente a esta cuestión: los §§ 288 y 289, equivalentes a nuestro alzamiento de bienes y al