

REVISTA DE REVISTAS

A L E M A N I A

Neue Juristische Wochenschrift 1964

WELZEL, Hans: «Gesetzmässige Judentötungen?» (¿Muertes legales de judíos?). Neue Juristische Wochenschrift 1964, págs. 521-523.

Welzel se ocupa en su artículo de la dirección doctrinal que atribuye rango de ley a la orden secreta de Hitler en la que se dispuso la «solución final de la cuestión judía». Si esto fuese así, dicha orden habría anulado legalmente, desde un punto de vista de Derecho positivo y a pesar de su evidente oposición al Derecho natural, la punibilidad de las muertes ocasionada a judíos.

Pero Welzel niega que dicha orden pueda ser considerada una ley; y no puede serlo, afirma el catedrático de Bonn, por faltarle uno de los requisitos indispensables de toda ley: la publicación. El articulista demuestra, citando escritos aparecidos en la época nacionalsocialista —de Werner Weber y de Ernst Rudolf Huber—, que también entonces se era de la opinión de que no se podía prescindir de la publicación de la ley. «Precisamente con la supresión de la publicidad del procedimiento legislativo parlamentario ha adquirido la publicación formal del Derecho una importancia aún mayor para su conformación; no es admisible, en absoluto, considerar la publicación del Derecho una manifestación específica del liberalismo y, así, devaluar su significación», escribía Werner Weber en 1942. Huber, en 1944, se expresaba en idéntico sentido: «Por ello, la publicación es hoy el minimum de forma del que no se puede prescindir, so pena de destrozarse la ley como forma de manifestación del Derecho».

En base a todo ello, Welzel ratifica su postura de que un elemento esencial del concepto de ley —también del concepto de ley del Tercer Reich— es la publicación.

Pero es que, además de carecer de publicación, continúa Welzel, la orden secreta de Hitler careció de contenido legal. Como ley hubiera debido tener el siguiente contenido: «§ 1. Se desposee a los judíos del derecho a la vida; deberán ser matados inmediatamente. § 2. La ejecución de esta ley queda encomendada al Jefe del Reich de la S.S.» Una ley con este contenido, escribe Welzel, no ha existido nunca.

El artículo termina con estas palabras: «Siempre que una persona disponga a su arbitrio de la vida de los demás, estaremos única y exclusivamente ante un acto de fuerza, no ante un acto de Derecho. La apelación al «derecho» del más fuerte es siempre una negación del Derecho, es la constatación tautológica de la fuerza del más fuerte... Por ello, la orden de matar a los judíos pudo funcionar como emanación de una fuerza superior, pero no pudo ser nunca un precepto jurídico sobre el derecho a disponer de la vida de los judíos».

VON SCHUMANN, Hans-Joachim: «Probleme des Sittenstrafrechts. Ein Beitrag zur Strafrechtsreform vom Standpunkt des Arztes» (Problemas del Derecho penal de los delitos contra la honestidad. Una contribución a la reforma del Derecho penal desde el punto de vista del médico), *Neue Juristische Wochenschrift* 1964, págs. 1158-1162.

El articulista es de la opinión que en la reforma de los delitos contra la honestidad habrán de tenerse en cuenta las transformaciones sufridas en los últimos años sobre el concepto de la moral sexual, así como los nuevos conocimientos científicos.

Para von Schumann el Código penal de 1871 (StGB) partió de la idea de que la sexualidad era algo vil y bajo. El legislador se atribuyó el papel de juez de las costumbres —incluso en la esfera íntima—, surgiendo, así, un Código penal con una concepción marcadamente enemiga de lo sexual.

Actualmente, el § 180, párrafo 2, StGB, castiga la explotación de los locales destinados a la prostitución. El tipo se conserva en el Proyecto de 1962. De hecho, sin embargo, es éste un delito que no se persigue. El articulista aboga por la supresión del precepto. En su opinión, existen varios argumentos que hablan en favor de la no prohibición de los prostíbulos. Ahí pueden encontrar satisfacción hombres sexualmente perversos, con lo que se previene el peligro de delitos de violación y de escándalo público. Al estar sometidas las prostitutas a un control médico se impide la propagación de enfermedades venéreas. Además, los burdeles hacen innecesaria la prostitución callejera, evitándose así el escándalo para niños y jóvenes y las molestias a los ciudadanos en general. Por último, la existencia de prostíbulos hace disminuir el rufianismo, ya que las mujeres públicas necesitan «protección» sobre todo cuando tienen que moverse libremente.

El § 229 del Proyecto de 1962 tipifica con toda meticulosidad la trata de blancas. En opinión de von Schumann, sin embargo, dicho comercio es algo que actualmente sólo pertenece al mundo de las películas. Según los informes de la Interpol, en los casos de la llamada trata de blancas de los que se ha tenido que ocupar, todas las personas objeto del comercio estaban de acuerdo con el fin y el destino del viaje.

El § 221 del Proyecto castiga la publicidad de procedimientos y medicos anticonceptivos, así como la venta pública de estos últimos, si con ello se lesionan las buenas costumbres. Schumann cree, en cambio, que lo que hay que tratar de alcanzar es un mayor conocimiento por parte de los ciudadanos de las posibilidades anticonceptivas, ya que éste es el procedimiento más indicado para impedir profilácticamente los abortos criminales. Dentro de esta conexión, von Schumann opina que el comercio sexual prematrimonial no es considerado ya algo inmoral, apoyando esta tesis con datos del Departamento Federal de Estadística: En la República Federal de Alemania, aproximadamente, el 70 por 100 de los primogénitos han sido engendrados antes del matrimonio.

Tras estudiar el problema de la castración voluntaria y el del aborto por indicación ética, von Schumann pasa a ocuparse de la homosexualidad. En el Proyecto de 1962 se establecen importantes limitaciones respecto del Derecho vigente. La masturbación recíproca dejará de ser punible: en el fu-

turo § 216, que castigará la homosexualidad, sólo podrán subsumirse acciones análogas al coito. No es posible entrar aquí en los argumentos de todo tipo —históricos, jurídicos, médicos, psicológicos— a que acude el autor para demostrar lo desacertado de prohibir, bajo la amenaza de una pena, la homosexualidad entre varones adultos. Me limito a recoger un interesante dato al que hace referencia von Schumann: En una encuesta de carácter universal realizada en 1957 por la Organización Internacional de Policía Criminal, negaron la mayoría de los países consultados que la homosexualidad tenga una especial significación delincencial.

ENRIQUE GIMBERNAT

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Tomo 75, 1963, fasc. 4.

ROXIN, Claus: Die provozierte Notwehrlage («La situación de legítima defensa provocada»).

El trabajo de Roxin es una contribución importante para la delimitación del derecho de defensa. Según la opinión dominante en la doctrina alemana (recogida en las propuestas de Eb. Schmidt y Schwalm en la Comisión de reforma del Código penal alemán) no se da la eximente cuando la situación de defensa ha sido provocada «intencionadamente» por el sujeto. Según la teoría de la «actio illicita in causa», formulada por Baumann y sustentada también —con variaciones importantes, que no podemos detallar aquí— por Lenckner y Schröder, la conducta defensiva del provocador que lesiona los bienes jurídicos del provocado está amparada por la legítima defensa, pero el provocador responde de la lesión de dichos bienes jurídicos —a título de dolo o culpa— por haber provocado la situación de defensa.

Roxin pone de manifiesto la fragilidad de esta construcción de la «actio illicita in causa», en relación con la fundamentación de la causa ilícita, la justificación de la conducta defensiva del provocador y las consecuencias que se derivan para la autoría y la participación y la delimitación de los actos preparatorios y la tentativa.

Roxin considera, acertadamente, que sólo mediante el principio del abuso de los derechos (el abuso es un límite inmanente de todos los derechos) es posible delimitar correctamente en estos casos el derecho de defensa. Rechaza, sin embargo, el criterio de la opinión dominante, por ser, en un sentido, demasiado amplio (la provocación intencional de la situación de defensa excluye siempre la justificación), y en otro, demasiado restringido (porque no tiene en cuenta los casos en que la provocación no es intencional, pero es dolosa, culposa o de algún otro modo culpable).

Roxin agrupa los casos que se han presentado en la práctica de su país. Distingue en el plano subjetivo según que la situación de defensa haya sido creada intencionada, dolosa, culposamente o de otro modo culpable. En el plano objetivo distingue según que la acción provocadora sea exigida por el