

# REVISTA DE REVISTAS

ALEMANIA, R. F.

## NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT

Revista semanal. Año 38, primer tomo (fascículos 1 a 26, páginas 1 a 1488). C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Múnich y Frankfurt, 1985

**REBMANN, Kurt: «Der Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeibeamter im Bereich der Strafverfolgung». (La utilización de funcionarios de policía que efectúan pesquisas encubiertamente en el ámbito de la persecución penal), págs. 1-6.**

Tras señalar que el problema analizado es el que hoy fundamentalmente preocupa dentro de la temática más amplia del generalmente llamado «V-Mann» («persona infiltrada» o «confidente»), informa el autor de que, dadas las dificultades del tema, se produce a menudo una «llamada al legislador» para solucionarlas. Para Rebmann, sin embargo, no es necesaria una normativa especial, por diversos motivos que analiza en un apartado de su artículo, que, por lo demás, pretende poner de relieve cuáles son los fundamentos de Derecho para la utilización de funcionarios de policía que actúan de modo encubierto en sus pesquisas en el ámbito de la persecución de hechos criminales.

Es búsqueda de claridad conceptual, señala Rebmann cómo el BGH (sentencia de 17-10-1983) mantiene un concepto amplísimo de «V-Mann», en el que caben tanto los «confidentes», sean éstos reclutados entre personas que por su profesión accedan a informaciones de interés para la policía o entre personas pertenecientes o que han pertenecido al mundo criminal, como a los propios funcionarios «infiltrados» de policía, entre ellos aquéllos de los que trata este artículo (de esta amplitud del concepto provienen las dificultades para encontrar un término castellano que traduzca la expresión «V-Mann», pues la palabra «confidente», en mi opinión, no puede abarcar al «infiltrado», en especial cuando éste es funcionario de policía. Y viceversa).

Contra este amplio concepto, el autor del artículo afirma que el funcionario de policía que investiga de modo encubierto no es un «V-Mann» en el sentido y uso del lenguaje originarios criminalísticos y se distingue de éste en que nuestro funcionario no sólo está sometido a los preceptos generales del Derecho de los funcionarios, sino también a las obligaciones especiales derivadas del ordenamiento procesal penal. Ahora bien, tanto el «V-Mann» como el funcionario a que nos referimos pueden actuar como «agente provocador», por lo que ésta no sería una tercera categoría distinta a aquéllas.

El funcionario que nos ocupa sólo debe ser utilizado para la persecución de hechos criminales graves y peligrosos, cuyo esclarecimiento es imposible o muy difícil con los medios de pesquisa policial tradicionales. Contra estos hechos

sólo se podrá luchar con medios ajustados a las exigencias del Estado de Derecho, entre los que, en opinión del autor, está sin duda la utilización de los tantas veces nombrados funcionarios.

Nuestro funcionario se diferencia del tradicional funcionario de la policía criminal en lo distinto de su forma de actuación, que tiene que adaptarse al medio criminal en que se moverá para realizar sus pesquisas sin ser descubierto.

El fundamento de Derecho para la utilización de estos funcionarios vendría dado por el § 163 StPO (*Ley procesal penal*) en relación con el § 161 StPO y por el mandato constitucional de esclarecimiento procesal de las circunstancias de hecho. En la explicación de estos fundamentos examina también el autor el posible choque con la esfera privada del sujeto, también constitucionalmente protegida, y fija los límites (*derivados de estas exigencias constitucionales o de preceptos procesales*) que no debe sobrepasar la actuación del funcionario. Si con lo anterior justifica Rebmann la utilización de estos funcionarios, niega por el contrario el carácter de fundamento de Derecho para esta utilización al § 34 StGB (*estado de necesidad justificante del Código penal alemán*) y a la «cláusula general policial».

Informa Rebmann de la jurisprudencia última relacionada con el tema, que justifica la actuación de «infiltrados» para casos similares a los recogidos por este autor, pero que no señala fundamentos de Derecho.

Se conciliaría bien con la obligación de persecución penal (incluida la obligación de denunciar) que tiene el funcionario, derivada del principio de legalidad, el esperar un tiempo, en vez de denunciar inmediatamente, cuando con ello se prevea conseguir un mejor esclarecimiento de los hechos. Esa espera no supondría por tanto un abandono de la persecución criminal. El proceso de averiguación o pesquisa sólo tendría sus límites allí donde hubiera una amenaza de lesión del mandato de prontitud o se pusiera en duda el esclarecimiento de los hechos.

Otros puntos analizados por el autor del artículo son las distintas medidas concretas de investigación y su enjuiciamiento jurídico, siendo muy interesante desde el punto de vista del Derecho penal material la afirmación de que el funcionario no está legitimado para cometer acciones delictivas, salvo que en el caso concreto concurra alguna causa de justificación (cita el estado de necesidad), es decir, como sucede para cualquier otro ciudadano.

Estudia Rebmann también el tema de la «promesa de (respetar el) carácter confidencial» y la relación entre la Fiscalía y la policía en los casos de utilización de los funcionarios que nos ocupan.

Por fin, dedica el autor un corto apartado al funcionario que opera de modo encubierto en el ámbito de los servicios de información, que hay que diferenciar claramente, en cuanto a los fundamentos y límites de su actuación, de los funcionarios que han sido centro del artículo.

**STEINHILPER, Udo: «Zur Betrugsstrafbarkeit der Kreditkartenmissbrauchs».**  
(Acerca de la punibilidad como estafa del uso indebido de tarjetas de crédito), págs. 300-303.

De la mano de dos sentencia (en primera y segunda instancia: LG Bielefeld, en NJW 1983, págs. 1335 y ss., y OLG Hamm, en NJW 1984, págs. 1633 y ss.)

que resuelven el caso de modo distinto y contradictorio, se plantea el autor el problema de si encaja en el tipo de estafa la conducta del titular de una tarjeta de crédito que la utiliza para pagar mercancías o prestaciones de servicio, sabiendo que ni quiere ni puede compensar el saldo negativo que tiene con la entidad emisora de la tarjeta de crédito.

El eje de la argumentación consiste en comprobar si en la conducta del titular de la tarjeta se puede apreciar una acción engañosa (elemento del tipo de estafa). La conclusión de Steinhilper es que hay que diferenciar dos casos: 1.º Aquél en que la suma de dinero que se quiere pagar con la tarjeta no supera el límite de garantía de la misma. Aquí no habría acción engañosa con la presentación de la tarjeta para pagar, pues dicha presentación sólo supondría la declaración de que el titular es idéntico a la persona que presenta la tarjeta y que se respetará la garantía por la entidad emisora de la misma. Pero nada se dice sobre las relaciones entre titular y entidad emisora. Por tanto, no habría engaño a la empresa prestataria de los servicios o mercancías. Este sería el caso normal.

2.º) El caso anormal en que la cantidad a pagar supera el límite de garantía de la tarjeta y no se da una garantía especial para ese caso concreto. Según el autor del artículo, por diversas razones, la presentación de la tarjeta implica aquí algo más; la empresa prestataria sabe que el pago no depende ya de la garantía, sino de la solvencia y de la legitimación interna del titular de la tarjeta: así, la presentación de la tarjeta no dice sólo que la entidad emisora de la misma pagará, sino también que el que la presenta va, dado el caso, a (poder) hacerse cargo él mismo del pago frente a la entidad crediticia. Y, si el titular de la tarjeta sabe que no es así, entonces ya tenemos acción engañosa. Los demás requisitos típicos de la estafa también se darían (aprobématicamente, según el autor), por lo que, frente a lo que pasaba cuando la mercancía o servicio no superaba la cantidad de dinero garantizada por la tarjeta, en este otro caso especial, sí concurrirían los elementos del tipo de estafa.

**WESTERHOFF, Rudolf: «Verkehrsrecht und Verfassung. Ein Beitrag zur Bindung des Richters an das Gesetz». (Derecho de la circulación y Constitución. Una contribución acerca de la vinculación del juez a la ley), páginas 457-462.**

En un afán de llenar supuestas lagunas, la jurisprudencia alemana establece reglas de tráfico no contenidas en el Derecho escrito de la circulación. Suele tratarse de axiomas que aconsejan actuar de un determinado modo en situaciones en que cualquiera de los comportamientos alternativos parecería jurídicamente correcto. Según el autor del artículo, el tema plantea una problemática distinta en Derecho penal que en Derecho civil. Si un participante en el tráfico es penado sólo según una de esas reglas jurisprudenciales, se plantea la cuestión del choque con el artículo 103 GG (Ley Fundamental, Constitución de la República Federal), que recoge el principio de legalidad penal. La condena civil a indemnizar el daño también sería problemática.

El artículo examina, de forma separada para el Derecho penal y el civil, hasta qué punto pueden los tribunales llenar esas lagunas; para el estudio y decisión de la cuestión, toma como base los puntos que pueden fundamentar una estricta vinculación del juez al texto de la ley, discutiendo la validez de cada uno de ellos en los dos ámbitos jurídicos a que nos hemos referido.

**BORK, Peter:** «Klinische Versuche in der Psychiatrie». (Experimentos clínicos en la psiquiatría). págs. 654-659.

El autor estudia la problemática jurídico-civil y penal que plantean estos experimentos, haciendo distinciones entre tipos de experimentos (curativos y científicos) y examinando los requisitos generales y específicos para la aceptabilidad de los mismos.

**SCHLOSSHAUER-SELBACH, Stefan:** «Zurechnungszusammenhang und Selbstbestimmung bei ärztlicher Aufklärung». (Relación de imputación y auto-determinación de los casos de información médica), págs. 660-663.

Aunque el autor del artículo no se ocupa directamente de los aspectos penales del problema que se plantea, sino más bien de la posibilidad de que solicite una indemnización civil el paciente al que el médico no informa de alguno de los riesgos de una intervención o tratamiento al que aquél va a someterse, me parece de interés reseñar aquí este trabajo, en especial porque en él se manejan temas importantes para el Derecho penal, como es el de la imputación (objetiva) y, en concreto, el criterio del fin de protección de la norma, como cosas distintas a la relación de causalidad, donde debe mantenerse como correcta la teoría de la equivalencia.

**MOLLENKOTT, Klaus:** «Absolute Fahruntüchtigkeit von Radfahrern bei einer Blutalkoholkonzentration von 1,5‰». (Incapacidad absoluta para conducir de los ciclistas con una concentración de alcohol en sangre del 1,5‰). págs. 666-667.

**SACK, Rolf:** «Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktoren der guten Sitten». (El sentimiento de decoro de todos los que piensan recta y justamente y la moral como factores de determinación de las buenas costumbres), págs. 761-769.

Sack trata de dilucidar desde qué perspectiva y con qué criterios ha de determinarse lo que son buenas costumbres. Este concepto no es ajeno al Derecho penal (§ 226 a StGB, por ejemplo, y, en nuestro Código penal, los artículos 431, 566, 5.º ó 567, 3.º).

**SOMMER, Ulrich:** «Lücken im Strafrechtsschutz des § 240 StGB? Zum Verhältnis von Gewalt und Drohung bei der Nötigung». (¿Lagunas en la protección penal del § 240 StGB? Acerca de la relación entre violencia y amenaza en las coacciones), págs. 769-773.

El § 240 StGB (coacciones) establece:

«1) El que antijurídicamente coacciona a otro, con violencia o amenaza de

un mal serio, a realizar, soportar u omitir algo, será castigado con pena privativa de libertad hasta tres años o con multa; en casos especialmente graves con pena privativa de libertad de seis meses hasta cinco años.

2) El hecho es antijurídico cuando deba considerarse reprobable el empleo de la violencia o la amenaza del mal para la consecución del fin pretendido.

3) La tentativa es punible».

Se plantea en la doctrina alemana el problema de que se producen lagunas de punibilidad, debido al espacio que queda entre la violencia (*Gewalt*) y la amenaza (*Drohung*). El autor de este trabajo, aceptando la existencia de esas lagunas, se pronuncia en contra de una interpretación muy amplia del término violencia para llenarlas. Por el contrario, la necesidad de concreción del tipo penal exigiría contemplar la violencia y la amenaza como dos modalidades distintas de agresión para la realización del § 240 StGB, y exigiría también una mayor determinación de esos conceptos. La necesaria absolución del autor en los casos de laguna no debe dar lugar a ampliaciones intolerables del tipo, sino ser aceptada como resultado del carácter fragmentario del Derecho penal.

**FRIEDECK, Harmut: «Sozialprognose bei Totalverweigerern». (Prognosis social en el caso de objetores absolutos), págs. 782-783.**

El autor se opone a la decisión del OLG de Koblenz de desestimar el recurso interpuesto contra una resolución de la Sala de ejecución de penas (*Strafvollstreckungskammer*), que negaba la suspensión condicional de la ejecución del resto de una pena de privación de libertad de nueve meses por eludir el servicio civil, impuesta según el § 53 I del ZivildienstG (Ley del servicio civil). El OLG de Koblenz argumentó que no se concedía la suspensión por no poder darse una prognosis favorable exigida por el StGB, ya que el sujeto, según declaración propia se negaba también en absoluto en el futuro a cumplir ese servicio sustitutorio.

**v. HARTLIEB, Horst: «Gesetz zur Neuregelung des Jugendschutzes in der Öffentlichkeit». (Ley para la nueva regulación de la protección de los jóvenes en el medio público), págs. 830-835.**

En el artículo se informa sobre esta nueva regulación y las cuestiones jurídicas, entre ellas las jurídico-penales, que suscita, sobre todo desde un punto de vista jurídico-constitucional. En la nueva ley (de 25 de febrero de 1985) se refuerza la protección de los jóvenes, especialmente en los campos relativos a películas, videos y máquinas de juego.

**ISENSEE, Josef: «Aussetzung des Steuerstrafverfahrens-rechtsstaatliche Ermessensdirektiven». (Suspensión del proceso penal fiscal-instrucciones para un enjuiciamiento conforme a los principios de un Estado de Derecho), págs. 1007-1010.**

**OSTENDORF, Heribert:** «Im Streit: Die strafrechtliche Verfolgung der "Auschwitzlüge"». (En discusión: la persecución penal de la "mentira de Auschwitz"), págs. 1062-1065.

**GRUNDMANN, Stefan:** «Berücksichtigung ausländischer Rechtsvorstellungen im Strafrecht. Zur "Datumtheorie" im internationalen Strafrecht». (Toma en consideración de concepciones jurídicas foráneas en el Derecho penal. Acerca de la "teoría del dato" en el Derecho penal internacional), páginas 1251-1255.

El artículo intenta comprobar si la «teoría del dato», utilizada en Derecho internacional privado (tener en cuenta como «dato» a la hora de rellenar cláusulas generales el carácter extranjero del sujeto y su Derecho nacional), puede ser trasladada al ámbito del Derecho penal internacional, en especial en el momento de la medición de la pena.

**HENTSCHEL, Peter:** «Die Entwicklung des Strassenverkehrsrechts im Jahre 1984». (El desarrollo del Derecho de la circulación en el año 1984), páginas 1313-1321.

En este trabajo se pasa revista a las novedades legislativas (cambios en leyes y disposiciones de rango inferior) y a la jurisprudencia del año 1984 en materia de Derecho de la circulación.

**LAUFS, Adolf:** «Die Entwicklung des Arztrechts 1984-85». (El desarrollo del Derecho médico en 1984-85), págs. 1361-1367.

En casi todos los temas seleccionados por el autor podemos encontrar aspectos penales que justifican la mención de este artículo en la presente reseña de los trabajos aparecidos en la NJW durante el primer semestre de 1985.

MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA

Encargado de Curso de Derecho penal  
Universidad de León

## **ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT**

Tomo 96, 1984, Fascículo 2

El presente fascículo está dedicado a las contribuciones de autores alemanes al XIII Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en El Cairo del 1 al 7 de octubre de 1984. Los artículos se agrupan en torno a cuatro temas: la omisión, el Derecho penal económico, desvío y solución de conflictos, y estructu-