

Revista de revistas

«NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT»

Revista semanal. Año 40, primer tomo (fascículos 1 a 26, páginas 1 a 1576).
C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München y Frankfurt, 1987.

KNAUTH, Alfons: Kapitalanlagebetrug und Börsendelikte im zweiten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. (Estafa de inversión de capital y delitos bursátiles en la segunda Ley de represión de la criminalidad económica). Págs. 28-33.

La segunda Ley de represión de la criminalidad económica, en vigor desde el 1 de agosto de 1986 creó tipos penales nuevos y reformó otros ya existentes. Entre los de nueva creación está el § 264 a StGB, relativo a la llamada estafa de inversión de capital; entre los reformados, los §§ 88 y 89 de Ley de Bolsas (Börsengesetz, BörsG), relativos a las estafas de cotización (Kursbetrug) y con prospectos (Prospektbetrug) y a la inducción a la especulación bursátil (Verleiteten zur Börsenspekulation). El autor del presente artículo explica el contenido de todos estos preceptos, subrayando las cuestiones que se plantean, especialmente orientadas a la práctica.

WOLF, Rüdiger: Nochmals: Helm ab zum Gebet. (De nuevo: Quitense el casco para la oración). Pág. 36.

Contestación crítica al artículo de Kiskalt en NJW 1986, 2479-2480, ya recogido por mí en ADPCP 1987.

BAUMANN, Jürgen: Demonstrationsziel als Bewertungsposten bei der Entscheidung nach § 240 II StGB? (¿El fin de la manifestación como factor de valoración para la decisión según el § 240 II StGB?) Págs. 36-38.

El § 240 II StGB declara que hay coacciones de carácter antijurídico cuando la utilización de la violencia o la amenaza del mal aparecen como reprobables para la consecución del fin que se pretende.

Comienza Baumann criticando la ampliación del término violencia en las coacciones realizado por la jurisprudencia alemana y que ha llevado, en su opinión, a decir que «es violencia lo que funciona como violencia» o peor aún, «es violencia lo que funciona coactivamente». Ciertamente reconoce el veterano catedrático de Tubinga que hay medios coactivos importantes que escapan al concepto violencia en sentido estricto o al de amenaza de un mal y que frente a tales medios se impone una respuesta fuerte, como la del Derecho penal. Pero tal respuesta ha de darla el legislador creando nuevas definiciones de las coacciones y no la jurisprudencia ampliando de modo intolerable el término violencia.

Todo ello tiene gran importancia en el tema de las sentadas que bloquean el tráfico, tan de moda en la R.F.A. en los últimos años.

Efectivamente, contemplando ya el § 240 II StGB, para quien amplíe de la forma señalada el contenido del término violencia, ya la aplicación de esa violencia será antijurídica y reprochable o al menos «la aplicación ilícita de violencia no podría ser un medio recto para un fin recto» y siempre habría coacción antijurídica. Sin embargo, para Baumann, como hemos visto, esto no se puede interpretar así y habrá que analizar la relación medio-fin en cada caso. Y aquí se plantea si debe contemplarse el fin próximo o el fin remoto o último de la manifestación. El fin próximo de las sentadas es interrumpir o dificultar durante un periodo breve de tiempo el tráfico. Se dice que, salvo cuando esa interrupción sea insignificante, ya estamos, desde el punto de vista de la relación medio-fin, ante algo antijurídico. Para Baumann, con ello se olvida que, en muchas manifestaciones de tipo convencional y permitidas, se produce una interrupción o dificultamiento mayor del tráfico que durante una breve sentada y que en ellas también hay una «causalidad psíquica» frente a los demás participantes en el tráfico, que les obliga a tomar en consideración la posibilidad de retrasarse o tener que realizar desvíos. Y sin embargo no se plantea el carácter criminal de tales manifestaciones. ¿Por qué entonces han de ser más criminales las sentadas brevísimas que las manifestaciones «que marchan»? , acaba preguntándose retóricamente Baumann.

En cuanto a los fines últimos o remotos de cualquier manifestación, Baumann toma clara postura contra la teoría jurisprudencial del «fin noble» y contra Janknecht (NJW 1986, 2411-2412, recogido en ADPCP 1987). Para el autor del presente artículo el fin remoto no debe tenerse en cuenta a la hora de considerar punible o permitir la conducta, pues ello llevaría a la inseguridad jurídica y sería contrario al principio de igualdad de trato y a la neutralidad judicial. Sería en definitiva contrario al derecho de manifestación, que ha de valer para todos, sobre todo teniendo en cuenta que las ideas políticas, sociales, económicas, etc., dominantes acaban cambiando y no pueden imponerse (hace 30 años, una manifestación-sentada contra las centrales de energía de carbón o contra la «muerte» de bosques habría sido tachada de no tener un fin noble, de ser contraria al progreso).

EVERS, Hans-Ulrich: Sprengung an der Celler Gefängnismauer: Darf der Verfassungsschutz andere Behörden und die Öffentlichkeit täuschen? (Explosión en el muro de la prisión de Celle: ¿puede la Defensa Constitucional engañar a otros funcionarios y a la autoridad?) Págs. 153-168.

Para analizar hasta qué punto pueden los funcionarios de la Defensa Constitucional realizar actuaciones que en principio parecen encajar en lo penal o administrativamente

te prohibido engañando u ocultando los hechos a la opinión pública y a otros funcionarios, como los judiciales por ejemplo, se sirve Evers de un caso real ocurrido en el verano de 1978: Funcionarios de la Defensa Constitucional pusieron en escena la explosión de una bomba junto al muro de la prisión de Celle, que no causó daños personales (se tomaron precauciones al efecto) y sólo un pequeño agujero en tal muro. El fin de lo mismo y de informaciones difundidas después por esos funcionarios era hacer recaer las sospechas sobre el infiltrado L y un tal B, también infiltrado, de modo que L (que aparentemente había salido de la cárcel, en que estaba preso, con un permiso de paseo, sin regresar) pudiera conseguir información infiltrándose en grupos terroristas, cosa que le sería fácil si a él se le había imputado un hecho terrorista como el de la prisión de Celle. Funcionarios judiciales y administrativos abrieron los procedimientos judiciales oportunos, sin ser informados de la maniobra puesta en acción, para no frustrar el éxito de la operación. Sólo con bastante posterioridad se les informó de todo, así como a la opinión pública.

Según el autor del artículo, los funcionarios de la Defensa constitucional no incurrir en responsabilidad penal ni administrativa alguna. En lo penal, pese a que su actuación pareciera encajar en algunos tipos penales, como el § 164 StGB (acusación falsa), cosa que tampoco le parece absolutamente clara a Evers, la conducta estaría justificada por el § 4 de la Ley de la Defensa constitucional del Land Niedersachsen (NdsVerfSchG), que permite a esos funcionarios la utilización de medios con carácter de servicio secreto, para la realización de sus tareas, con ciertas precisiones. Interpretando conjuntamente las normas, según el autor, tal párrafo permitiría realizar acciones típicas que no atenten contra derechos fundamentales, cosa que no ocurre con la figura del § 164 StGB. En cuanto al ataque de los bienes jurídicos personales del infiltrado, en cuanto pudiera ser típico, está justificado por el consentimiento del mismo.

WEIDES, Peter: Der Jugendmedienschutz im Filmbereich. (La protección de la juventud frente a los medios de comunicación en el ámbito cinematográfico). Págs. 224-233.

Entre otras muchas cuestiones, trata el autor la de la protección penal en este campo, representada fundamentalmente por el § 131 StGB (en realidad no específicamente pensado para proteger a los jóvenes) y el § 184 (más concretamente orientado a tal protección).

HELLE, Jürgen: Der Ausschluß privatrechtlichen Ehrenschatzes gegenüber Zeugnisaussagen im Strafverfahren. (La exclusión de la protección jurídica privada del honor frente a las declaraciones de los testigos en el proceso penal). Págs. 233-234.

KUPSCH: Das neue Ordnungswidrigkeitenrecht. (El nuevo Derecho de contravenciones). Págs. 352-357.

Explicación de las modificaciones realizadas en ese campo, en especial para conseguir la agilización de procesos (por ejemplo: mayor intervención de órganos no judiciales), modificaciones que no han quedado exentas de críticas.

LAMBERT, Gisbert: Umweltgefährdende Beseitigung von Gärfuttersickersaftten. (Desecho peligroso para el medio ambiente de los rezumes del forraje almacenado en silos). Págs. 421-424.

Comentario a partir de la sentencia de 11-2-1986 del OLG Celle, recogida en NJW 1986, 2326-2328 (reseñada por mí en ADPCP 1987).

MAATZ, Rüdiger: Zur Zäsurwirkung einer früheren Verurteilung im Rahmen nachträglicher Gesamtstrafenbildung. (Acerca del efecto de cesura de una condena anterior en el marco de la ulterior determinación de la pena final resultante). Págs. 478-479.

Comentario a la sentencia del BGH de 13-11-1985 (NJW 1986, 440-441, recogida por mí en ADPCP 1986, 1034).

BRUNS, Manfred: AIDS, Prostitution und das Strafrecht. (SIDA, prostitución y Derecho penal). Págs. 693-695.

El autor del artículo parte de un caso aireado por el diario sensacionalista Bild: Un hombre afectado de SIDA y consciente de ello ofrecía contra pago «sus servicios» en la estación de Múnich, haciendo tres o cuatro clientes al día. Preguntado por un cliente qué eran las manchas marrones raras que tenía en su cuerpo, contestó que sólo señales de viruela. El sujeto fue finalmente detenido, algún tiempo después de que las autoridades sanitarias recibieran «un soplo», habiendo contagiado a unos cien hombres.

El Bild se preguntaba si al sujeto le correspondería cadena perpetua y citaba al respecto al ministro bávaro de Justicia, Sr. Lang, diciendo que la infección dolosa de otro con SIDA se podía castigar como delito de envenenamiento (§ 229 StGB) e incluso, en su caso, el sujeto podía ser acusado de asesinato (§ 211 StGB). El Bild añadía que sólo se había interpuesto contra el autor del contagio denuncia por «prostitución profesional». El autor del artículo intenta aclarar qué responsabilidad penal puede haber realmente en un caso como ése, dadas las peculiaridades, respecto a otras enfermedades contagiosas, del propio contagio, tiempo de incubación y posibilidad de detección de la infección con virus del SIDA (lesión utilizando procedimiento o medio peligroso del § 223 a StGB fundamentalmente) y sobre todo plantea qué medidas se pueden tomar para evitar o reducir al máximo esos contagios, llegando a la conclusión de que los únicos medios efectivos y recomendables son los informativos, que traten de concienciar a las personas de que las aventuras sexuales sólo pueden realizarse con precauciones, fundamentalmente la utilización de preservativos. En otras formas de contagio, es decir

en las producidas por vía sanguínea, la concienciación fundamental sería la de inculcar que se usen jeringuillas desechables y una sola vez en la inyección de drogas.

KILIAN, Wolfgang: Rechtliche Aspekte der digitalen medizinischen Archivierung von Röntgenunterlagen. (Aspectos jurídicos del archivo médico digital de los documentos de rayos X). Págs. 695-698.

Los adelantos técnicos permiten ya que no sea necesario fijar la imagen obtenida por rayos X a una placa o papel sensible para su archivo. Las nuevas formas de archivo gracias a la digitalización plantean cuestiones jurídicas que, en lo relativo al Derecho penal, afectan según Kilian al deber de secreto médico, pues entran en juego puestos internos y externos de documentación y sus colaboradores técnicos (en vez de un médico o equipo médico exclusivamente, como en las placas); para el autor del artículo, el comunicar datos a esos colaboradores no quiebra el secreto médico, pues se trataría de ayudantes del médico y no de terceros extraños, siempre que, eso sí, exista la capacidad de control por parte del médico sobre el uso que se haga de los datos (en especial cuando son empresas privadas las que manejan comercialmente la documentación). Como esa posibilidad de control no está muy clara, habría que tener muchas precauciones a la hora de decidir si en estas actividades se lesiona o no el secreto médico (§ 203 I, 1 StGB).

KÜHL, Kristian: Neue Gesetze gegen terroristischen Straftaten. (Nuevas leyes contra delitos de terrorismo). Págs. 737-747.

El autor del artículo expone el proceso legislativo ocurrido en la R.F.A. para combatir el fenómeno terrorista, proceso que ha culminado con la promulgación de distintas normas que entran en vigor en 1987, entre las que destaca la llamada Ley de represión del terrorismo, cuyas novedades jurídicopenales, de proceso penal y de Derecho constitucional organizativo de los tribunales trata Kühl.

HENTSCHEL, Peter: Gesetzliche Neuregelungen im Straßenverkehrsrecht. (Nuevas regulaciones legales en el Derecho de la circulación). Págs. 758-763.

Recogemos este artículo por lo que puedan interesar las modificaciones relativas a las contravenciones en el ámbito del Derecho de la circulación.

ARLOTH, Frank: Grundlagen und Grenzen des Untersuchungsrechts parlamentarischer Untersuchungsausschüsse. (Fundamentos y límites del derecho de investigación de las Comisiones parlamentarias de investigación). Págs. 808-812.

HUFF, Martin, W.: Die mißbräuchliche Benutzung von Geldautomaten. (La utilización abusiva de cajeros automáticos). Págs. 815-818.

Tras analizar distintos aspectos de esta problemática, el autor llega a la conclusión de que, tras la entrada en vigor de la Segunda Ley de represión de la criminalidad económica, el que utiliza ilegítimamente una tarjeta de cajero automático ajena debe ser castigado por el § 263 a StGB y el titular legítimo de la tarjeta que la utiliza de modo ilegítimo (sobrepasando la suma autorizada), por el § 266 b StGB, siendo ambos párrafos ley especial respecto a otras posibles normas penales aplicables.

KUNZ, Wolfgang: Zum Geltungsbereich des § 170 b StGB. (Acerca del ámbito de vigencia del § 170 b StGB). Págs. 881-882.

Kunz estudia si el § 170 b StGB, relativo al quebrantamiento del deber de alimentos, es aplicable también a extranjeros en la R.F.A., asunto sobre el cual existe una jurisprudencia contradictoria, incluso en la cuestión sobre si la R.D.A. se debe considerar como «el extranjero» o no.

HENTSCHEL, Peter: Die Entwicklung des Straßenverkehrsrecht im Jahre 1986. (El desarrollo del Derecho de la circulación en el año 1986). Págs. 995-1001.

El autor continúa la serie de artículos que dedica durante varios años al tema (el anterior en NJW 1986, 1314, recogido por mí en ADPCP 1986, 1031).

DÖLLING, Dieter: Das Dreiundzwanzigste Strafrechtsänderungsgesetz - Straffaussetzung zur Bewährung. (La Vigésimotercera Ley de reforma del Derecho penal - Suspensión condicional de la pena). Págs. 1041-1049.

El 1-5-1986 entró en vigor la 23.^a Ley de reforma del Derecho penal (StrÄndG). El autor del artículo señala, comentándolos, los principales cambios introducidos por la citada ley y que afectan en gran parte a la suspensión condicional de la pena. El § 56 I pasa a establecer el límite temporal superior de pena hasta el que cabe suspender la pena en un año (en vez de nueve meses), límite que puede aumentar hasta dos años, según el § 56 II, cuando concurren determinadas circunstancias en el hecho y en la personalidad del condenado. Todo ello para adecuar la ley al desarrollo jurisprudencial.

El nuevo § 57 supone una clara ampliación de la figura de la suspensión de la ejecución del resto de pena. Junto a ello, se establecen modificaciones sobre la configuración de la suspensión (asistentes o vigilantes, etc.).

La nueva ley de reforma ha regulado un problema que antes el legislador había querido dejar a la práctica: el de la suspensión del resto de pena en caso de ejecución de varias penas privativas de libertad. La reforma de los §§ 53 y 54 StGB extiende el ámbito de aplicación de los preceptos sobre determinación de la pena final resultante a la pena privativa de libertad perpetua.

Se introducen también en el § 454 b StPO (*Strafprozessordnung*, Ordenanza o Ley procesal penal) reglas para el caso en que distintas penas independientes hayan de ejecutarse sucesivamente.

Se suprime el § 48 StGB relativo a la reincidencia, lo cual es un acierto según el autor del artículo, pues, en opinión del mismo, este párrafo constituía, en el ámbito de los delitos poco graves, el peligro de imponer penas no proporcionadas a la culpabilidad, pues un hurto bagatela, por ejemplo, podía llevar a la imposición de una pena privativa de libertad de seis meses por el juego del § 48.

Se completa el § 51 II StGB, relativo al cómputo de pena anterior en la nueva pena que la sustituye, impuesta en un proceso posterior: ahora no sólo se computará la pena anterior en cuanto haya sido ejecutada, sino también cuando esa primera pena estuviera «resuelta» por haberse computado o descontado de ella otra privación de libertad anterior (prisión preventiva, medidas de seguridad privativas de libertad, etc.).

Se completan también las normas sobre amonestación con reserva de pena, con la reforma del § 59 I StGB y la introducción de un nuevo § 59 a III.

Se hace una nueva regulación que perfecciona y complementa la anterior relativa al trabajo voluntario como forma de evitar la pena privativa de libertad sustitutoria de una pecuniaria (§ 293 EGStGB, *Einführungsgesetz zum StGB*, Ley de Introducción al StGB).

También en el ámbito de las medidas de seguridad la ley comentada ha introducido cambios, como la posibilidad de interrupción del internamiento en un centro de deshabitación (internamiento recogido en el § 64 StGB) recogida por el § 67 d V, de nueva creación.

La nueva versión del § 67 II permite, en casos en que se imponga pena y medida, la ejecución de toda o una parte de la pena antes de la medida de seguridad, cuando así se consiga más fácilmente el fin de la medida, frente al antiguo § 67 II, que se refería sólo a la ejecución de toda la pena antes de la medida en esos mismos casos. Con la nueva regulación el § 67 III será en muchos casos innecesario.

El § 67 IV StGB se reforma, tomando como ejemplo el § 36 I 1 BtMG (*Betäubungsmittelgesetz*, Ley de estupefacientes), de modo que el cómputo a la pena posterior del tiempo de ejecución de la medida de seguridad ejecutada anteriormente a ella se limita a dos tercios de la pena (frente al total de la pena, como sucedía en la antigua regulación). Naturalmente el resto de pena se podrá suspender condicionalmente, si hay pronóstico favorable. Se reforma también el § 67 V 1 StGB, relativo precisamente a la suspensión del resto de pena en caso de ejecución anterior de la medida de seguridad.

Los §§ 66 II y 68 StGB se adecúan a la supresión del § 48 y se crea un § 68 II en correlación con las novedades introducidas por el § 67 d V 2.

Por fin, el § 316 I EGStGB establece una excepción a la aplicación de los §§ 67 IV y 67 d V StGB para los internamientos ordenados antes de la entrada en vigor de la ley de reforma (1-5-1986).

Por último, la nueva ley ha introducido otros cambios en la StPO y en la GVG (*Gerichtsverfassungsgesetz*, Ley constitucional organizativa de los Tribunales).

El artículo termina con una valoración global positiva de Dölling hacia la ley de reforma y una estimación de lo que considera que deben ser los siguientes pasos a dar por el legislador en la reforma de la JGG (*Jugendgerichtsgesetz*, Ley de tribunales para jóvenes).

KARL, Gerhard: Fahrverbote aufgrund verschiedener Verfahren. (Prohibiciones de conducir como consecuencia de distintos procesos). Pág. 1063.

El autor se plantea el problema de si dos prohibiciones de conducir impuestas en procesos distintos, uno según el § 25 StVG (Straßenverkehrsgesetz, Ley de la circulación) y otra según el § 44 StGB, han de cumplirse sucesiva o simultáneamente, analizando los argumentos en favor y en contra de una u otra solución.

MEYER-GOßNER, Lutz: Das Strafverfahrensänderungsgesetz 1987. (La Ley de reforma del proceso penal de 1987). Págs. 1162-1169.

El autor comenta las principales novedades introducidas por la Ley de reforma del proceso penal aprobada el 30-1-1987 y que entró en vigor el 1-4-1987. Aunque no recogemos normalmente aquí artículos relativos al Derecho procesal penal, en este caso hacemos una excepción, por el carácter informativo del artículo sobre una reforma muy amplia, que además ha afectado a parágrafos de la Ley de contravenciones (OWiG), StGB, BtMG y de la Ley sobre indemnizaciones por medidas de persecución penal (Gesetz über Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen, StREG).

HOHENDORF, Andreas: § 153 a I StPO als Radikalmittel zur Bewältigung der «Massen-Bagatell-Kriminalität»? (¿El § 153 a I StPO como medio radical de dominio de la «criminalidad-bagatela-masiva»?). Págs. 1177-1180.

WEIGEND, Thomas: Das Opferschutzgesetz - kleine Schritte zu welchem Ziel? (La ley de protección de la víctima - ¿pequeños pasos hacia qué meta?) Págs. 1170-1177.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev: «Genetischer Fingerabdruck» und § 81 a StPO. («Huella dactilar genética» y § 81 a StPO). Págs. 1242-1247.

TIEDEMANN, Klaus: Parteispenden-Entscheidung des BGH. (La sentencia del BGH sobre donativos a los partidos). Págs. 1247-1248.

Al hilo de la sentencia citada en el título, el catedrático de la Universidad de Friburgo hace ciertas reflexiones sobre algunos aspectos del § 2 StGB, relativo a la vigencia temporal de las normas penales, en concreto sobre el problema de las leyes llamadas intermedidas (o «intertemporales»), cuya regulación en el § 2 StGB no parece clara y a cuya clarificación tampoco ha contribuido, en opinión de Tiedemann, la sentencia comentada.

SACK, Hans-Jürgen: Strafbarkeit umweltgefährdender Beseitigung von Hausmüll? (¿Punibilidad de la eliminación de basura doméstica de modo peligroso para el medio ambiente de basura doméstica?) Pág. 1248.

LAUFS, Adolf: Die Entwicklung des Arztrechts 1986/87. (El desarrollo del Derecho médico en 1986/87). Págs. 1449-1456.

Colaboración anual del autor para el período 1986/87. La anterior apareció en NJW 1986, 1515-1521 (recogida por mí en ADPCP 1986, 1032-1033).

KATHOLNIGG, Oskar: Aus der Rechtsprechung zu den Vorschriften über betäubungsmittelabhängige Straftäter (§§ 35 ff. BtMG). (De la jurisprudencia sobre los preceptos relativos a delincuentes drogodependientes (§§ 335 ss. BtMG). Págs. 1456-1461.

Este artículo es similar al publicado por el autor en NSZ 1984, 496, con la diferencia de que en el presente artículo Katholnigg toma posición crítica (al menos parcialmente) frente a las sentencias que recoge.

HERZBERG, Rolf-Dietrich: Die Strafdrohung als Waffe im Kampf gegen AIDS? (¿La amenaza penal como arma en la lucha contra el SIDA?) Págs. 1461-1446.

En este interesante artículo, se enfrenta Herzberg con el tema de la responsabilidad penal del que contagia el SIDA que padece a la persona con quien mantiene relaciones sexuales (o con la que comparte jeringuilla hipodérmica). El tema ya había sido abordado por Herzberg en un artículo publicado en *Aids-Forschung* 1987, 52 ss., pero ahora revisa y amplía lo allí expuesto, dado el interés no sólo teórico, sino también práctico del tema, especialmente desde que existe ya alguna sentencia de tribunales alemanes al respecto.

El autor, que opina que el Derecho penal es un medio útil en la contención del SIDA, estudia diversos supuestos de hecho posibles, pero se centra en el caso del que, sabiendo que tiene SIDA, tiene relaciones sexuales con otra u otras personas. Cuando en uno de esos casos se produce realmente la muerte o el daño a la salud que implica un grave riesgo para la vida del sujeto (irrupción de la enfermedad), los únicos problemas que se plantearán (no pequeños, por cierto) para castigar al sujeto como autor de un delito consumado (doloso o imprudente) serán de carácter procesal, de prueba de la relación de causalidad. Ahora bien, insiste Herzberg, en todos los casos el peso fundamental, lo que habrá que ver para admitir o negar la responsabilidad del sujeto, es la imputación objetiva. No se puede (como, según Herzberg, se hace a menudo) pasar por encima de ella para centrar la discusión en la parte subjetiva, el dolo o la imprudencia. Sólo habrá imputación objetiva allí donde se sobrepase el riesgo permitido. Determinar dónde acaba el riesgo permitido y empieza lo injusto es difícil: Para Herzberg (y para Bruns, al que cita), el riesgo deja de ser permitido en el momento en que el sujeto no avisa del

peligro de infección a su pareja sexual o bien no toma las medidas profilácticas adecuadas (uso de preservativo) para impedir el contagio.

En cuanto a la posibilidad de castigar al que, conociendo su enfermedad, mantiene relaciones sexuales con otra persona, sin su consentimiento y sin la protección necesaria, ya como autor de una tentativa de delito doloso de homicidio o de lesiones cometidas por medio que pone en peligro la vida de la víctima, Herzberg sostiene que hay que prescindir del elemento volitivo del dolo (elemento que requiere la doctrina mayoritaria). Así, para Herzberg, bastaría para afirmar el dolo el conocimiento del peligro (no evitado con la utilización de preservativo) de contagio, lo cual procesalmente le parece fácil de probar. El «tomarse en serio» o el «consentir» o «aprobar» o «aceptar» el riesgo, la posibilidad de que se produzca el resultado (o, para excluir el dolo, el hecho de que el sujeto confiara firmemente en la no producción del resultado), que la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria pide como elemento volitivo («querer») del dolo, junto al elemento cognoscitivo, le parece a Herzberg algo que no se da en la mayoría de los casos o que no puede ser probado. Advierte Herzberg que con esta menor exigencia para la existencia de dolo no se aumentará la punibilidad excesivamente, pues la imputación objetiva se ocupará de recortar y excluir de lo injusto muchos casos cuya punibilidad hoy se discute en el ámbito de la existencia o no de dolo. Y además no piensa que al sujeto (en los casos citados, naturalmente) se le pueda imputar sólo el contagio, pero no su consecuencia letal. Herzberg acaba reconociendo que su solución no es algo claro y que no merezca discusión, pero piensa que con ella el problema se aborda con más realismo y que desde luego no conduce a excesos, y permite al Derecho penal jugar un papel importante, pues la prevención produce sus efectos sobre posibles delinquentes de los tipos citados.

LOSCHELDER, Wolfgang: Gesundheitsrechtliche Aspekte des Aids-Problems. (Aspectos jurídico-sanitarios del problema del SIDA). Págs. 1467-1470.

Aunque los temas tratados no son estrictamente penales, sus repercusiones en este ámbito del Derecho (y viceversa, de éste en aquéllos) son evidentes. Así por ejemplo la posibilidad de reconocimiento forzoso para detectar la enfermedad o el tratamiento forzoso de la misma en presos.

EBERACH, Wolfram H.: Heimliche Aids-Tests. (Pruebas secretas del SIDA). Págs. 1470-1472.

El problema tratado en este artículo es el de la realización de pruebas para detectar la presencia del virus del SIDA en sangre de pacientes que han consentido la extracción para otro fin y que no son consultados ni informados de antemano de que se van a realizar esas pruebas.

Desde luego no hay problemas cuando la extracción y posterior prueba se realizan con consentimiento, aunque no sea expreso sobre ese punto, del paciente, por ejemplo cuando éste solicita un reconocimiento general o cuando pide que se busque la causa de los síntomas que padece y hay indicios de que pueda ser el virus del SIDA.

El caso conflictivo lo presenta la llamada «prueba para la protección del médico», por ejemplo cuando el paciente está siendo tratado únicamente de una enfermedad menor, pues en tal caso el consentimiento del paciente en la extracción no se extiende a la prueba de anticuerpos al virus del SIDA o incluso estaría el médico fuera del ámbito de las intervenciones curativas. Así, si el médico (para la protección suya y del personal sanitario frente a posibles contagios) realiza sin consentimiento (o con consentimiento conseguido fraudulentamente, diciéndole al enfermo que los análisis a realizar son los ordinarios para ver su evolución) en ese caso la extracción y prueba, cometería un delito de lesiones peligrosas del § 223 a StGB.

Mayores problemas presenta el caso de «dolus subsequens» del médico: una vez realizada la extracción con consentimiento para otros análisis, surge en el médico la idea de realizar la prueba del SIDA, cosa que hace. En tal caso no habría, según el autor del artículo, responsabilidad penal (probablemente civil sí).

El caso más difícil parece aquel en que, a la hora de la extracción, al paciente se le informa sólo de la realización de análisis ordinarios, que luego se realizan además del muy especial del SIDA. En este caso el médico podría alegar que había consentimiento válido del paciente. Como el consentimiento no es divisible, es difícil decir que el consentimiento es en parte válido y en parte no. De todas formas, para el autor de este artículo, cuando no se informa sobre algo tan importante como la realización de la prueba del SIDA (no de cualquier prueba ordinaria) al paciente, puede considerarse inválido el consentimiento global del mismo en la extracción. Por tanto, el médico sería autor de lesiones peligrosas del § 223 StGB. Y, aunque se considerara válido el consentimiento y no hubiera consecuencias penales, subsistirían las civiles (ataque a la libertad de decisión del paciente).

En los casos en que se ha afirmado la responsabilidad penal del médico, opina Eberach que no podría acudirse a la causa de justificación del estado de necesidad del § 34 StGB, pues el peligro posible para la salud o la vida del médico y el personal sanitario no es de los que «no se pueden evitar de otra manera». Como alternativa se puede informar al paciente sobre el plan de realización de la prueba, a la que, según el autor, ningún paciente razonable se negará, explicándole que es algo que se hace con carácter general, no únicamente sobre un sujeto concreto, para lograr mayor seguridad del personal sanitario en su trabajo. Y, si el paciente se niega, el médico está obligado a seguir tratándole, tomando, eso sí, las medidas higiénicas oportunas, incluso las que tomaría de haber resultado positiva la prueba. Pero es que incluso falta el requisito principal del estado de necesidad consistente en el «peligro actual», pues, actuando con las normales precauciones sanitarias, médicamente se ha comprobado que el riesgo de contagio es prácticamente nulo.

JURISPRUDENCIA

A) COMISION EUROPEA DERECHOS HUMANOS:

— «Anspruch auf unüberwachte Verteidigergespräche während der Untersuchungshaft.» (Pretensión de comunicación no vigilada con el defensor durante la prisión preventiva). Informe 12-7-1984. Págs. 563-564.

B) BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (Tribunal Constitucional Federal):

- «Starbarkeit von Sitzdemonstrationen.» (Punibilidad de las manifestaciones en forma de sentada). S. 11-11-1986. Págs. 43-50.
- «Verfassungsmäßigkeit der Gurtanlegepflicht für Kraftfahrzeugführer.» (Constitucionalidad del deber de ponerse el cinturón de seguridad de los conductores de automóvil). S. 24-7-1986. Pág. 180.
- «Beschlagnahme zugunsten des Untersuchungsausschusses "Neue Heimat".» (Incautación en favor de la Comisión de investigación del asunto «Neue Heimat»). S. 5-11-1986. Pág. 770.
- «Auslieferung aufgrund eines Abwesenheitsurteils.» (Extradición en virtud de una sentencia dictada en rebeldía). Resolución 17-11-1986. Pág. 830.
- «Asylgewährung und Nachfluchtgründe.» (Concesión de asilo y motivos posteriores a la huida). Resolución 26-11-1986. Pág. 1141.

C) BUNDESGERICHTSHOF (Tribunal Supremo Federal):

- «Mittäterschaft bei Diebstahl und Raub.» (Coautoría en hurto y robo). S. 20-5-1986. Págs. 77-78.
- «Brandstiftung an einem gemischt genutzten Gebäude.» (Incendio de un edificio de utilización mixta). S. 20-6-1986. Págs. 140-141.
- «Brandstiftung bei gemischt genutztem Gebäude.» (Incendio en caso de edificio de utilización mixta). S. 18-6-1986. Págs. 141-142.
- «Auferlegung eines Verkehrsverbots.» (Imposición de una prohibición de tráfico). Resolución 21-10-1986. Págs. 198-199.
- «Garantenstellung eines Ordnungsamtsleiter.» (Posición de garante de un director de la Oficina de orden). Resolución 15-7-1986. Pág. 199.
- «Unterlassene Festsetzung der Tagessatzhöhe.» (Omisión de la determinación de la cuantía de la cuota diaria). Resolución 10-6-1986. Págs. 199-200.
- «Abgrenzung zwischen Diebstahl und unbefugtem Kfz-Gebrauch.» (Delimitación entre hurto y uso indebido de vehículos de motor). S. 16-9-1986. Pág. 266.
- «Kartellordnungswidrigkeit im Pressebereich.» (Contravención de «cartels» en el ámbito de las empresas de prensa). Resolución 4-2-1986. Págs. 266-267.
- «Unterlassene Organisationsverfügungen.» (Omisión de disposiciones de organización). S. 10-12-1985. Págs. 267-268.
- «Voraussetzungen des anwaltlichen Parteiverrats.» (Requisitos de la prevaricación consistente en deslealtad del abogado respecto de su cliente). S. 7-10-1986. Págs. 335-336.
- «Begriff des Vermögensschadens.» (Concepto del daño patrimonial). S. 22-10-1986. Págs. 388-389.
- «Anbieten pornographischer Schriften.» (Oferta de obras pornográficas). Resolución 10-6-1986. Págs. 449-450.

- «Begriff des Werbens in § 5 II GJS.» [El concepto publicidad en el § 5 II GJS (Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, Ley sobre difusión de obras peligrosas para la juventud)]. S. 4-11-1986. Pág. 451.
- «Fortsetzungszusammenhang bei Bestechlichkeit.» (Carácter de continuidad en el cohecho). S. 19-8-1986. Págs. 509-510.
- «Grenzen der Unschuldvermutung.» (Límites de la presunción de inocencia). S. 30-10-1986. Págs. 660-661.
- «Abgrenzung von Versuch und Vollendung beim Betäubungsmittelhandel.» (Delimitación entre tentativa y consumación en el tráfico de estupefacientes). S. 18-6-1986. Págs. 720-721.
- «Voraussetzungen des Eiuuhrmerkmals.» (Requisitos del elemento importación). S. 1-10-1986. Págs. 721-722.
- «Vereinbarung über Lohnsteuerhinterziehung.» (Connivencia para la defraudación del impuesto sobre la renta del trabajo personal). S. 24-9-1986. Págs. 786-787.
- «Keine Garantenstellung durch Wohngemeinschaft.» (No existe posición de garante derivada de la comunidad de domicilio). S. 7-11-1986. Págs. 850-851.
- «Kettenbriefaktion kein Glücksspiel im strafrechtlichen Sinn.» (Una campaña de cartas en cadena no es juego de azar en sentido jurídico-penal). Resolución 29-9-1986. Págs. 851-853.
- «Zu langes Fahren auf der überholspur.» (Permanencia demasiado prolongada en el carril de adelantamiento). Resolución 9-12-1986. Pág. 913.
- «Ernstlichkeit eines Tötungsverlangens.» (Seriedad de la solicitud de homicidio a petición de la propia víctima). Resolución 25-11-1986. Págs. 1092-1093.
- «Verstoß gegen Lenk— und Ruhezeitvorschrift im Ausland.» (Infracción del precepto sobre tiempos de conducción y descanso en el extranjero). Resolución 19-6-1986. Págs. 1152-1153.
- «Einbeziehung früherer Gesamtstrafen.» (Inclusión de penas finales resultantes anteriores). Resolución 12-12-1986. Pág. 1210.
- «Verhängung von zwei getrennten Gesamtstrafen in einem Urteil.» (Imposición de dos penas finales resultantes separadas en un juicio). Resolución 18-9-1986. Páginas 1211-1212.
- «Strafbarkeit von verdeckten Parteispenden.» (Punibilidad de donativos clandestinos a los partidos). S. 28-1-1987. Págs. 1273-1279.
- «Umweltgefährdende Ablagerungen auf Mülldeponien.» (Almacenamiento peligroso para el medio ambiente en depósitos de basura). S. 31-10-1986. Pág. 1280.
- «Straftat eines Beamten als Diensthandlung.» (Delito de un funcionario como acto de servicio). S. 28-10-1986. Págs. 1340-1342.
- «Referenzfilmförderung.» (Fomento de película recomendada). S. 20-6-1986. Páginas 1426-1427.
- «Erschleichen von Heileingriffe.» (Consentimiento obtenido fraudulentamente del paciente para intervenciones curativas). S. 23-12-1986. Pág. 1495.

D) OTROS TRIBUNALES PENALES:

- «Unrechtsbewußtsein bei Beurteilung einer Straftat als Ordnungswidrigkeit.» (Conciencia de la antijuridicidad al considerar equivocadamente un delito como contravención). OLG Celle. S. 10-9-1985. Págs. 78-80.
- «Trunkheitsfahrt auf einem Parkplatz.» (Conducción en estado de embriaguez dentro de un aparcamiento). OLG Stuttgart. Resolución 15-10-1986. Pág. 142.
- «Anforderungen an "actio libera in causa"; Wahl des Strafrahmens.» (Requisitos de la «actio libera in causa»; elección del marco penal). OLG Schleswig. Resolución 16-5-1985. Pág. 142.
- «Aussetzung von Jugendstrafe und Dauerarrest.» (Suspensión de pena para jóvenes y arresto prolongado). LG Aushurg. S. 22-1-1986. Pág. 142.
- «Keine Gurtanlegepflicht beim Halten vor einer Verkehrsampel.» (No hay deber de tener puesto el cinturón de seguridad durante la parada ante un semáforo). OLG Celle. Resolución 10-10-1985. Págs. 200-201.
- «Laufenlassen eines Hundes im Straßenverkehr.» (Dejar un perro suelto en mitad del tráfico). OLG Düsseldorf. Resolución 22-8-1986. Pág. 201.
- «Voraussetzungen der Wahlfälschung.» (Requisitos del fraude electoral). OLG Zweibrücken. S. 6-5-1986. Pág. 201.
- «Mitwirkungsverweigerung durch Jugendgerichtshilfe.» (Negativa a colaborar del auxiliar del Tribunal de jóvenes). OLG Köln. S. 24-6-1986. Pág. 201.
- «Voraussetzungen der Mittäterschaft.» (Requisitos de la coautoría). OLG Düsseldorf. Resolución 9-9-1986. Págs. 268-269.
- «Vorrecht beim Parken.» (Derecho preferente de aparcar). OLG Düsseldorf. Resolución 23-9-1986. Pág. 269.
- «Straflosigkeit des Mißbrauchs einer Codekarte.» (Impunidad del uso indebido a una tarjeta codificada). OLG Hamburg. S. 7-11-1986. Págs. 336-337.
- «Rechtsbeugung durch Finanzbeamtem.» (Prevaricación de funcionario de finanzas). OLG Celle. Resolución 17-4-1986. Pág. 337.
- «Ledermanschetten als Schlagringe.» [Puños de cuero como llaves americanas (anillos con púas)]. BayObLG. Resolución 15-5-1986. Pág. 337.
- «Verunreinigung des Diensthemdes eines Polizisten.» (Ensuciar la camisa del uniforme de un policía). OLG Frankfurt am Main. S. 25-4-1986. Págs. 389-390.
- «Schuß auf einen Uhu.» (Disparo sobre un búho). OLG Köln. Resolución 16-9-1986. Pág. 390.
- «Gegenstandsneutrale Werbung für pornographische Schriften (Filme).» [Publicidad neutral respecto de su objeto de obras pornográficas (películas)]. OLG München. Resolución 8-8-1986. Págs. 453-454.
- «Straflosigkeit neutraler Werbung für einfache Pornographie.» (Impunidad de la publicidad neutral de pornografía simple). OLG Frankfurt. Resolución 28-10-1986. Páginas 454-455.

- Keine Taxibeförderung bei Bezahlung mit Eurocheck. (No es obligatorio el servicio de taxi cuando se paga con eurocheques). OLG Frankfurt. Resolución 22-9-1986. Página 455.
- «Mißbräuchliche Benutzung einer Codekarte.» (Utilización abusiva de una tarjeta codificada). BayObLG. S. 20-11-1986. Págs. 663-665.
- «Mißbräuchliche Benutzung einer Codekarte.» (Utilización abusiva de una tarjeta codificada). BayObLG. S. 14-11-1986. Págs. 665-666.
- «Mißbräuchliche Benutzung einer Codekarte.» (Utilización abusiva de una tarjeta codificada). OLG Stuttgart. S. 18-12-1986. Págs. 666-667.
- «Mißbräuchliche Benutzung einer Codekarte.» (Utilización abusiva de una tarjeta codificada). LG Oldenburg. S. 1-2-1986. Pág. 667.
- «Mißbräuchliche Benutzung einer Codekarte.» (Utilización abusiva de una tarjeta codificada). LG Köln. S. 22-8-1986. Págs. 667-669.
- «Beschlagnahme zugunsten des Untersuchungsausschusses "Neue Heimat".» (Incautación en favor de la Comisión de investigación del asunto «Neue Heimat»). LG Frankfurt. Resolución 22-10-1986. Págs. 787-789.
- «Beschlagnahme zugunsten des Untersuchungsausschusses "Neue Heimat".» (Incautación en favor de la Comisión de investigación del asunto «Neue Heimat»). LG Frankfurt. S. 31-10-1986. Pág. 790.
- «Beugehaft wegen Verweigerung des Zeugnisses vor Untersuchungsausschuß "Neue Heimat".» (Arresto reflexivo por rehusar el testimonio ante la Comisión de investigación del asunto «Neue Heimat»). LG Bonn. Resolución 21-10-1986. Págs. 790-792.
- «Erscheinen eines Prüfers zur betriebsnahen Veranlagung.» (Comparecencia de un inspector para la tasación cuasiempresarial). BayObLG. Resolución 17-9-1986. Página 792.
- «Mißbräuchliche Verwendung einer Fremdreute.» (Utilización abusiva de una pensión ajena). OLG Düsseldorf. Resolución 13-11-1986. Págs. 853-854.
- «Hütschenspiel kein Glücksspiel.» (El juego de los cubiletes no es un juego de azar). AG Frankfurt. S. 21-8-1985. Pág. 854.
- «Unbefugte Verwendung einer Scheckkarte.» (Utilización indebida de una tarjeta de cajero). AG Berlin-Tiergarten. S. 18-4-1986. Pág. 854.
- «Gurtanlegepflicht für Amtsboten.» (Deber de ponerse el cinturón de seguridad para recaderos oficiales). BayObLG. Resolución 18-12-1986. Pág. 855.
- «Begriff des "Gestattens" einer Pkw-Fahrt.» (El concepto «autorizar» la circulación de un turismo). OLG Köln. Resolución 17-10-1986. Pág. 914.
- «Aussetzung des Restes einer Ersatzfreiheitsstrafe.» (Suspensión del resto de una pena privativa de libertad sustitutoria). OLG Koblenz. Resolución 8-12-1986. Pág. 914.
- «Sensorkontrolle im Warenhaus.» (Control por sensor en un gran almacén). OLG Hamm. Resolución 30-6-1986. Págs. 1034-1035.
- «Beaufsichtigung eines Hundes.» (Vigilancia de un perro). BayObLG. Resolución 12-12-1986. Pág. 1094.

- «Beaufsichtigung eines Hundes.» (Vigilancia de un perro). BayObLG. Resolución 24-10-1986. Pág. 1094.
- «Weisung zum Anhalten durch einen Polizeibeamten.» (Orden de pararse procedente de un funcionario de policía). BayObLG. Resolución 27-10-1986. Págs. 1094-1095.
- «Unrichtige Angaben eines Asylbewerbers.» (Declaraciones incorrectas de un solicitante de asilo). OLG Karlsruhe. Resolución 9-6-1986. Pág. 1095.
- «Äquivalenzverhältnis bei der Vorteilsannahme.» (Relación de equivalencia en la aceptación de ventajas en el cohecho pasivo). OLG Düsseldorf. S. 13-10-1986. Páginas 1213-1214.
- «Begriff des radioaktiven Abfalls.» (El concepto de desecho radiactivo). OLG Celle. S. 9-12-1986. Pág. 1281.
- «Betreiben einer Abfallbeseitigungsanlage durch Unterlassen.» (Utilización de una planta de almacenamiento de desechos por omisión). OLG Stuttgart. S. 5-12-1986. Página 1282.
- «Besetzung eines US-Militärgeländes.» (Ocupación de una zona militar de los EE.UU.). OLG Stuttgart. S. 5-12-1986. Pág. 1342.
- «Unterlassene Buchführung.» (Omisión de la teneduría de libros). OLG Hamburg. S. 31-10-1986. Págs. 1342-1343.
- «Verbreiten von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen.» (Difusión de enseñanzas de organizaciones anticonstitucionales). OLG Bremen. Resolución 3-12-1986. Págs. 1427-1428.
- «Infizierung mit Aids.» (Infección con SIDA). LG München I. Resolución 2-3-1987. Pág. 1495.
- «Kein Einzelfernsehen wegen Aids-infizierter Mitgefangener.» (No se tiene derecho a ver la televisión aislado por haber otros presos infectados de SIDA). LG Krefeld. Resolución 22-7-1986. Pág. 1495.
- «Schutz vor Aids-Ansteckung im Strafvollzug.» (Protección frente al contagio con SIDA en la ejecución de la pena). LG Bonn. Resolución 15-5-1986. Pág. 1495.
- «Ausübung der Prostitution in einem in reinem Wohngebiet gelegenen Haus.» (Ejercicio de la prostitución en una casa situada en una zona destinada exclusivamente a vivienda). OLG Celle. Resolución 8-4-1986. Pág. 1563.

E) MINISTERIO FISCAL (Staatsanwaltschaft):

- «Aufklärungspflicht des Arztes vor Blutentnahme für einen Aids-Test.» (Deber de información del médico antes de extraer sangre para una prueba del SIDA). StA en el KG. Págs. 1495-1497.