

Problemas de la reforma Penal en Alemania (*)

REINHART MAURACH

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Munich

I

En 1970, dentro de tres años, por tanto, cumplirá el Código penal alemán (StGB) el centenario de su promulgación. Es, por consiguiente, uno de los más antiguos Códigos penales europeos. Pero, a pesar de ello, no se puede decir sin más que este venerable cuerpo legal, con el cual han operado más de tres generaciones de jueces alemanes, esté plenamente anticuado y sea actualmente inservible. Por el contrario, nuestro Código se ha mantenido, con sorprendente pertinacia, joven, pese a su antigüedad, y puede ser considerado también todavía hoy como base utilizable tanto para un progresivo desarrollo dogmático como para una prometidora labor político-criminal.

Esto es atribuible esencialmente a dos razones. En primer lugar, el Código penal ha sido sometido, en el transcurso de su larga historia, a numerosas reformas (;concretamente, no menos de sesenta y cinco modificaciones!), que han acomodado el antiguo texto legal a las modernas exigencias. La segunda razón estriba en que el legislador del año mil ochocientos setenta renunció de manera satisfactoria a regular todas las cuestiones minuciosa y exhaustivamente; ha preferido confiar al Derecho consuetudinario y, por ello, a la ciencia y a la jurisprudencia de los tribunales, amplios sectores de problemas. De esta suerte la ley no ha llegado a "momificarse". Gracias a la evolución del Derecho consuetudinario permanece el Código —al menos en la esfera

(*) Conferencia pronunciada los días 12, 14 y 19 de abril de 1967, respectivamente, en las Universidades de Madrid (Instituto de Criminología), Valencia y Barcelona. Traducción del alemán por Juan Córdoba Roda, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia y Gonzalo Rodríguez Mourullo, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo.

dogmática, de la construcción del delito— absolutamente moderno y realista. Y si, no obstante, entre nosotros está en marcha una reforma penal “de arriba a abajo” se debe preferentemente a exigencias de la *Criminología y Política criminal* modernas, cuyas aspiraciones no puede satisfacer, plenamente, el Código vigente.

Que el Código penal alemán, pese a la fecha de promulgación se conserve joven, resulta a primera vista extraño y contradictorio, pero se explica históricamente: los empeños de reforma son casi tan antiguos como el Código mismo. Dicho con exactitud: comienzan en el año 1882, cuando FRANZ VON LISZT desarrolla su célebre “Programa de Marburgo”, en el cual él, apoyándose en la joven (¡demasiado joven!) criminología proclamó la bancarrota de la justicia penal alemana y reclamó la sustitución del Código por un sistema enteramente nuevo de reacción y sanción, con lo que se desencadenaba en el Derecho penal alemán la denominada “lucha de escuelas”. No necesito analizar ahora de modo particularizado las pretensiones de la escuela de LISZT. Son conocidas de todos.

Tales pretensiones culminan en la sustitución del llamado *Derecho penal de acto* por un *Derecho penal de autor*, configurado en atención al delincuente individual; en el radical retroceso del *principio de retribución* a favor de la prevención especial, con la correspondiente clasi-ficación del delincuente (*intimidación* del delincuente ocasional; *readaptación social* del delincuente habitual corregible; *inocuidación* del delincuente incorregible); y en la exigencia de la denominada *pena-final*, que, más que a la culpabilidad, debe de ser ajustada a la peligrosidad del delincuente. En definitiva, defendió LISZT el principio de la llamada *via única*: con la pena —y tan sólo a través de la pena— pueden llegar a ser alcanzados todos los imaginables fines político-criminales.

Está fuera de toda duda —y hasta aquí tuvo razón LISZT— que el Código en su originaria redacción no podía llegar a cumplir aquellas exigencias.

En su redacción originaria era el citado Código el característico producto del siglo XIX. Consideró al delito no como un típico fenómeno masivo de patología social, sino como una rebeldía culpable contra el orden impuesto por Dios y el Monarca. Justifica la necesidad de la pena bajo la invocación a KANT y HEGEL y llega con ello al reconocimiento de que la pena es retribución por la culpabilidad. Se mueve también conforme a la ideología liberal: la tarea del Estado es la de imponer la justa, retributiva pena. Por el contrario, no está legitimado el Estado para imponer sobre la base de la prevención especial penas condicionadas no por el grado de culpabilidad, sino únicamente por la peligrosidad social del autor.

Con esto hemos dicho ya bastante respecto a las bases en las que entonces se sustentaba el Código penal. Para su defensa frente a VON LISZT se formó la denominada *escuela clásica* del Derecho pe-

nal alemán, cuyo representante más significativo fue KARL BINDING, quien patrocinó las siguientes máximas:

Por motivos de justicia y constitucionales no debe quebrarse el principio de la pena retributiva por la culpabilidad.

Es plausible también la obtención de efectos de prevención especial, pero solamente en cuanto esté permitido alcanzarlos, como efectos secundarios, en el marco de la pena retributiva.

Pero en tanto la pena retributiva no esté en situación de combatir eficazmente la peligrosidad del autor, el sistema de las *penas*, referidas a la *culpabilidad*, debe ser integrado a través de un sistema de *medidas de seguridad y corrección* desprovistas de carácter penal, orientado hacia la peligrosidad del autor.

Con ello defendió la escuela clásica el principio del *dualismo* de penas y medidas de seguridad; el denominado principio de la doble vía.

La lucha entre las denominadas escuela "moderna" y "clásica" duró bastantes décadas, y la reforma total del Derecho penal alemán se fue demorando una y otra vez. Así llegan a ser elaborados, desde 1909 hasta 1936, no menos de 14 proyectos oficiales y semi-oficiales, de los cuales ninguno fue aprobado por el Parlamento.

La misma lucha de escuelas llega a ser complacida provisionalmente a través de una reforma parcial: la llamada *ley del delincuente habitual*, de 1933. Esta ley representa un compromiso entre los dos extremos. A través de la introducción de un sistema cerrado de medidas de seguridad y de corrección, resultan contemporizadas las exigencias de la *escuela clásica*. Pero, por otro lado, previó la citada ley la posibilidad de aumentar la pena —más allá del módulo representado por la proporción entre culpabilidad y pena— en atención a la peligrosidad de los delincuentes habituales, y esto significó, por el contrario, un positivo éxito de la *dirección moderna*.

II

Ante todo, quiero referirme en estos momentos al estado actual de la reforma penal alemana, y debo aludir por ello, siquiera sea a grandes rasgos, a la actual *situación espiritual* de la ciencia penal alemana.

En primer lugar, la denominada lucha de escuela está sepultada; no existe ya en el presente. Los frentes de las dos alas enemigas se han unido ante la terrible impresión de la "justicia" nacional-socialista, conformada exclusivamente sobre la base de una brutal intimidación, de una desnuda prevención general. La necesidad de una pena retributiva por la culpabilidad está fuera de dudas; fines de prevención especial puede alcanzarlos un tal Derecho penal sólo en el interior de los márgenes de la justa retribución. Por ello debe de ser completado el sistema de penas a través de un sistema pura-

mente preventivo de medidas de seguridad y corrección, orientado únicamente hacia la peligrosidad del autor. Existe, pues, una fundamental unanimidad sobre esto: sobre que el futuro Derecho penal —al igual que el vigente— deberá ser construido conforme al principio de la doble vía.

Verdad es que con ello son fijadas únicamente las grandes líneas del futuro Derecho penal. La unanimidad de la ciencia penal alemana no va mucho más allá. Llegaremos a conocer las divergencias en particular si analizamos la actitud político-criminal de los actuales proyectos.

Aludiremos brevemente a continuación a la evolución histórica del actual movimiento de reforma. Este movimiento se inicia en el año 1953 por obra del entonces Ministro de Justicia DEHLER. En 1954 es nombrada por el a la sazón Ministro de Justicia NEUMAYER, la llamada "Gran Comisión para la reforma del Derecho penal", integrada por catedráticos, altos jueces y representantes del Parlamento Federal. Como consecuencia de un cuidadoso trabajo de varios años surgió el Proyecto de 1962, el cual fue publicado con una exposición de motivos y presentado con algunas modificaciones como "Proyecto 1962" a una Comisión especial del Parlamento Federal para que emita dictamen antes de ser sometido al Pleno de dicho Parlamento. Esta Comisión especial, integrada por parlamentarios, ha propuesto durante los años 1965 y 1966 una serie de modificaciones respecto a la redacción originaria del proyecto. Pero como estas modificaciones no han sido publicadas hasta ahora, me referiré a continuación al proyecto de 1962 en su primitiva redacción.

El proyecto ha sido intensamente discutido en el mundo de los especialistas alemanes. Numerosos congresos de especialistas se han ocupado de él. La discusión ha sido llevada hasta el extremo de que por parte de algunos científicos privados fueron presentados lo que se denominan contraproyectos. Así, por ejemplo, el proyecto del profesor BAUMANN (que comprende solamente la Parte General) y el llamado "Proyecto alternativo" de 1966, que ha sido elaborado por un grupo de 14 de los más jóvenes criminalistas alemanes. Se limita también este proyecto solamente a la Parte General y contiene una breve exposición de motivos.

Nuestra intención es proceder seguidamente a un análisis comparativo del proyecto oficial de 1962 y del proyecto alternativo. Pero antes de que comencemos con ello, es conveniente preguntarse por qué se llegó, en principio, a la formulación de este proyecto alternativo y dónde radican los reales o supuestos defectos del proyecto oficial, que, según la opinión de los citados 14 profesores, han justificado la presentación del proyecto alternativo.

En definitiva, se le reprocha al proyecto oficial:

Que de ninguna manera se trata con ese proyecto de lograr una reforma, sino solamente la fijación de la situación jurídica ya actualmente existente. Falta al proyecto una decidida y unitaria idea

político-criminal, y no toma suficientemente en consideración las exigencias de la moderna Criminología. Las pocas auténticas innovaciones que el proyecto aporta son susceptibles también de revestir la forma de nuevas leyes de modificaciones parciales; tales innovaciones no compensan el ostentoso lujo de una reforma total. A esto se añade que el proyecto es, desde el punto de vista de técnica legislativa, extraordinariamente complicado (su Parte general comprende, en efecto, 133 artículos frente a los 79 del Código penal vigente), poco claro y difícil de manejar en la práctica.

Comparemos ahora las más importantes diferencias entre ambos proyectos en lo que atañe a la regulación de las instituciones político-criminales, es decir, a la regulación de las penas y las medidas de corrección y seguridad.

1. La *pena de muerte* no es admitida ni por el proyecto oficial ni por el proyecto alternativo. En verdad esta cuestión podía ser sencillamente silenciada a la hora de calibrar las iniciativas creadoras de ambos proyectos. Nuestra Constitución, la denominada "Ley fundamental de Bonn de 1949", establece la abolición de la pena de muerte. Su reintroducción sólo podría conseguirse, por ello mismo, por la vía de una modificación de la Constitución y, según la proporción mayoritaria de votos del Parlamento alemán, no tendría en el presente momento la menor probabilidad de éxito una propuesta de reintroducción de la pena de muerte.

En este punto hay que hacer un inciso para observar que nuestro Derecho constitucional no conoce (en contraposición a la Constitución de 1919) la institución del *Referéndum*. Para la abolición de la pena de muerte constituye esto una ventaja. Porque si la cuestión de la reintroducción de la pena de muerte fuese abandonada a la decisión popular, entonces llegaría a producirse una mayoría del 60 al 70 por 100 *a favor* de la pena capital; esta es, como los sondeos de la opinión pública han puesto de relieve, la opinión del "hombre de la calle" en Alemania. Es de esperar tan sólo que prevalezca el suficiente sentimiento de responsabilidad de nuestros representantes parlamentarios, a fin de que no cedan ante esa presión de la calle.

2. El centro de gravedad del sistema penal lo forman en el proyecto oficial *las penas privativas de libertad*, mientras que por el proyecto alternativo se pretende estrechar en alto grado el ámbito de aplicación de las mismas. En el marco de las penas privativas de libertad existen actualmente dos cuestiones estrechamente vinculadas entre sí y que están en el centro de la discusión, no sólo, por lo demás, en Alemania, sino en los sistemas penales de todos los Estados de cultura. Por un lado, el problema de si debe existir solamente una *unitaria pena privativa de libertad* (la denominada pena única) o si la ley debe de prever *varias especies* de privación de libertad; por otro, el casi insoluble problema de las *penas cortas privativas de libertad*.

a) El proyecto oficial se ha pronunciado, después de largos debates en el seno de la Comisión, a favor de una diferenciación de las penas privativas de libertad. Reconoce tres clases distintas de penas privativas de libertad, las cuales no se diferencian, en verdad, por la *forma de ejecución* (ésta es en todo absolutamente unitaria), sino por su *duración* y sus *efectos accesorios*. El proyecto oficial distingue entre presidio, prisión y arresto penal. El presidio y la prisión se corresponden con las homónimas del Derecho vigente, en tanto el arresto penal es una modalidad de pena enteramente nueva que no debe ser confundida con el arresto del Derecho vigente.

La cuestión relativa al mantenimiento del presidio como la más grave de las penas privativas de libertad fue extraordinariamente debatida. A favor de la respuesta afirmativa existían ante todo dos decisivas razones. En primer lugar, el pensamiento de la llamada *culpabilidad por el hecho*: resultaría intolerable para el sentimiento jurídico popular que el asesino y el pequeño ratero o estafador debiesen ser sometidos a la misma pena, precisamente a la "pena única". El pensamiento de que el delincuente grave debe sufrir por su hecho más que el autor ocasional de infracciones leves, debe reflejarse no sólo en la duración, sino también en la clase de pena. En segundo lugar, la introducción de la institución de la pena única llegaría a nivelar el Derecho penal y a privar al juez de la posibilidad de una individualización.

Seguramente hablan también —y no lo desconoce el proyecto— *contra* el mantenimiento del presidio serios argumentos. Ante todo, la circunstancia de que la posterior readaptación social de un delincuente castigado con presidio se hace mucho más difícil y es, en muchas ocasiones, imposible con referencia a los efectos secundarios del presidio, como, por ejemplo, pérdida de cargos y dignidades, prohibición de ejercer determinadas profesiones, pérdida de derechos electorales, etc. Pero, conforme al punto de vista del proyecto, no hay más remedio que soportar estas consecuencias poco satisfactorias. Ellas resultan en cierto modo atenuadas, puesto que el proyecto en comparación con el Derecho vigente, establece la pena de presidio tan sólo en pocos casos. Aparece señalada únicamente para la criminalidad más grave: en primer lugar, para los delitos capitales, como el asesinato, la violación, etc.; luego, para la criminalidad de gravedad media si se trata de un particular tipo de autor con hostilidad al Derecho, como, por ejemplo, el delincuente profesional.

La pena de presidio puede durar toda la vida (esto constituye la excepción poco frecuente) o ser limitada temporalmente. El mínimo es de dos años (hoy: un año); el máximo se eleva a veinte años (hoy: quince años).

La pena privativa de libertad más significativa prácticamente es, según el proyecto oficial (en coincidencia con el Derecho vigente), la prisión, la cual representa la típica pena para la criminalidad grave y de mediana gravedad. La prisión no tiene efecto deshonoroso, de

ahí que la readaptación social del autor esté en primer plano de la ejecución. La pena de prisión es únicamente temporal; su mínimo es de un mes y su máximo de diez años.

La tercera pena privativa de libertad prevista por el proyecto representa un interesante experimento. Es el arresto penal (mínimo, una semana; máximo, seis meses), el cual está previsto para determinados grupos de autores para los cuales el presidio significaría una carga demasiado grave social y éticamente, y para los cuales, por otra parte, representaría una expiación demasiado exígua la pena pecuniaria. Esta pena de arresto entra en juego en relación con la leve y media criminalidad y, precisamente, de manera optativa, al lado de la prisión o de la pena pecuniaria. Debe aplicarse a aquellos autores que, en hechos dolosos, han actuado solamente con mínima culpabilidad o, en hechos culposos, no han actuado de manera inconsciente. Tal clase de pena está excluida frente a los autores que, de modo probado, han mostrado ya su inclinación al intento de cometer hechos punibles. Según la opinión adoptada por la Comisión de Reforma serán los delitos culposos, especialmente los delitos de tráfico, el principal ámbito de aplicación de esta especie de pena. Tiene la finalidad de una de las denominadas penas de reflexión o destinadas a despertar la conciencia; su fin de prevención especial es esencialmente sólo la *intimidación*, mientras apenas si puede añadirse alguna función educadora a esta pena porque es demasiado corta.

De los mínimos penales que he citado anteriormente (prisión, un mes; arresto penal, una semana), se deduce ya que el proyecto oficial no toma partido en pro de la radical "lucha contra las penas privativas de libertad de corta duración". De ninguna manera desconoce el proyecto los peligros de las penas cortas privativas de libertad, los cuales, por lo demás, son conocidas de todos, por lo que no necesito hablar aquí sobre ello. Pero el proyecto considera esa lucha (¡a mi juicio con razón!) como el intento de la cuadratura del círculo. De ahí que haya renunciado a cualquier solución radical y haya intentado, al menos, reducir la gravedad del desdichado problema. En primer lugar, a través de una esencial ampliación del ámbito de aplicación de la condena condicional; en segundo término, a través de una amplia vigencia de la pena pecuniaria.

b) Situado en el extremo opuesto —¡al menos en teoría!— se presenta ahora el llamado proyecto alternativo. Puesto que él solamente prevé una única especie de pena en el marco de la privación de libertad, profesa la radical solución de la "pena única privativa de libertad". Esta pena tiene que cargar sobre sí tanto las funciones del presidio como las de la prisión, lo que repercute en la medida penal.

El mínimo es de seis meses; el máximo, quince años. En algunos pocos casos está también prevista la pena de privación de libertad durante toda la vida.

La pena privativa de libertad única no conoce ningún efecto des-

honroso. Debe de alcanzar el bien de la readaptación social del condenado: cada condenado debe tener, una vez puesto en libertad, “las mismas posibilidades de desenvolverse en la vida”.

En contraposición al proyecto oficial, que se abstiene de toda regulación sobre ejecución de penas y reserva todas las cuestiones relativas a esta materia a una *ley especial*, se incluyen en el mismo proyecto alternativo algunas reglas fundamentales referentes a la ejecución de penas, de entre las cuales son significativas las siguientes:

Meta de la ejecución de toda pena privativa de libertad es la *readaptación social* del condenado. La ejecución debe diferenciarse conforme a “grupos de autores”. El aislamiento celular es fundamentalmente improcedente: durante el día los reclusos trabajan conjuntamente en grupos, por las noches serán aislados en celdas individuales. Y, por último, particularmente importante: cada recluso tiene derecho a un trabajo adecuado a sus aptitudes y tiene asimismo derecho a una *remuneración* conforme a tarifas por su trabajo. Lo último constituiría, sin duda, un laudable progreso. Hay que preguntarse solamente cómo debe llegar a ser realizada esa pretensión del recluso a la asignación de trabajos en períodos de paro absoluto debido a la terminante posición de los Sindicatos o en momentos de “recesión” económica.

Volvamos ahora de nuevo al problema de las penas cortas privativas de libertad. El proyecto alternativo acentúa con arrogancia que él ha resuelto este problema con su mínimo penal “primario” de seis meses, pero en realidad se trata tan sólo de un resultado aparente. Pues, en efecto, a la restricción del ámbito de la pena privativa de libertad debe corresponder naturalmente una fuerte ampliación de la esfera de aplicación de otras penas principales. Ahora bien, el proyecto alternativo admite dos penas principales sin privación de libertad: de una parte, la *prohibición de conducir*, que naturalmente sólo puede cobrar significado respecto a los conductores de automóviles (el Derecho vigente conoce ya, por lo demás, la prohibición de conducir como —muy eficaz— pena accesoria)” y, de otra parte, la *pena pecuniaria*.

Para el caso de que la multa no sea pagada y no pueda ser obtenida por vía de apremio, el proyecto alternativo busca diversas soluciones para ahorrar al condenado la corta pena de privación de libertad, prevista en este supuesto.

Así tiene el juez la posibilidad de disminuir el importe de la pena pecuniaria o remitirla en su totalidad, si resulta incobrable sin culpa del condenado; de esta posibilidad sin embargo, sólo hará uso excepcional, para respetar la realidad de la multa. Por otro lado, si esta última es incobrable, puede, a petición del condenado, imponer a éste la obligación de efectuar trabajos socialmente útiles en hogares de ancianos, hospitales u otros establecimientos. También esta posibilidad debe ser enjuiciada con elevado escepticismo: en sí se encuentra prevista ya en el Derecho vigente, pero en la práctica no es nunca aplicada. El resultado de todo ello es que se mantiene el arresto sustitutorio

y, en su virtud, las tan recriminadas cortas penas privativas de libertad. La plena supresión de las mismas se ha mostrado como imposible.

3. Gran atención dedican ambos proyectos a la institución de la *remisión condicional de la pena*. Su ámbito de aplicación debe ser notablemente ampliado respecto al Derecho vigente. También aquí las propuestas del proyecto alternativo son más radicales que las del proyecto oficial.

Para este último la remisión condicional está descartada si el autor ha sido condenado a presidio o a más de nueve meses de prisión; su ámbito de aplicación se limita, pues, a las penas de prisión inferiores a nueve meses y al arresto. El proyecto alternativo, que prevé una unitaria pena privativa de libertad, admite la remisión condicional siempre que el autor no haya sido condenado a más de dos años de privación de libertad. En materia de pronóstico criminal coinciden en cambio esencialmente ambos proyectos: la remisión condicional sólo puede ser admitida si la personalidad y las condiciones de vida del condenado hacen esperar que bajo la impresión de la sentencia se comportará en el futuro conforme a las exigencias del Derecho, pese a no haberse cumplido efectivamente la privación de libertad. También aquí el proyecto alternativo da sin embargo un paso adelante respecto al proyecto oficial, pues mientras que este último confiere carácter *facultativo* a la disposición de la remisión condicional, el proyecto alternativo le atribuye naturaleza *necesaria*.

El *tiempo de prueba* comprende en ambos proyectos un mínimo de dos años y un máximo de cinco. Por lo que al estatuto jurídico y al tratamiento del condenado durante ese período se refiere, coinciden esencialmente ambos proyectos en que someten al condenado a un control más amplio y extenso que en el Derecho vigente. El reo no es abandonado a sí mismo, sino que será controlado, amparado e incluso obligado a cooperar activamente en su readaptación social por imposición de determinadas prestaciones. No sin razón se habla a este respecto de un "cumplimiento de la pena sin muros de prisión" y también de un carácter *tripartito* del Derecho penal: junto a las penas y a las medidas de seguridad aparecen aquí las *prestaciones positivas de readaptación social* del condenado.

Estas últimas comprenden tres modalidades distintas:

a) Las llamadas *imposiciones*. Son éstas ciertas cargas y limitaciones que gravan al condenado para la reparación o satisfacción del hecho injusto cometido. Así, puede el Juez ordenar que el reo repare de nuevo el daño cometido, satisfaga una suma de dinero a una institución social o preste un servicio gratuito en un tal organismo (por ejemplo en un Hospital).

b) Las llamadas *instrucciones*, es decir, determinadas resoluciones dictadas por el Juez dirigidas a regular de un modo tal la conducta del condenado que en lo posible no vuelva a reincidir. Se incluyen aquí: la obligación de una presentación periódica, la prohibición

de mantener relaciones con sectores criminógenos, la prohibición de visitar determinados lugares (clubs dedicados al juego) o de poseer determinados objetos, el mandato de aceptar un trabajo ordenado, etc.

Tanto en las *imposiciones* como en las *instrucciones* se corre el peligro de una posible vulneración de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, como el derecho a la libertad de residencia y el de libre despliegue de la personalidad. De ahí que ambos proyectos coincidan expresamente en que ni las imposiciones ni las instrucciones deben implicar una ingerencia no exigible en la posición jurídica del condenado. Así, sería inaceptable la *instrucción* que obligara a este último a abrazar una determinada religión o a contraer matrimonio con la mujer seducida.

c) Un último medio para regular y supervisar la conducta del condenado durante el período de prueba es el de la llamada *ayuda en la prueba*, que ambos proyectos prevén en conformidad al Derecho vigente. En tanto en cuanto lo requiera la readaptación social, el condenado será sometido a la vigilancia de un funcionario especial, designado por el Tribunal, esto es, del llamado *auxiliar en la prueba*. Su cometido estriba en el consejo y protección del condenado, en el control de la observancia de las *imposiciones* e *instrucciones*, así como también en emitir informe al Tribunal sobre la conducta de aquél.

4. Mientras que respecto a la remisión condicional de la pena coinciden ampliamente ambos proyectos, el alternativo va más allá del Derecho vigente y del proyecto oficial, cuando en determinados casos autoriza al Tribunal a prescindir por completo de la pena. Estos casos son dos: *amonestación con reserva de pena y fallo de culpabilidad con renuncia a la punición*.

a) La institución de la *amonestación con reserva de pena* era ya conocida también por proyectos anteriores y ha sido adoptada asimismo por el vigente Derecho alemán de menores. Estriba en lo siguiente: Cuando el autor ha incurrido por vez primera en una pena privativa de libertad inferior a un año o a una multa correspondiente, puede el Tribunal limitarse en la sentencia a afirmar su *culpabilidad* y a amonestarle, quedando en suspenso la determinación de la pena, que deja por completo de aplicarse si el autor se comporta irreprochablemente durante un período de prueba. A diferencia de lo que rige para la suspensión condicional de la pena; nos hallamos, pues, aquí ante un propio caso de condena condicional según el modelo del conocido *Probation-System* del Derecho penal anglo-sajón. El período de prueba se extiende a un año. Transcurrido éste se considera al autor no condenado. Si reincide dentro de este tiempo, se procederá a determinar a posteriori la pena. Tales instituciones sólo podrán por supuesto ser aplicadas si se pronuncia un pronóstico social favorable del autor.

b) Si bien la institución de la amonestación, hasta aquí tratada, debe ser admitida, la otra figura del proyecto alternativo me parece muy *discutible*. Me refiero al llamado *fallo de culpabilidad con renuncia de pena*. Si el autor ha incurrido en pena privativa de libertad

hasta dos años, el tribunal puede limitarse a declarar su *culpabilidad* y a prescindir de decretar, sin embargo, una *pena* en los casos en los que el sujeto haya sido ya suficientemente castigado por las consecuencias de su acto, así como en aquellos supuestos en los que dicho acto represente el resultado de un conflicto extraordinariamente grave. De la exposición de motivos del proyecto alternativo se deriva que deben incluirse aquí, verbigracia, los casos en los que el autor ha producido imprudentemente la muerte de un próximo pariente, así como también los llamados delitos por convicción en los que el sujeto, tras una grave lucha con su conciencia, se ha decidido a cometer el hecho. Esta circunscripción de los supuestos incluibles me parece desmesurada, sin perfiles y, por tanto, peligrosa, máxime si se piensa que, en principio, sólo se excluye su aplicación en caso de delito doloso consumado contra la vida. Supongamos la conducta del marido que en un rapto de celos quiere matar a su mujer y simplemente la lesiona, ¿debe el tribunal poder prescindir realmente aquí de la pena?

5. Corresponde seguidamente abordar el estudio de las propuestas de ambos proyectos sobre la configuración de la pena de multa, y, con ello, una de las cuestiones más interesantes de la reforma. Hemos dicho ya con anterioridad que la restricción del ámbito de las penas privativas de libertad en ambos proyectos debía conducir necesariamente a un ensanchamiento del campo de vigencia y de la significación de la pena pecuniaria. Ello constituye también la finalidad de ambos proyectos. Observemos, sin embargo, que éstos no sólo incrementan respecto al Derecho vigente el ámbito de aplicación de la citada pena, sino que la modifican de modo sustancial. En este punto ha servido de ejemplo el *Derecho escandinavo*. Pero el proyecto alternativo va mucho más allá de este último modelo.

Tanto para el Derecho vigente como para ambos proyectos, la pena pecuniaria es propia pena principal, y no pena accesoria. Ya en el Derecho vigente la multa es la pena más aplicada en la práctica: Casi dos terceras partes de las sanciones que en la actualidad se aplican en atención a la comisión de crímenes y delitos son multas. En el futuro la proporción entre penas privativas de libertad y multas se desplazará aún más en favor de estas últimas. Ello exige, sin embargo, una reforma particularmente cuidadosa de dicha institución al objeto de que la pena pecuniaria pueda servir, mejor que hasta ahora, al principio de la justa retribución y a los fines de la prevención, y de que dicha sanción sea sentida por el autor con el mismo carácter penoso de una sanción privativa de libertad; y esto último, por desgracia, lo ha dejado de hacer el Derecho vigente, pues tanto la ley como la práctica judicial se han inclinado hacia una aplicación no suficientemente gravosa de esta institución. Se deplora así el que la pena de multa dictada conforme al Derecho vigente produce efectos inadecuados a las exigencias sociales. Se fija en muchos casos de modo esquemático, gravando en mayor grado al pobre que al rico, sin que esté en situación, por lo escaso de su límite máximo —regular-

mente, 10.000 marcos—, de ser sentida realmente por la persona acaudalada. Baste pensar en los grandes “delitos financieros”.

Aquí los proyectos quieren introducir modificaciones. Mientras que en el Derecho vigente la multa consiste simplemente en una suma dineraria que debe ser pagada, en el proyecto oficial debe estar integrada por las llamadas *porciones de días* a las que se refiere como multiplicador una determinada suma. El mínimo es el de una porción de día, el máximo, de 360. El número de porciones de días lo fija el juez tomando en consideración el contenido de injusto del hecho y la gravedad de la culpabilidad. La cuantía de la porción de día la determina el juez tomando en cuenta las circunstancias personales y económicas del autor; el mínimo legal es de dos marcos, el máximo, de 500. La multiplicación de las porciones de días por el importe de la particular porción, determina entonces la pena pecuniaria.

Imaginemos como ejemplo la causación de unas lesiones culposas por un automovilista acaudalado. La gravedad del hecho la computa el juez en una suma de 20 porciones de días. En atención a las circunstancias económicas del autor, la porción de días se fija en 100 marcos. El resultado es que la multa asciende a 2.000 marcos. Si la suma no es pagada y no se obtiene por vía de apremio, el juez dispondrá el arresto sustitutorio, de forma que por cada porción de día se ordenará un día de privación de libertad.

Sin duda este sistema tiene frente al Derecho vigente la ventaja de que permite una mejor individualización. Desaparece así el “privilegio del autor rico”, pues ahora el límite máximo de la multa vendrá dado por 180.000 marcos.

El proyecto alternativo da aquí un importante paso. Intenta adaptar en medida aún mayor la multa a la pena privativa de libertad, configurar a aquélla de un modo que la haga más sensible para la persona del condenado, e individualizarla en medida aún más notable.

Dicho proyecto denomina a la figura de multa que propone “multa de plazo temporal”. Con ello se quiere decir que la pena pecuniaria será impuesta para determinados periodos cronológicos (días, semanas, meses) y que, en contraste al proyecto oficial, no será “capitalizada”, sino que aparecerá como un gravamen permanente del condenado. La multa se fijará así por porciones de días, semanas o meses, cuyo número dependerá, al igual que en el proyecto oficial, del grado de la ilicitud y de la culpabilidad. El plazo temporal será de un mínimo de una porción de día y de un máximo de 24 porciones de meses. La *cuantía* numérica de las porciones la determina el tribunal de forma tal que dichas porciones sean sentidas como una seria disminución del nivel de vida del condenado: al autor debe sólo serle respetado el *mínimo para subsistir*. Por estas razones el proyecto alternativo si bien no fija ningún límite máximo, señala que el mínimo de la porción de día debe importar cinco marcos, el de la porción de semana, 35, y el de la de mes, 150. Por último, introduce también la novedad de

que el tribunal, para averiguar las condiciones patrimoniales del autor, puede recabar informes de los Bancos y autoridades fiscales.

De ahí se desprende, pues, que el proyecto alternativo es, en la medición de la multa, mucho más radical que el proyecto oficial. Por otro lado se esfuerza —a mi juicio sin demasiada fortuna— en tratar, en lo posible, de mitigar o excluir las consecuencias para el caso de impago de la pena pecuniaria.

Tampoco el proyecto alternativo puede prescindir del arresto sustitutorio. Pero éste debe representar tan sólo una “ultima ratio”. Ante todo, debe permitírsele al condenado, siempre que así lo pida, el “ganarse” la multa por prestación voluntaria y gratuita de un trabajo en hospitales, hogares de ancianos, etc. El que esta posibilidad representa una piadosa ilusión, ha sido ya anteriormente destacado. Por otro lado, el tribunal dispone de la posibilidad de reducir la cuantía de la multa e incluso, en casos excepcionales, de condonarla por completo, siempre que el impago no sea atribuible a culpa del condenado y no haya podido ser cobrada por vía de apremio. También esta posibilidad se limitará a muy raros casos. No podemos, pues, sino reconocer que la radical configuración de la multa no está en situación de suprimir por completo las penas cortas privativas de libertad. En este aspecto el proyecto oficial había adoptado una actitud mucho más realista.

IV

En la parte final de mi disertación desearía efectuar una somera exposición de la relación entre penas y medidas de corrección y de seguridad, en ambos proyectos.

1. En la parte introductiva me he referido ya a la actitud sustancial de ambos proyectos: función de la *pena* es la compensación de la culpabilidad por el hecho cometido; función de las *medidas* es la prevención del peligro actual que el autor significa: ello responde al llamado principio *binario*. Las disposiciones sobre la *medición de la pena* contenidas en ambos proyectos, no parecen, sin embargo, haber realizado plenamente este principio, con la consecuencia de una cierta confusión entre las funciones de las penas y de las medidas.

Relativamente poco peligrosa resulta aquí la regulación del proyecto alternativo, que en su fundamental parágrafo segundo dispone que “la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad del hecho”.

Téngase, en primer lugar, presente que el proyecto entiende por “culpabilidad” tan sólo *el* reproche que al autor se le hace en atención al *hecho concreto*, con lo que se desecha claramente, y ello resulta encomiable, la llamada culpabilidad del carácter o culpabilidad por la conducta vital. Cuando más adelante se dice que la pena *no debe rebasar* la medida de la culpabilidad, se piensa, además, en que ni consideraciones de prevención general ni especial autorizan al juez a imponer una pena que rebase la retribución de la culpabilidad; prin-

cipio que representa también un satisfactorio reconocimiento. De otra parte, esta disposición no impedirá al juez el imponer una pena *menor* a la que la culpabilidad exige, cuando ello le parezca necesario por razones de prevención especial, como sucede con autores débiles especialmente sensibles a la pena. Dicha regla, si bien resulta incompatible con la nitidez dogmática de un Derecho penal retributivo, no lleva consigo sin embargo, al menos, un injusto gravamen del autor.

Mucho más objetable resulta, en cambio, la regulación del proyecto oficial. En él simplemente se dice (parágrafo 60) que la culpabilidad del autor es “base” de la medición de la pena. Es esta una formulación altamente imprecisa que fue, sin embargo, elegida con el propósito, congruente con el criterio unánime de la Comisión, de que dicha disposición sólo debe representar una “directriz general”, y de que el juez tiene la facultad de apartarse del principio de la pena proporcional a la culpabilidad, no sólo hacia abajo en beneficio del autor, sino también hacia arriba en su perjuicio, cuando así aparece indicado por razones de prevención. Esta es una regulación muy criticable, pues atribuirá a la *pena* funciones exclusivas de las medidas: lucha contra la peligrosidad del autor.

2. Existe otro punto en el que el proyecto alternativo ha desatendido, en cambio, la necesaria separación entre penas y medidas, a saber, en la cuestión de la *retroactividad*. En lo referente a *penas* ambos proyectos mantienen, por supuesto, el principio constitucional de la absoluta prohibición de retroactividad. El proyecto oficial defiende el criterio dominante hasta ahora en Alemania de que para la aplicación de las medidas no es decisivo el Derecho del *tiempo de la comisión*, sino el del *tiempo del enjuiciamiento*, por la razón de que las medidas no constituyen un mal perseguido, sino una pura institución-fin.

En contraste a esto último, la exposición de motivos del proyecto alternativo manifiesta que también las medidas son sentidas por el autor como un mal, que también ellas despliegan efectos represivos y que, por tanto, deben estar prácticamente equiparadas a las penas en la cuestión de la retroactividad: de ahí que el proyecto alternativo prohíba, también para las medidas, la retroactividad. Desde el punto de vista constitucional nada hay que objetar a esta propuesta, pero desde el prisma de una adecuada política criminal me parece justamente criticable.

3. Estaría fuera de lugar el que aquí pretendiera describir en particular las medidas de corrección previstas en ambos proyectos. En esta ocasión debemos ocuparnos tan sólo de las medidas vinculadas a una *privación de libertad* y de la relación entre éstas y las penas dotadas de esta naturaleza.

El proyecto oficial prevé cinco medidas de esta índole: el internamiento en un *sanatorio* para los sujetos inimputables o de imputabilidad disminuida; el internamiento en un *establecimiento de deshabitación* para los toxicómanos; la *casa de trabajo* para los asocia-

les autores de delitos de escasa importancia; el *internamiento de seguridad* para los peligrosos delincuentes por predisposición; y el *internamiento preventivo* para los delincuentes jóvenes en los que concurra el peligro de que puedan convertirse en criminales de la categoría antes referida.

El proyecto alternativo simplifica el sistema de las medidas. Renuncia a la casa de trabajo y al internamiento preventivo, reintroduciendo, en cambio, el internamiento en "establecimientos de terapéutica social", en los que ingresarán aquellos autores que han sido condenados por un delito vinculado a una enfermedad psíquica o a un grave trastorno de la personalidad. El internamiento de seguridad—designado "establecimiento de seguridad"— será respetado, pero limitado en su esfera de aplicación a los criminales altamente peligrosos. Todas las medidas, incluidos el establecimiento de seguridad y el internamiento de enfermos mentales imputables, están cronológicamente limitadas. El proyecto alternativo justifica esta disposición en cuanto mantiene, también para las medidas de corrección y aseguramiento, el principio de la *proporcionalidad* entre el *peligro* del autor y la gravedad de la *medida* a él impuesta. Ello, en principio, es totalmente correcto. Suscita, sin embargo, la cuestión de si es realmente defendible, desde el punto de vista político-criminal, el que a un delincuente por predisposición en todo momento elevadamente peligroso, verbigracia, a un notorio corruptor de menores, se le deba dejar automáticamente en libertad en la sociedad tras el transcurso de los diez años de permanencia en un establecimiento de seguridad.

La última cuestión de la que debemos ocuparnos aquí es la de cómo debe procederse cuando un delincuente ha sido condenado, junto a una *pena privativa de libertad*, a una *medida* dotada de esta última naturaleza. ¿Debe en tal caso ejecutarse primero la pena y a continuación la medida, o debe procederse de modo inverso?

Conforme al Derecho vigente debe cumplirse siempre en primer lugar la pena (ante todo porque cronológicamente está determinada) y sólo a continuación la medida. Este principio está sometido a la única excepción, de índole facultativa, del ingreso del autor dotado de imputabilidad disminuida en un sanatorio; en este caso puede el tribunal ordenar que primeramente se ejecute la medida y a continuación la pena.

Son fundamentalmente distintas las *soluciones* adoptadas por los dos *proyectos*. Con excepción del internamiento de seguridad que sigue siempre a la pena, puede el tribunal, conforme a lo previsto en el *proyecto oficial*, disponer que en primer lugar se ejecute la medida y a continuación la pena. Además, el tribunal puede en estos casos ordenar que el tiempo de la ejecución de la medida sea *abonado* al de la pena. Aún más allá va el proyecto alternativo cuando dispone con carácter necesario que (*siempre* con excepción del establecimiento de seguridad) la *medida* se cumpla antes de la pena y que la duración de la medida privativa de libertad se *abone* a la pena.

Dicha regulación la propone el proyecto alternativo “con el fin de que el resultado alcanzado por la ejecución de la medida no sea puesto en peligro por una posterior ejecución de la pena”. Graves reparos motiva, sin embargo, una tal regulación. Según expusimos ya anteriormente, el proyecto alternativo consigna un reconocimiento sustancial de la pena *retributiva de la culpabilidad* y del sistema binario. Un tal reconocimiento se presenta, no obstante, aquí como una simple declaración formularia, pues prácticamente la citada regulación se convierte al *sistema unitario*, con el matiz diferencial respecto a LISZT de que no es la *pena*, sino la *medida*, la que asume todas las funciones político-criminales. ¡La culpabilidad del autor perderá su interés en cuanto sea posible neutralizar su peligrosidad por una medida! Ello representa una evolución arriesgada, objetable, falseadora de la esencia del Derecho penal.

Y con esto llegamos al final. Si se me preguntara cómo enjuicio yo las posibilidades de la reforma y de ambos proyectos, contestaría según el siguiente tenor: Resulta indudable que la gran coalición entre los demócrata-cristianos y los social-demócratas, que hoy gobierna a la República Federal alemana, es favorable a la aprobación de un nuevo Código penal. Si ambos partidos se unen, la reforma se impondrá, lo que significa que tendremos un nuevo Código penal. Pero a la cuestión de qué visos tendrá dicha ley, de si se impondrá el proyecto oficial o el proyecto alternativo, o ninguno de los dos, no puede hoy contestarse. Lo más probable es que el nuevo Código penal constituya un expreso compromiso entre rojo y negro, y que esta ley muestre todas las características esenciales —también las insatisfactorias— de un compromiso.