

# Los trabajos de la Comisión de Reforma del Código penal alemán. La tercera sesión plenaria

ANTONIO QUINTANO RIPOLLES

La tercera sesión tuvo lugar en reuniones celebradas del 23 al 26 de noviembre de 1954, las que, siempre según la reseña del Dr. Dreher, versaron sobre los temas siguientes: I. Penas contra el honor; II. Clasificación por grupos de autor; III. Ampliación de los sistemas de penas y medidas de seguridad; y IV. Personas jurídicas. Al mismo tiempo se procedió a votar sobre los de condena y libertad condicionales, que quedaron aplazados, por premuras de tiempo en la sesión anterior.

I. *Penas contra el honor.*—En el tema de “penas contra el honor”, pues tal nombre llevan en el léxico alemán (*Ehrensstrafen*) las que más bien son privativas o limitativas de derechos, fué primer ponente el profesor Gallas, quien hizo resaltar la crisis de las mismas en el pensamiento liberal, ya que su esencia —dice— es contraria a los postulados de la dignidad humana y pone en peligro los fines de socialización perseguibles en toda sanción penal. Esto no obstante, y aunque las penas contra el honor propiamente dichas son recusables, se hace precisa la limitación de ciertos derechos, siempre en vista a que con ello se persigan propósitos de seguridad y no de deshonor. Nunca, pues, deben tales penas alcanzar a la entera personalidad del culpable, a modo de reproche total, por ser ello un grave riesgo para la libertad, a la vez que una confusión de los límites estrictos entre el Derecho y la Moral. Propone, en consecuencia, la limitación de estas penas y su consideración de accesorias únicamente a las de presidio (*Zuchthaus*), siempre bajo la base de la facultad judicial de elección en el paralelismo penal principal. La limitación de derechos no debe ser en ningún caso total, ni comprender la de los civiles, salvo mención expresa y concreta. Tampoco han de ser pronunciadas con carácter perpetuo e irrevocable.

Una coordinación de la privación o suspensión de derechos con la naturaleza específica de los delitos en que tales sanciones hayan de ser aplicadas, es sugestión aducida por el presidente Staff y apoyada por el profesor Eb. Schmidt, siempre en el mismo orden de ideas del carácter accesorio de las mismas y su finalidad utilitaria, no de reproche. Fué Schmidt quien con mayor decisión abogó por la pura y simple abolición de las penas contra el honor, considerándolas en flagrante contradicción con los más elementales principios de política criminal y de moralización del delincente, postulados que tampoco deben ser eliminados *a priori* en las condenas de presidio. El profesor Jescheck hizo ver, sin embargo, que en tal supuesto carecería de

todo significado la distinción entre penas presidiales y prisionales, esto es, el paralelismo penal, cuyo signo diferencial debe ser precisamente el de la privación o suspensión de ciertos derechos y honores; en su opinión, la abolición ha de limitarse a la escala de prisión y no a la de presidio.

En la votación se pronunciaron únicamente los miembros de la Comisión por el abolicionismo de las penas contra el honor como tales, así como por la reforma de su vigente regulación en el Código penal. Variaron los criterios sobre los detalles de qué privaciones de derechos debieran ir adscritas a determinadas penas principales, así como en lo referente a la rehabilitación. En este extremo la mayoría decidió reservar la materia al arbitrio judicial, en tanto que una minoría, en la que se contaron los votos de Gallas, Jescheck, Koffka y Welzel, prefirió vincular tal instituto al general de la gracia.

II. *Clasificación por grupos de autor.*—Este tema, resucitando la tan combatida tesis nacionalsocialista del llamado "derecho penal de autor" o *Täterstrafrecht*, fué confiado en una primera ponencia al profesor Bockelmann, de siempre adscrito a la especialidad personalista y autor de la más importante monografía sobre ella (*Studien zum Täterstrafrecht*, parte I, en 1939; parte II, en 1940). A la vuelta de no pocas ilusiones de antaño, reconoce las inmensas dificultades de una generalización de tipos de autor, que trastocaría toda la dogmática actual, de derecho penal de acto, por lo que limita sus sugerencias a las concepciones corrientes de habitualidad y delincuencia juvenil, esto es, en directa relación con el tratamiento asegurativo o correctivo. A este respecto muéstrase partidario del dualismo entre penas y medidas de seguridad y aun de la sistemática del binarismo como se practica en Alemania (pena *plus* medida). Estima que la noción de "asocial" es demasiado imprecisa y no debe ser empleada legislativamente con caracteres de generalidad.

Acordes todos los miembros de la Comisión en la improcedencia de la formulación de "tipos de autor", la cuestión se planteó en torno al tratamiento de los habituales, dividiéndose los pareceres sobre si a ellos debiera emplearse una fórmula genérica subjetiva o si, por el contrario, sería preferible referirlo a cada delito, y por ende en la parte especial y no en la general del Código. Por la primera solución metodológica se pronunció en los debates el magistrado Haager, y por la segunda el profesor Mezger.

En referencia a la autoría juvenil, a modo de tipo personal, la opinión más generalizada se mostró escéptica, con Mezger a la cabeza, sobre los denominados "pronósticos de precocidad", aun sin negar su procedencia y valor en algunas ocasiones más bien excepcionales.

En la votación se decidió unánimemente: a) la no consignación de tipos de autor en la parte general del futuro Código, considerándose que el actual estado de las ciencias criminológicas no lo permite; b) la imposibilidad de resolver el problema de los diagnósticos de criminalidad precoz. Respecto al tratamiento de los habituales, únicamente el profesor Gallas propugnó el criterio extremo de la no consideración agravatoria, decidiéndose el resto de los miembros por el mantenimiento del sistema actual (de la ley de 1933), con

algunas modificaciones de detalle sobre las que los pareceres se escindieron, acuerdos, sin embargo, en el principio de la agravación y en el otorgamiento de arbitrio judicial. La mayoría decidió asimismo que la medida de custodia o *Verwahrung* habrá de ser aplicada en casos prefijados y, como hasta ahora, en un plano de indeterminación temporal.

Aparte del único voto de la doctora Koffka, todos los demás miembros sostuvieron la precisión de consignar en la parte general la agravante de reincidencia, con distintas variantes técnicas. Se acordó unánimemente la no inclusión de otros preceptos sobre habitualidad propiamente dicha en la parte general, relegando a la especial, en cada delito, esa cuestión y la pareja de profesionalidad.

La Comisión decidió también por unanimidad que la norma prevista en el párrafo 42, letra c) del vigente Código para los delincuentes toxicómanos (pena y medida de seguridad complementaria, en plan binario), se extienda a los habituales, siempre y cuando el delito tenga alguna relación causal suficiente con el estado tóxico.

El que el tratamiento de los asociales salga del Derecho penal estricto fué tesis sostenida únicamente por Eb. Schmidt y Sievert, decidiéndose por los demás su inclusión en tal derecho, en base al internamiento en casas de trabajo, también para los asociales de "mínima criminalidad".

III. *Ampliación de los sistemas de penas y medidas de seguridad.*— El ponente, Dr. Krillé, sugiere, en primer término, la desaparición de las penas de trabajo forzoso, entendiendo que contradicen la dignidad del trabajo libre y al mismo tiempo, resultan de difícil regulación práctica para resultados satisfactorios. El trabajo, dice, no debe ser una pena, aunque sí un medio de ejecución de penas, un régimen con fines propios.

Se refiere asimismo a la candente cuestión de retirada de permisos de conducir vehículos y prohibición de oficios, que deben ser definitivamente valoradas como medidas de seguridad y no como penas. No considera aconsejable la reintroducción de la pena o medida de expulsión de extranjeros, materia a resolver en vía administrativa y no en la judicial penal, por cuanto que es propia de suscitar dificultades políticas y aun de índole constitucional, vista la nueva institución del derecho de asilo. Recusables y anticonstitucionales (contra el artículo 1 de la Constitución de Bonn) son, desde luego, las de esterilización y castración. Tampoco se recomienda la de caución de conducta, a la que se atribuye malos resultados en Suiza. En cuanto a la sujeción a vigilancia de policía, es admisible siempre y cuando se refiera a delincuentes habituales o reincidentes, y como medida acordada *post delictum*.

La Comisión se manifestó unánime contra la ampliación del vigente sistema de penas. Respecto al de medidas de seguridad, la tesis del ponente fué combatida por Eberhard Schmidt, único votante por la supresión de la medida de seguridad de vigilancia. La mayoría aceptó tanto ésta como la de expulsión de extranjeros, y aunque se manifestaron distintas opiniones sobre detalles, todas coincidieron en la necesidad de pronunciarse tales medidas por la vía judicial.

IV. *Personas jurídicas*.—El ponente, profesor Jescheck, de Friburgo, apenas si insiste en la temática doctrinal de la responsabilidad de las personas jurídicas en lo penal, limitándose a hacer ver cómo la exigencia de ciertas sanciones son de evidente utilidad frente a las actuaciones ilícitas de las sociedades. Cita a este respecto los ejemplos de la legislación angioamericana, las previsiones del Plan Schuman, y, en Alemania misma, las disposiciones en materia de divisas y evasión de capitales. Por consideraciones teóricas, sin embargo, estima improcedente hablar de penas estrictas en esta materia, siendo de desear la creación de medidas especiales aplicables a las personas jurídicas, con excepción de las corporativas de carácter público y las fundaciones. Lo decisivo habría de ser, en todo caso, la adecuación de la sanción a la actividad societaria. Las sanciones más propias de este género de criminalidad o licitud serían las pecuniarias, ya en forma de multas o de caución asegurativa, y, en casos extremos, el cierre y la disolución, *última ratio* a decretar, tan sólo, en el evento de que la sociedad sea de carácter criminal, según el precepto del artículo 9 de la Constitución.

En el curso de las discusiones entabladas, Eberhard Schmidt censuró al ponente el no haber hecho la suficiente separación entre delitos propiamente dichos, esto es, "criminales", e ilicitudes administrativas, lo que, en su opinión, es fundamental en el asunto, ya que en las segundas falta siempre el juicio de reprochabilidad. En parecido sentido se pronunció Mezger, y al suscitarse el siempre espinoso tema de las relaciones entre el derecho penal y el administrativo, se acordó no presentar puntos a votación, aplazándose el asunto hasta más maduro examen.

\* \* \*

En la votación de las cuestiones relativas a condena condicional y libertad condicional, pendientes, como ya se dijo, desde la sesión precedente, fué de notar el criterio sumamente restringido que presidió a ambas, sobre todo a la primera, ya que se limita la aplicación de los beneficios de suspensión a las penas privativas de libertad entre uno y tres meses (tesis que lograron empatar). Se decidió por unanimidad, en cambio, su extensión a las penas pecuniarias, así como que la institución de la condena condicional permaneciere como penal judicial y no de gracia. En materia de libertad condicional, las novedades principales se refirieron a la intervención judicial a través de los tribunales de ejecución (*Vollstreckungsgerichte*) y a la exigencia de la conformidad del penado con el acortamiento propuesto.

# REVISTA DE LIBROS