

La reforma del Código penal alemán *

Antonio Beristain, S. J.,
Profesor A. de la Universidad de Madrid.

SUMARIO: I.—Preparación de la reforma. II.—Contenido de la reforma: A) Directrices generales. B) Principales innovaciones concretas: 1. Reducción de las penas privativas de libertad de corta duración. 2. Introducción del sistema de pena única. 3. Reestructuración y ampliación de las penas económicas. 4. Desaparición de las faltas. 5. Mayor severidad frente a ciertos delincuentes. 6. Reestructuración y ampliación de las medidas de corrección y seguridad. 7. Modificaciones en la Parte especial. III.—Futura tarea legislativa.

I. PREPARACION DE LA REFORMA

La reforma del Código penal alemán representa, según ha manifestado el ministro federal de Justicia, profesor Horst Ehmke, en una conferencia de prensa celebrada en Bonn el 18 de agosto de 1969 (1), un replantamiento científico del Derecho punitivo con una orientación político-criminal humanitaria y resocializadora, que deja en segundo plano la tradicional misión retributiva.

En sentido parecido se expresó hace un par de meses el actual presidente de la República Federal, Dr. Gustav W. Heinemann, en un folleto editado por el Ministerio Federal de Justicia para dar a conocer al público en general los puntos principales de la reforma (2). El entonces ministro federal de Justicia subraya que la sociedad debe estar ampliamente informada a este respecto, porque la formación y la reformación del Derecho —sobre todo del Derecho penal— es tarea en la que todo ciudadano debe tomar parte activa.

La prensa y los demás medios de comunicación de Alemania han seguido muy de cerca (especialmente en los últimos años, y quizá por razones políticas) los trabajos reformadores de su Código penal. Por desgracia en España, como reconocía con dolor Concepción Arenal, la prensa se preocupa excesivamente poco de estos problemas. Estas líneas pretenden subsanar esa laguna, e informar sencillamente a la sociedad de habla española sobre la nueva legislación penal alemana. Este conocimiento puede ayudar y animar a todos para colaborar a la

(*) Estas páginas han sido escritas gracias a la generosa hospitalidad del MAX-PLANCK INSTITUT FÜR AUSLAENDISCHES UND INTERNATIONALES STRAFRECHT (en Freiburg i. Br.), y de su Director, el Prof. Hans-Heinrich Jescheck.

(1) Cfr. FAZeitung y SDZeitung de 19 de agosto de 1969.

(2) *Fortschrit im Strafrecht, Forderung unserer Zeit* (Bonn, 1969).

reforma de nuestro Código penal, tan necesitado de radical reestructuración.

El Código penal todavía vigente en la República Federal Alemana está en vigor desde hace prácticamente un siglo, desde el 15 de mayo de 1871 (la República Democrática Alemana —Zona Oriental— ha elaborado recientemente, el 12 de enero de 1968, un nuevo Código penal). Desde 1871 hasta hoy el Código penal alemán ha sido modificado parcialmente con 78 innovaciones importantes. Varias veces se intentó, en vano, su reforma total. Ya en 1882 Franz von Liszt con su "Programa de Marburgo" proyectó una reforma global. Posteriormente, desde 1909 hasta 1936, como indica la "Fundamentación" que acompaña al Proyecto de 1962 (3), siete proyectos oficiales y dos privados, en 1909, 1911, 1913, 1919, 1922, 1925, 1927, 1930 y 1936, han intentado elaborar un nuevo Código penal alemán, pero no han conseguido la aprobación necesaria del Parlamento. Tampoco hubiera logrado la aprobación el Proyecto actual si el Parlamento no hubiera estado formado por la coalición de los demócrata-cristianos (CDU), y los social-demócratas (SPD).

La preparación de esta reforma comenzó en 1953, por el entonces ministro federal de Justicia, Dr. Dehler. El inició la gran empresa pidiendo informes a los principales penalistas alemanes acerca de los problemas fundamentales de la reforma, y encargado al actual Max-Planck Institut für ausländisches und internationale Strafrecht de Freiburg i. Br. (4) la elaboración de amplios informes comparativos de la parte general y de la parte especial del Derecho penal. Su sucesor en el Ministerio, Neumayer, formó la "Gran Comisión para la reforma del Derecho penal" compuesta por catedráticos de Derecho penal, abogados, fiscales, magistrados, miembros de los Ministerios de Justicia de los diversos Länder, representantes de todos los Partidos en el Parlamento, etc. Esta Gran Comisión inició sus sesiones de trabajo en Bonn, el 6 de abril de 1954, y las concluyó el 19 de junio de 1959. El Ministerio Federal de Justicia redactó el texto del Proyecto 1960 (Entwurf 1960) (5), apoyándose en las resoluciones formuladas por la Gran Comisión, como resultado de sus estudios. El Gobierno pre-

(3) *Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB). E. 1962 mit Begründung* (Bonn, 1962, Bundesrat, Drucksache 200/62), 93 ss. Esta amplia introducción histórica sirve de base a todos los posteriores informadores. Anteriormente había escrito sobre el tema Marino BARBERO, *La riforma del Codice penale germanico*, en "La Scuola positiva" LXVI (1961), 273 ss. Cfr. también W. STAMMBERGER, *Die Geschichte der Strafrechtsreform bis zum Strafgesetzbuchentwurf 1962*, en "Probleme der Strafrechtsreform" (Stuttgart, 1963, Deutsche Verlag-Anstalt), 11 ss.

(4) *Materialien zur Strafrechtsreform. Rechtsvergleichende Arbeiten. Band 11* (dos volúmenes) (Bonn, 1954, 1955).

(5) José M. RODRÍGUEZ DEVESA tradujo al español el "Proyecto de la Parte General de un Código penal", redactado con arreglo a las conclusiones de la Gran Comisión de Derecho penal en primera lectura (terminado en diciembre de 1956), con una "Fundamentación", en "Anuario de Derecho Penal" (1958), 255-303.

sentó el Proyecto, con una amplia exposición de motivos, al Parlamento, pero éste no lo discutió por falta de tiempo, pues el periodo legislativo concluía pocos meses después, en el verano de 1961.

Al comienzo del cuarto período legislativo se redactó el Proyecto 1962 (Entwurf 1962), con una extensa exposición de motivos. Contiene ligeras modificaciones respecto al Proyecto de 1960: toma en consideración las informaciones de la Comisión de los Länder, formada en julio de 1959 (el Proyecto 1960 sólo pudo utilizar parcialmente estas informaciones), y las críticas que otras instituciones y personas hicieron al Proyecto de 1960. El Gobierno presentó el Entwurf 1962 al Parlamento; éste celebró la primera "Lesung" el 28 de marzo de 1963, y nombró una Comisión especial para que examinase el Proyecto detalladamente, y preparase un dictamen antes de discutirse el Proyecto en el Pleno. En los restantes dos años del período legislativo no hubo tiempo suficiente para que la Comisión pudiera concluir su dictamen. El 30 de junio de 1965 redactó el fruto de sus deliberaciones: Bericht des Sonderausschusses "Strafrecht" über die Beratung des Entwurfs eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962. (Drucksache IV/650.)

Al comienzo del quinto período legislativo (1965-1969) se debía presentar de nuevo el Proyecto al Parlamento. Otra vez se nombró una Comisión especial de Derecho penal, bajo la presidencia —como antes— del Dr. Güde. Excepcionalmente se pudieron utilizar las deliberaciones de la Comisión del período legislativo anterior, sin necesidad de que la nueva (en cuanto a sus miembros, parcialmente nueva) Comisión repitiese todas las deliberaciones. La base fundamental de sus estudios, en más de ciento cuarenta reuniones (a algunas de las cuales fueron invitados diversos especialistas teóricos y prácticos, nacionales y extranjeros, para exponer sus puntos de vista ante la Comisión), han sido el Entwurf de 1962 y el Entwurf presentado al Parlamento por los representantes del Partido Democrático-liberal (FDP), que es el Alternativ-Entwurf (6). El Proyecto de 1962 mantiene una concepción bastante tradicional y (según algunos autores) poco precisa en ciertos puntos importantes (por ejemplo, respecto a los fines de la pena). De orientación mucho más innovadora y bastante más definida (7) es el Proyecto Alternativo, elaborado por 14 catedráticos de Derecho penal, cuya Parte general apareció en 1966, y cuya Parte especial está en publicación: en 1967 se publicaron los Títulos correspondientes a los delitos sexuales, delitos contra el matrimonio, la familia y el estado civil de las personas, delitos contra la paz religiosa y el respeto debido a los muertos. (Estos títulos tienen

(6) Respecto a la postura del Partido social-demócrata, informa WORM, *SPD und Strafrechtsreform* (München, 1968, Olzog).

(7) Entre los muchos artículos aparecidos acerca del Alternativ-Entwurf merece destacarse el estudio de Arthur KAUFMANN, *Der Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches und das Erbe Radbruchs*, en "Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch", hrg. von Arthur Kaufmann (Göttingen, 1968, Vandenhoeck Ruprecht), 324 ss.

todavía parcialmente carácter interino, hasta que se les pueda dar la redacción definitiva al terminar los restantes Títulos de la Parte especial. En esta Parte especial colaboran dos catedráticos más.)

Apoyándose en estos dos Proyectos —Entwurf 1962, y Alternativ-Entwurf— la Comisión ha elaborado el texto de una Ley —la Primera Ley para la reforma del Derecho penal— que contiene las modificaciones de la Parte general y de la Parte especial del Código penal vigente que deben entrar en vigor antes de la reforma total de la Parte general y de la Parte especial del futuro Código penal. Además la Comisión ha elaborado otra Ley —Segunda Ley para la reforma del Derecho penal— que contiene la nueva Parte general del futuro Código penal (y las correspondientes modificaciones en la Parte especial derivadas necesariamente de la nueva Parte general). En la segunda edición de la Parte general del Alternativ-Entwurf (febrero de 1969), los autores de este Proyecto exponen brevemente su opinión crítica respecto al Proyecto elaborado por la Comisión parlamentaria presidida por el Dr. Güde, y aprobado por el Parlamento (8).

El volumen y la importancia de la reforma son tales que la Comisión ha creído necesario repartir en varias fechas la promulgación y entrada en vigor de las diversas innovaciones. (Algunos penalistas hubieran preferido una fecha única para toda la reforma; quizá razones políticas han obligado a adelantar la reforma parcial.) De hecho, la reforma se llevará a cabo en tres fases:

- la primera dedicada a algunas modificaciones, consideradas más urgentes, de la Parte general y de la Parte especial del Código penal actualmente vigente,
- la segunda dedicada a la reforma total de la Parte general del Código penal futuro, y
- la tercera dedicada a la reforma total de la Parte especial del Código penal futuro.

Hasta ahora —agosto de 1969— se han promulgado y publicado los textos legales de la primera y de la segunda fase.

II. CONTENIDO DE LA REFORMA

Las modificaciones más urgentes de la Parte general y de la Parte especial, y la reforma total de la Parte general del Código penal, han sido reguladas respectivamente, según lo antes indicado, en dos leyes; la Primera y la Segunda Ley para la reforma del Derecho penal. Sus Proyectos redactados por la Comisión presidida por el Dr. Güde, fueron presentados al Parlamento el día 23 de abril de 1969. El Parlamento aprobó —en su tercera lectura— estos Proyectos el día 9 de

(8) *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. A. T. 2., verbesserte Auflage* (Tübingen, 1969, Mohr), 202-215.

mayo (9). El Consejo Federal (Bundesrat) los confirmó el 30 de mayo (10). Los impresos del Parlamento publicaron el texto de ambos Proyectos con su Exposición de motivos (11). La Primera Ley para la Reforma del Derecho penal fue promulgada el 25 de junio, y publicada en el Boletín Oficial (Bundesgesetzblatt) del 30 del mismo mes. La Segunda Ley fue promulgada el 4 de julio, y publicada en el BGBl del 10 de ese mes (12).

La Erstes Gesetz entrará en vigor, según su artículo 105, el primero de septiembre de 1969 y el primero de abril de 1970: en septiembre de 1969 comenzarán a regir sus regulaciones consideradas más urgentes, en abril de 1970 las restantes, que son la mayor parte. Los 106 artículos de esta Ley regulan innovaciones parciales (pero importantes) de la Parte general y de la Parte especial. Se limitan, pues, a modificar parcial e interinamente el texto del Código penal actualmente vigente. Sería quizá más exacto considerar esta Ley como la Neuentes Strafrechtsänderungsgesetz, pero de hecho la Novena Ley modificativa del Derecho penal es posterior, y con contenido casi irrelevante (13).

La "Segunda Ley para la Reforma del Derecho penal" (2. StrRG), que entrará en vigor el primero de octubre de 1973, contiene el texto íntegro de la nueva Parte general del Código penal.

No es posible exponer aquí, ni en resumen, todas las innovaciones que introducen estas dos Leyes. Únicamente se puede presentar una panorámica de conjunto acerca de sus directrices generales, e indicar brevemente algunas de las innovaciones más importantes.

A.—DIRECTRICES GENERALES

El nuevo Código penal procura (sin lograrlo totalmente) equilibrar o armonizar las dos tendencias más representativas del pensamiento jurídico penal alemán actual: el Proyecto gubernamental de 1962 y el Proyecto Alternativo. Este compromiso ha satisfecho parcialmente a

(9) Cfr. Deutscher Bundestag - 5. Wahlperiode - 232. und 233. Sitzung (9. Mai 1969) 12846 ss.

(10) Cfr. Bundesrat. Bericht über die 339. Sitzung. Stenographischer Bericht (30. Mai 1969), 129.

(11) *Erster Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform* (Bonn, 1969, Drucksache V/4094), 111 páginas. *Zweiter Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform* (Bonn, 1969, Drucksache V/4095), 80 páginas.

(12) *Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts* (1. StrRG) vom 25. Juni 1969, en Bundesgesetzblatt, Teil I (Bonn, 30. Juni 1969), 645-682. *Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts* (2. StrRG) vom 4. Juli 1969, en Bundesgesetzblatt, Teil I (Bonn, 10. Juli 1969), 717-742. Cuando en el texto se cita algún párrafo de la 2. StrRG vom 4. Juli, se indica únicamente el número del correspondiente párrafo.

(13) La Novena Ley modificadora del Derecho penal (9. StrAG vom 4. August 1969), publicada en el Boletín oficial (BGBl) de 5 de agosto, Teil I, p. 1065, contiene pequeñas modificaciones que no interesan aquí.

muchos (a todos los que consideran el Derecho penal como el arte de lo posible), pero completamente a casi nadie.

En el nuevo Stragesetzbuch domina ampliamente la tendencia resocializadora y humanitaria (respecto a la tendencia humanitaria con- vendría hacer algunas matizaciones). El delito se considera más como una perturbación sociológica y psicológica que como una violación culpable del orden jurídico, sin llegar a considerarse como mera inadaptación o enfermedad. La orientación dogmática actualmente dominante en Alemania encuentra en este texto legal su confirmación, su clarificación y su modernización.

Las discrepancias dogmáticas entre el Proyecto gubernamental y el Proyecto Alternativo son poco importantes, comparadas con sus discrepancias político-criminales. Algunos puntos discutidos (omisión, estado de necesidad, participación, dolo, error, etc.) (14) han encontrado en el texto legal reformado una solución excesivamente "política", de compromiso, que deja abierta la puerta a futuras elaboraciones y soluciones más maduras.

Siguiendo las directrices de los dos Proyectos principales (el E. 62 y el AE coinciden fundamentalmente en estos puntos), el nuevo Código penal mantiene el principio de culpabilidad, y la dualidad de penas y medidas de seguridad. El principio de culpabilidad encuentra en Alemania indiscutible o casi indiscutible acogida; desde 1945 la inmensa mayoría de los juristas alemanes sienten vivamente la necesidad de una fundamentación ética y una limitación jurídica del *ius puniendi* de la autoridad, para garantía de un Estado de Derecho.

El legislador alemán considera la pena principalmente como medio de reeducación y reinserción social, aunque sin olvidar su naturaleza culpabilista-retributiva o compensadora (15). Por eso, aunque exige formalmente que el fundamento de la pena sea la culpabilidad (Parágrafo 46: "Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe"...) mira con escepticismo la eficacia de las penas privativas de libertad, y las reduce al mínimo, y procura sustituirlas por otras sanciones (sobre todo económicas) o por tratamientos en régimen de libertad. El legislador procura adaptar las sanciones a la personalidad del delincuente, fortalecer y complementar la pena con instituciones sociológico-asistenciales, y con la participación activa de la sociedad toda.

La pena es la última ratio, el último medio para la defensa de la sociedad y la readaptación del delincuente, siguiendo las indicaciones expresadas por Arthur Kaufmann y otros autores, en pro de la so-

(14) W. GALLAS, *Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs*, en ZgStW, LXXX (1968), 1 ss.

(15) Thomas WÜRTENBERGER, *Ein neues Strafsystem ist notwendig. Aktuelle Hauptfragen der deutschen Kriminalpolitik*, en "Rheinische Merkur" (22 noviembre 1968). Sumamente ilustrativos los trabajos reunidos por W. BITTER, *Verbrechen - Schuld oder Schicksal? Zur Reform des Strafwesens* (Stuttgart, 1969, E. Klett), con el prólogo del actual Presidente federal, Dr. G. Heinenmann.

briedad incriminadora (16), frente y contra la inflación penal proyectada (según algunos) en el Entwurf oficial. Esta idea de sobriedad y de respeto a la libertad ha motivado muchas innovaciones concretas, entre otras la del parágrafo 60: el Tribunal remite la pena cuando las consecuencias del hecho delictivo han ocasionado al autor graves daños. La Comisión explica el contenido de este parágrafo, y lo aclara con algunos ejemplos, como el de la madre que, por imprudencia, mata al hijo querido, o como el del marido que por un descuido al conducir su coche atropella y mata a su esposa (17). Esta forma de perdón judicial se aplica sólo en casos de penas privativas de libertad de menos de un año.

B. PRINCIPALES INNOVACIONES CONCRETAS

Entre las principales innovaciones concretas de la Parte general (y de la Parte especial) merecen destacarse las siete siguientes:

1. Reducción de las penas privativas de libertad de corta duración

Desaparecen, salvo excepciones, las penas privativas de libertad de duración inferior a seis meses, por creerse —con razón— que en tan breve tiempo no pueden resocializar al internado, y en cambio sí pueden corromperlo (18). En casos excepcionales se imponen penas privativas de libertad por un tiempo que oscila entre uno y seis meses (parágrafo 38, párrafo 2, en relación con el parágrafo 47), a pesar de que los autores del Alternativ-Entwurf y la Comisión Oficial creada en 1967 para la reforma de la legislación penitenciaria se manifestaron en contra de esta excepción. El parágrafo 47 lleva como título: “Penas cortas privativas de libertad sólo en casos excepcionales”; a continuación, su párrafo primero pide a los Tribunales que impongan estas penas cortas sólo cuando, a causa de las circunstancias excepcionales del hecho o de la personalidad del autor, la imposición de una pena privativa de libertad es imprescindible para “impresionar” (Einwirkung) al delincuente, o para la defensa del orden jurídico. El parágrafo 43 formula otra excepción a la regla general: habrá casos de penas privativas de libertad con duración menor de un mes —el tope mínimo es de un día— como sustitutorias del impago de multas menores de treinta porciones de días.

La casi completa desaparición legal de las penas cortas privativas

(16) Arthur KAUFMANN, *Gedanken zur Strafrechtsreform*, en “Schuld und Strafe” (Köln, Berlín, 1966, Heymanns), 292-327, con selecta información bibliográfica.

(17) *Erster Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform* (Bonn, 1969), 6 s. *Zweiter Schriftlicher Bericht für die Strafrechtsreform* (Bonn, 1969), 25.

(18) Stephan QUENSEL, *Kurze Freiheitsstrafen: Das Dilemma der Strafrechtsreform*, en *Misslingt die Strafrechtsreform?*, editado por J. Baumann (Neuwied, Berlín, 1969, Luchterhand), 108 ss.

de libertad crea multitud de problemas respecto a los miles de personas que actualmente están cumpliendo penas semejantes. Solucionan parte de esos problemas la paulatina entrada en vigor de las innovaciones, y la amplia remisión de la pena concedida (artículo 97 de la 1. StrRG) a los que actualmente sufren condena por los delitos derogados en la reforma (adulterio, homosexualidad, duelo, sodomía, etc.), pero permanece problemática la situación de gran número de condenados a penas cortas privativas de libertad por otros delitos. Nada dice la Ley a este respecto. Es posible que los jefes de Gobierno, o (en su caso) los ministros de Justicia, de los Länder concederán indultos (Gnade); pero teóricamente —dado el concepto individualista de la Gnade— no pueden hacerlo, por ser muchos los destinatarios; la solución ideal sería la amnistía (Annestie), pero ésta corresponde al poder legislativo.

La nueva legislación sustituye las penas cortas privativas de libertad por penas pecuniarias proporcionadas a la culpabilidad y al volumen económico del autor (parágrafo 47, párrafo 2), y por la suspensión de la pena a prueba (que, según algunos, no es sustitución, sino modalidad de la ejecución) ampliada grandemente, siguiendo las indicaciones algunos autores (19). Hasta ahora sólo podía comprender las penas de duración menor de nueve meses; en lo futuro podrá comprender también penas de un año, y en casos excepcionales hasta de dos años, si lo aconsejan las circunstancias especiales del hecho y del autor (parágrafo 56, párrafos 1 y 2). El Tribunal puede gravar al condenado cuya pena ha suspendido, con algunas imposiciones tendentes a dar satisfacción por el injusto cometido, mediante, por ejemplo, la reparación del daño cometido, la entrega de cierta cantidad de dinero a una institución de utilidad social, o la prestación de un servicio gratuito en esa institución, u otras tareas de utilidad pública (parágrafo 56 b). El párrafo tercero de este parágrafo 56 b muestra un rasgo característico del nuevo código: faculta al Tribunal para prescindir provisionalmente de determinar imposiciones al condenado cuando éste se ofrezca a realizar algunas tareas apropiadas para satisfacer el hecho injusto cometido, si es de esperar que cumpla lo que promete.

También se reducen las penas privativas de libertad al ampliarse la aplicación de la libertad condicional. Aunque normalmente se aplicará la libertad condicional —en régimen de prueba (Bewährung)— después de haber cumplido los dos tercios de la pena privativa de libertad, sin embargo, en casos especiales puede aplicarse ya después de haber cumplido la mitad (parágrafo 57, párrafo 2).

Desaparecen casi todas las circunstancias que impedían la suspensión de la pena a prueba y la libertad condicional a prueba. Únicamente se prohíbe la aplicación de la suspensión de la pena a prueba cuando, siendo la pena privativa de libertad de una duración de seis

(19) Hilde KAUFMANN, *Soll die Strafaussetzung zur Bewährung auch weiterhin beschränkt bleiben auf Gefängnisstrafen von nicht mehr als 9 Monaten?*, en "Erinnerungsgabe f. Max Grünhut" (Marburg, 1965, Elwert), 61-69.

meses por lo menos, lo exija la defensa del orden jurídico (párrafo 56, párrafo tercero). Esta referencia excepcional a la defensa del orden jurídico tal como éste y algunos otros párrafos (v. g. el párrafo 47, párrafo 1) la formulan merece criticarse, según algunos autores, pues supone una contradicción con las directrices resocializadoras que presiden el nuevo Código penal; esta referencia proviene del Entwurf oficial de 1962, predominantemente retributivo.

Según el artículo primero, números 4, 9 y 13, de la 1. StRG, estas disposiciones relativas a la reducción de las penas privativas de libertad de corta duración entrarán en vigor el primero de abril de 1970.

2. *Introducción del sistema de pena única*

El párrafo 38, sumamente discutido durante su elaboración, introduce la pena única privativa de libertad. Desaparecen las penas de reclusión (Zuchthaus) (20) y las penas de prisión (Gefängnis), custodia honesta (Einschliessung) y arresto (Haft). El proyecto oficial de 1962 mantenía las diferentes clases de penas privativas de libertad; creía firmemente necesario conservar la Zuchthaus para, entre otros fines, diferenciar a los delincuentes graves de los simples rateros y pequeños delincuentes ocasionales. Los partidarios del AE insisten enérgicamente en la necesidad de eliminar la reclusión. Aducen principalmente las tres razones siguientes: 1, la resocialización queda gravemente entorpecida con las notas diferenciadoras de la Zuchthaus, principalmente por las especiales dificultades que encuentra el delincuente al salir en libertad; 2, la pena debe tener en cuenta la personalidad del condenado más que la gravedad del delito y su retribución (21), y 3, la diferencia entre las penas (privativas de libertad) más o menos graves debe consistir únicamente en su duración, como sucede en los países europeos que mantienen el sistema de la pena única (22).

La misma preocupación resocializadora que destierra la Zuchthaus deroga también la pena accesoria de la reclusión, que priva al condenado

(20) Siguiendo a RODRÍGUEZ MUÑOZ, en su traducción del Tratado de Mezger, t. II (Madrid, 1957, Ed. Rev. Derecho Privado), 405 ss., y al Dr. MATTES en su amplia nota sobre la traducción más justa (*Die strafrechtlichen Staatschutzbestimmungen des Auslandes*, 2.^a ed. (Bonn, 1968, Röhrscheid), 331 s.), traduzco Zuchthaus por reclusión, aunque otros, como Quintano Ripollés, opinan debe traducirse por presidio.

(21) Lo indicado en el texto no quiere decir que la retribución sea (como opinan algunos autores) exclusivamente objetiva, o que carezca de efectos resocializadores. Cfr. A. BERISTÁIN, *Fines de la pena (Importancia, dificultad y actualidad del tema)*, en Rev. Gen. de Leg. y Jurisp. (noviembre, 1961), separata, espec. pp. 25 ss. La introducción de la pena única no es mérito exclusivo del AE; anteriormente algunos autores, por ejemplo Jescheck, habían propugnado esta reforma.

(22) *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*. Allg. Teil, segunda edic. (Tübingen, 1969, Mohr), 75 ss.

de los más importantes derechos cívicos—Ehrenverlust— (parágrafo 32), y rebaja la duración temporal de las similares penas accesorias (la duración máxima será de cinco años, según el parágrafo 45). Además posibilita la rápida recuperación de los derechos perdidos por estas penas accesorias (parágrafo 45 b).

La acomodación de las leyes e instituciones penitenciarias a las nuevas normas exige un período de tiempo considerable, por eso estas normas entrarán en vigor el primero de abril del año 1970 (1. StRG, artículos 1.º y 105).

3. Reestructuración y ampliación de las penas económicas

En el Código actual la cuantía de las penas pecuniarias oscila entre cinco y diez mil marcos; la determinación de la cantidad concreta se regula principalmente según la gravedad del hecho injusto, y sólo secundariamente según las circunstancias personales del autor. El nuevo código introduce un sistema nuevo, parecido al escandinavo, de días multa, y (en mi opinión) mejor que él. La pena consistirá no en una suma dineraria como en el sistema tradicional, sino en un número determinado de “porciones de días”, en un número determinado de plazos económico-temporales. El Tribunal fijará el volumen de una porción de días—desde un mínimo de dos marcos hasta un máximo de mil marcos—, teniendo en cuenta los ingresos y los gastos del autor (parágrafo 40). En teoría, el delincuente debe disponer únicamente de un mínimo de sus ingresos, de lo indispensable para cubrir los gastos elementales de la vida; pero la ley silencia este deseo—quizá utópico— de los teóricos. El número de porciones depende principalmente de la gravedad del hecho; puede oscilar entre cinco y trescientas sesenta. En caso de concurso de delitos, según el párrafo 2.º del parágrafo 54, el tope máximo es de setecientos veinte porciones de días.

Como la pena mínima comprende cinco porciones, y la cuantía mínima de una porción oscila entre dos y mil marcos, la cuantía mínima de una multa oscila entre diez y cinco mil marcos. Una multa de 720 porciones de días puede suponer 720.000 marcos, lo cual no es una broma ni para un millonario, y algunos autores consideran excesivo; sin embargo, ante las actuales dimensiones de la delincuencia económica la suma de 720.000 marcos no parece excesiva.

Como sustitutivo de las penas pecuniarias incobrables (que en el nuevo sistema serán menos que en el tradicional) se impondrán penas privativas de libertad; según el parágrafo 43, a la multa de una porción de días corresponde un día de privación de libertad (23).

En lo futuro se castigarán con penas económicas muchas de las infracciones a las que corresponderían penas privativas de libertad de

(23) Acerca de las otras posibilidades sustitutorias se ha escrito bastante recientemente en Alemania. Cfr., por ejemplo, J. BAUMANN, *Beschränkung des Lebensstandards anstatt kurzfristiger Freiheitsstrafe* (Neuwied, Berlín, 1968, Luchterhand), 41 ss.

corta duración. Este cambio aumenta notablemente el campo de aplicación de las multas.

Conviene subrayar, pues tiene consecuencias muy importantes, que con frecuencia, si la multa no llega a ciento ochenta porciones de días, el delincuente no se verá obligado a desembolsar cantidad alguna, pues el Tribunal puede limitarse a declararle culpable, determinar la pena correspondiente y amonestarlo, reservando (suspendiendo) la imposición de la pena. Esta nueva institución —*Verwarnung mit Strafvorbehalt*, amonestación con reserva de pena— exige ciertos presupuestos que detalla el parágrafo 59 (24).

La entrada en vigor de las nuevas sanciones económicas (en octubre de 1973) exige reestructurar antes, de acuerdo al nuevo sistema de las porciones de días, multitud de leyes, y en concreto las *Busse* de las infracciones administrativas (*Ordnungswidrigkeiten*).

4. *Desaparición de las faltas*

La clasificación tripartita actual de crímenes, delitos y faltas desaparece, sustituida por la nueva de crímenes y delitos. (Prescindimos ahora del problema acerca de la naturaleza contradictoria de las *Ordnungswidrigkeiten* en la reciente ley de 1968.)

El parágrafo 12 define estas dos únicas clases de infracciones. Son crímenes los hechos injustos sancionados en la ley con pena privativa de libertad cuya duración mínima sea un año. Son delitos los hechos injustos sancionados en la ley con pena privativa de libertad cuya duración mínima no llega a un año, o con pena pecuniaria (parágrafo 12, párrafos primero y segundo).

Por regla general, las faltas tipificadas anteriormente en el Código se convierten en infracciones administrativas o penales-administrativas (*Ordnungswidrigkeiten*); solamente algunas se convierten en delitos. Este cambio tiene principal aplicación en el campo de las infracciones de tráfico. Los problemas dogmáticos y político-criminales de esta transformación despiertan la atención de los mejores penalistas alemanes (25).

5. *Mayor severidad frente a ciertos delincuentes*

Aunque el nuevo Código reacciona frente a los delincuentes en general con mayor benignidad (26), sin embargo, frente a ciertos delin-

(24) JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*. Allg. Teil (Berlín, 1969), 52, 504 ss.

(25) Paul BOCKELMANN, *Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten?*, en "Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge" (Hamburg, 1967. Hohst Seidewinkel), 164 ss. Heinz MATTES, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten* (Würzburg, en prensa).

(26) Quizá sea preferible hablar, como indica BAUMANN, de una mayor efectividad, J. BAUMANN, *Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer. Eine Strafrechtsvergleichung?*, en "Programm für ein neues Strafgesetzbuch" (Frankfurt M., Hamburg, 1968, Fischer), 128 ss.

cuentes (graves, peligrosos, habituales, etc.) adopta sanciones más fuertes. Al delincuente habitual no le cierra las puertas de su resocialización, pero quiere hacerle caer en la cuenta de la gravedad de su conducta. Por eso aumenta la extensión y la intensidad de la sanción en ciertos casos de reincidencia. Hasta ahora la reincidencia se tenía en cuenta únicamente en el párrafo 20 a, y en algunos delitos contra la propiedad (Diebstahl, Betrug, Hehlerei, Raub). Desde el primero, de abril de 1970 (1. StrRG, artículo 105 en relación con el artículo primero, número 4, párrafo 17), se tiene en cuenta en cualquier clase de delito si cumple las condiciones siguientes:

1. Cometer una infracción dolosa sancionada por la ley con pena privativa de libertad de un año o más.
2. Haber sido condenado anteriormente, por lo menos dos veces, a causa de infracciones dolosas, y haber cumplido, como consecuencia de una o más de estas infracciones, una pena privativa de libertad de tres meses o más.
3. Mostrar por el modo y las circunstancias de las infracciones que las condenas anteriores no han intimidado al delincuente.
4. No haber transcurrido más de cinco años entre una y otra infracción.

Como consecuencia de la Rückfall el límite mínimo de la pena privativa de libertad no puede ser menor de seis meses, pero el límite máximo permanece inalterado (párrafo 48).

El párrafo segundo del nuevo párrafo 56 g aumenta también la severidad con respecto al actual párrafo 25. La nueva prescripción legal concede al Tribunal la facultad de revocar, con algunas condiciones, la condonación de la pena (Straferlass). Las condiciones son: que el autor haya cometido un hecho injusto doloso antes de que hubiese transcurrido el plazo de la remisión de la pena a prueba, y que el autor haya sido condenado por ese hecho injusto doloso a una pena de privación de libertad como mínimo de seis meses. La posibilidad de revocación de la condonación de la pena concluye un año después de terminado el plazo de la prueba, o seis meses después de la sentencia firme del nuevo delito (nach Rechtskraft der Verurteilung).

A pesar de estas innovaciones severas, la reforma en general adopta una mayor indulgencia respecto a los delincuentes, y según algunos autores un mayor humanismo. Puede citarse como ejemplo el párrafo 56 f que autoriza al Tribunal para no revocar la suspensión de la pena a prueba (aunque el delincuente cometa un hecho injusto en el tiempo de la prueba, o incumpla las imposiciones o instrucciones del Tribunal, o se porte mal frente a las indicaciones del Vigilante de la prueba), si cree que hasta (o es más oportuna) la prolongación del tiempo de prueba, o la imposición al delincuente de nuevas obligaciones (Auflagen o instrucciones), o la sumisión del probando bajo un Vigilante de la prueba (Bewährungshelfer), si no lo tenía

anteriormente (a tenor del párrafo 56 d puede darse la suspensión de la pena a prueba sin Vigilante).

La tendencia indulgente y humanitaria del nuevo código aparece también en la mayor importancia que concede a las prestaciones positivas de readaptación social (suspensión de la pena a prueba, “imposiciones” e “instrucciones”, párrafo 56 b, 56 c, 56 d, 68 b, etc.), tanto que algunos —pocos— autores consideran éstas como un bloque distinto de las penas y de las medidas de seguridad, y hablan del código penal “tripartito”, es decir, comprensivo de tres instituciones diversas frente al delito, a saber: de penas, de medidas de seguridad, y de prestaciones positivas de readaptación social (27).

6. *Reestructuración y ampliación de las medidas de corrección y seguridad*

Con miras a la mejor reinserción de los delincuentes (especialmente de los delincuentes débiles) se amplía (28) y reestructura radicalmente todo el Título —sexto— relativo a las medidas de corrección y seguridad.

La Comisión ha introducido dos principios fundamentales de notable importancia: el principio del párrafo 67 (todas las medidas de corrección y de seguridad —excepto el internamiento en establecimiento de seguridad— se pueden cumplir antes o después de la pena, según las circunstancias), y el principio de proporcionalidad entre la medida (de corrección y seguridad) y la peligrosidad del agente (29). El Tribunal no puede imponer una medida de corrección y seguridad desproporcionada a la importancia de los hechos realizados por el autor, a los hechos que de él se pronostican, y al grado de su peligrosidad (párrafo 62). Con este párrafo desea el legislador limitar al mínimo las privaciones de los derechos personales, las sanciones (en el más amplio sentido de la palabra, que incluya también las medidas de corrección y seguridad) (30) de la sociedad contra los particulares

(27) Uno de los primeros que plantearon en Alemania seriamente el problema respecto a la naturaleza jurídica de la suspensión de la pena a prueba fue BRUNS. *Die Strafaussetzung zur Bewahrung*, en “Goldammer's Archiv” (1956), 193 ss. Sobre la orientación, problemática y bibliografía posterior cfr. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*. Allg. Teil (Berlín, 1969, Duncker), 52 ss., 547 ss. La opinión mayoritaria la considera actualmente como una forma de cumplimiento de la pena.

(28) Al contrario, las medidas de seguridad y de reeducación encuentran total repulsa en el Derecho penal de los Estados socialistas. Cfr. SOLNAR. *Le misure di sicurezza nel diritto penale socialista*, en “Stato di Diritto e misure di sicurezza” (Padova, 1962, Cedam), 8 ss.

(29) *Erster Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform* (Bonn, 1969, Drucksache V/4094), 17 ss. *Zweiter Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform* (Bonn, 1969, Drucksache V/4095), 26.

(30) S. SOLER. *Las medidas de seguridad no son sanciones*, en “Anuario de Derecho Penal” (1964), 215 ss.

delinquentes o peligrosos. Este mismo deseo motiva la abreviación de algunos plazos de revisión en los que el Tribunal de ejecución de la medida debe comprobar si puede suspenderse la ejecución de la misma (el plazo de revisión para los internados en sanatorio psiquiátrico se reduce de tres años a uno, para los internados en establecimiento de seguridad se reduce de tres años a dos, parágrafo 67 e), la posibilidad de abonar el tiempo que haya durado la medida de corrección y seguridad (anticipada a la pena) a la duración posterior de la pena (parágrafo 67), y sobre todo la desaparición de las casas de trabajo reguladas actualmente en el parágrafo 42 a.

Ninguna de las medidas de corrección y seguridad del actual Código penal pasan al Código penal reformado tal y como ahora están concebidas y formuladas. Las medidas menos modificadas son: el internamiento en establecimiento de deshabitación para alcohólicos, toxicómanos, etc. (parágrafo 64), y el internamiento en un sanatorio psiquiátrico, que se destina ahora a delinquentes que ejecuten un hecho injusto en situación de irresponsabilidad o de responsabilidad atenuada, y que muestren una personalidad peligrosa para la comunidad (parágrafo 63). Las restantes medidas presentan una formulación mucho más amplia, científica y detallada que en el Código penal actual.

El internamiento en establecimiento de seguridad, del parágrafo 66, va destinado para los delinquentes mayores de veinticinco años que por las circunstancias fácticas (reincidencia) y personales, deban considerarse peligrosos.

La privación del permiso de conducir (*Entziehung der Fahrerlaubnis*), distinta de la pena del parágrafo 44 (*Fahrverbot*), está regulada dejando gran campo al arbitrio judicial (parágrafo 69 a).

La suspensión —temporal o perpetua— de oficio puede ser remitida condicionalmente después de un año de vigencia, en algunos casos, a juicio del Tribunal (parágrafos 70 y 70 a). La Comisión, suavizando las formulaciones del E 1962 y del AE, deja al arbitrio del Tribunal el imponer o no esta medida, teniendo en cuenta las circunstancias del delincuente y del hecho (31).

El legislador introduce dos nuevas medidas: la vigilancia dirigida y el internamiento en establecimiento de terapéutica social. La vigilancia dirigida, o vigilancia con supervisión (*Führungsaufsicht*) regulada detalladamente en ocho párrafos (parágrafos 68 a, b, c, d, e, f, g), con las amplias modalidades de sus "instrucciones" del parágrafo 68 b (parcialmente distintas de las reguladas en el parágrafo 56 c) puede durar de dos a cinco años. La persona del vigilante adquiere con esta nueva medida mucha mayor importancia que hasta ahora (32).

El internamiento en establecimiento de terapéutica social se aplicará a los delinquentes con graves perturbaciones psicológicas (a los que no se adapte el hospital psiquiátrico), y a los delinquentes (rein-

(31) *Zweiter Schriftlicher Bericht...*, pp. 37 s.

(32) JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*. Allg. Teil (Berlín, 1969, Duncker), .550 s.

cientes no enfermos) que convenga someter a tratamiento científico, con medios terapéuticos—individuales o de grupos—y sociales, bajo la dirección de expertos, en régimen de internado. Esta institución, una de las más significativas innovaciones de la reforma (33), no existía en el Proyecto de 1962. Su introducción y formulación actual es, como reconoce la misma Comisión en el informe presentado al Pleno del Parlamento (34), mérito especial de los autores del AE, aunque la fórmula adoptada por la Comisión y aprobada por el Parlamento difiere en bastantes detalles de la propuesta por el AE. Este párrafo 65 pretende implantar en Alemania establecimientos semejantes a los que ya hace años existen, con buen resultado, en algunas grandes ciudades de otras naciones (v. g., en Herstedvester, cerca de Copenhague (35), en Utrech, en Londres, etc.). Se regulan especialmente los casos de delinquentes menores de veintisiete años (párrafo 65, párrafo segundo).

La preponderancia concedida a la resocialización obliga a ampliar grandemente el campo de aplicación de las medidas de corrección y seguridad. La mayor parte de los delinquentes peligrosos a los que hasta ahora se aplicaba el párrafo 20 a (derogado por la reforma), en lo futuro serán internados en un establecimiento de terapéutica social.

Las innovaciones respecto a las medidas de corrección y seguridad no entrarán en vigor hasta 1973, para dar tiempo a la preparación indispensable de las personas y de las edificaciones necesarias (artículo primero, números 16-20 de la 1. StrRG).

7. *Modificaciones en la Parte especial*

Aunque la reforma total de la Parte especial del Código penal se regulará en el próximo periodo legislativo, sin embargo el legislador ha introducido ya importantes modificaciones en esta parte del texto punitivo, sobre todo en los Títulos correspondientes a los delitos contra la seguridad del Estado, delitos contra la honestidad y delitos contra la religión (36). Conviene decir un par de palabras sobre cada uno de estos puntos.

A. La octava Ley modificadora del Derecho penal del 25 de ju-

(33) Richard HOHLER, *Die Strafrechtsreform - Beginn einer Erneuerung*, en *NWJ* (17 julio 1969), 1228.

(34) *Zweiter Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform* (Bonn, 1969, Drucksache V/4095), 27 ss.

(35) Georg K. STÜRUP, *Treatment of sexual Offenders in Herstedvester, Denmark* (Copenhague, 1968, Munksgaard). Resultan muy instructivas sus estadísticas y sus comentarios. Más amplio y más teórico, el libro del mismo autor titulado *Treating the "Untreatable" (Chronic Criminals at Herstedvester* (Baltimore, 1968, Johns Hopkins).

(36) Ostman von der LEYE, *Zur Reform des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches* (Frankfurt M., Berlín, 1968, Metzner). Franz KUNERT, *Der erste Abschnitt der Strafrechtsreform*, en *NJW* (1969), 1229, s.

nio de 1968 (37) reestructura gran parte de los delitos contra la seguridad exterior del Estado.

Casi recién acabada la segunda contienda mundial, en plena guerra fría, en medio de las grandes tensiones entre Oriente y Occidente, Alemania, mediante su Primera Ley modificadora del Derecho Penal (de 30 de agosto de 1951), modificó los títulos de su Código penal correspondientes a los delitos políticos (en amplio sentido de la expresión). Entonces, dadas las circunstancias históricas nacionales e internacionales, el legislador procuró tipificar e incriminar el mayor número posible de acciones contra la seguridad de la República Federal alemana. Las fuertes críticas que después fueron surgiendo contra estos Títulos de la Parte especial motivaron la preparación de la 8. StAG, que entró en vigor, en parte, el primero de agosto de 1968, y, en parte, el primero de octubre del mismo año. En la preparación de esta Ley han colaborado con la Comisión gubernamental tres miembros del grupo AE. Los frutos de estos afanes han sido importantes, pero no tan acertados como hubiera sido de desear.

El legislador ha procurado incriminar el menor número posible de acciones. Pero su "poda" ha sido todavía insuficiente. Según algunos debía haber derogado más figuras delictivas, por ejemplo, la de sedición, siguiendo la orientación de algunas modernas legislaciones penales, sobre todo en las Repúblicas socialistas del Este de Europa.

En general, las innovaciones de la 8. StAG encuentran una acogida escéptica en los comentadores. Según algunos no han solucionado la mayor parte de las dificultades que planteó la Primera Ley modificadora de 1951, adolecen en algún caso de contradicciones (párrafo 97 b) y, en general, de imprecisión (38); además, bastantes puntos quedan sin delimitar y decidir.

B. Los delitos contra la honestidad (y contra la familia) han sido y están siendo muy discutidos estos últimos años en Alemania, con motivo, en parte, del Proyecto Alternativo (Besonderer Teil, Sexualdelikte...) (39), y de lo expuesto por los penalistas en la reunión de Münster, en octubre de 1967, y en el Juristentag de 1968, en Nüremberg (40). Muchos autores (penalistas, psicólogos, sociólogos

(37) 8. *Strafrechtsänderungsgesetz vom 25.6.1968*, publicada en el BGBl. Teil I, pp. 741 ss.

(38) SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*. 14 edic. (München, 1969, Beck), 605 ss.

(39) *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Sexualdelikte. Straftaten gegen Ehe, Familie und Personenstand. Straftaten gegen den religiösen Frieden und die Totenruhe*, preparado por J. BAUMANN, BRAUNECK, etcétera. (Tübingen, 1968, Mohr.)

(40) Especialmente interesante es la amplísima comunicación-ponencia de E. W. HANACK, *Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?* (München, 1968, Beck). Acerca de la situación actual del problema informa bien E. WAHLE, *Zur Reform des Sexualstrafrechts. Ein zusammenfassende Bericht über den Stand der Diskussion* (Frankfurt M., Berlin, 1969, Metzner).

gos, etc.) critican fuertemente la legislación actual como anticuada y excesivamente protectora de la ideología eclesiástica, y de las buenas costumbres de los individuos (en su esfera privada). Ante tan intensa crítica, el legislador no ha querido esperar a la reforma total de la Parte especial, y formula ya en la 1. StrRG vom 25. Juni 1969 importantes innovaciones, que pretenden poner el Código penal en armonía con la concepción actual acerca de los comportamientos y problemas sexuales, reestructurando y, sobre todo, reduciendo grandemente —quizá en exceso— el número y el contenido de las figuras tipificadas (41).

Desaparecen los delitos de adulterio, de sodomía, de relaciones sexuales con simulación de matrimonio, de homosexualidad entre adultos (pero permanecen incriminados los actos homosexuales con parientes próximos, con menores, o mediante intimidación o violencia), etc. La nueva legislación modifica notablemente otros artículos de este Título, por ejemplo, el lenocinio (Kuppelei), el aborto (Fremdabtreibung, reduce su penalidad, volviendo a la situación anterior al año 1943), etc.

El 18 de agosto de 1969 el Boletín oficial (BGBl) publica la “Ley sobre la castración consentida y otros métodos de tratamiento” (promulgada el 15 de agosto) (42). Según esta Ley, preparada en relativo secreto, la castración de un varón realizada por un médico no se considera delito de lesión si el interesado —mayor de veinticinco años— consiente, si no se esperan efectos negativos desproporcionados al bien pretendido con la castración, y si ésta se realiza según las normas médicas.

Las importantes modificaciones de los delitos contra la honestidad y contra la familia contenidas en la Primera Ley para la reforma del Derecho penal han encontrado buena acogida en muchos especialistas y en gran parte del pueblo; otros autores y otro sector de la opinión pública las encuentra excesivamente liberales y avanzadas (43). En este punto resulta interesante una confrontación con la reforma del Código penal austriaco, actualmente en vías de aprobación. El Proyecto de Austria, preparado por la Comisión gubernamental (con amplias consultas y colaboraciones de instituciones y personas priva-

(41) *Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts*, vom. 25. Juni 1969, números 50 ss.

(42) *Gesetz über freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden*, vom. 15. August 1969, en “Bundesgesetzblatt”, Teil I, N. 76 (18 August 1969), 1143-1145.

(43) W. HANNACK, *Brennpunkte einer Reform des Sexualstrafrechts*, en “Zur Strafrechtsreform”, hrg. von H. Giese (Stuttgart, 1968, Enke), 25 ss. En este mismo Heft 43 de “Beiträge zur Sexualforschung” escribe muy atinadas consideraciones el profesor Dr. F. BÖCKLE, *Sittengesetz und Strafgesetz in katholischer Sicht*, pp. 5 ss., y, desde el punto de vista del Derecho comparado, H.-H. JESCHECK, *Rechtsvergleichende Bemerkungen zur strafrechtlichen Behandlung der einfachen Homosexualität*, pp. 45 ss.; con mentalidad más innovadora, Hubert BACIA, *Reform des Sexualstrafrechts*, en NEDELMANN, THOS, BACIA, AMMANN, *Kritik der Strafrechtsreform* (Frankfurt M., 1968, Suhrkamp), 95 ss.

das), mantiene una tendencia marcadamente tradicional que suscita la crítica aun de eclesiásticos protestantes y católicos (44).

C. Respecto a los delitos contra la religión, la 1. StrRG vom 25. Juni 1969, siguiendo la orientación liberal y tolerante propia de esta reforma, introduce modificaciones importantes, y, en general, acertadas (45).

Se amplía grandemente la esfera de protección en la rúbrica del Título 11, y en los párrafos 166 y 167. La nueva rúbrica de este Título dice: "Delitos que se relacionan con la religión y la concepción de la vida" (Vergehen, welche sich auf Religion und Weltanschauung beziehen). No se incrimina la blasfemia. Los párrafos 166 y 167 ensanchan el campo de defensa protegiendo (con formulación más moderna) a todas las religiones (no sólo a las cristianas) y a todas las concepciones de la vida (weltanschaulichen Bekenntnisses) (46).

De modo semejante, aunque hasta ahora sólo se incriminaba la perturbación de los entierros como actos religiosos, en adelante se incrimina la perturbación de cualquier entierro en sí, y de cualquier incineración de un cadáver humano.

La nueva redacción de este título muestra que el bien jurídico protegido es la paz pública y la tolerancia, más que el sentimiento religioso individual.

D. Por fin, conviene subrayar dos innovaciones aisladas, pero importantes, en los párrafos 232 y 268.

El párrafo segundo del párrafo 232 reconoce pleno efecto a la retirada de la querrela (Strafantrag) respecto a las lesiones leves dolosas y a las lesiones culposas (einfache Körperverletzung). Tiene importantes efectos esta innovación, sobre todo respecto a las lesiones causadas en el tráfico. Esta nueva formulación del párrafo 232 puede contribuir a la descriminalización de muchas infracciones cometidas con vehículos de motor (47).

(44) El teólogo protestante W. DANTINE critica el Proyecto porque Dios, dice, no necesita Códigos penales, "Gott braucht keine Paragraphen". En sentido parecido escribe el teólogo católico L. UNGAR, según el cual "la justicia no es sucedáneo de la religión", en "Neues Forum", XX, N. 176-177 (agosto-septiembre 1968), 555 s.

(45) Günter KESEL, *Die Religionsdelikte und ihre Behandlung im künftigen Strafrecht* (Tesis doctoral), (München, 1968, Fotodruk, F. Frank). Esta tesis doctoral tiene el mérito de ofrecer una información histórico-dogmática muy amplia, pero algunos de sus capítulos, por ejemplo el III, del párrafo 3 (pp. 30 ss.), resultan científicamente débiles. Mucho más atinadas son las consideraciones del teólogo protestante Joachim BECKMANN, *Religion und Ethik in der Justiz. Erwägungen aus evangelischer Sicht*, en "Rheinischer Merkur" (25 octubre 1968).

(46) Una ampliación semejante, aunque menor, propone el Proyecto de Código penal italiano presentado al Senado el día 19 de noviembre de 1968. Cfr. G. GONELLA, *Riforme dei Codici e nuovi ordinamenti giuridici. Discorsi sul rinnovamento della giustizia e testi disegni di legge presentati al Senato e alla Camera nel luglio-novembre 1968* (Milano, 1968, Giuffrè), 154 ss.

(47) Esta descriminalización encuentra su básica regulación legal principalmente en la *Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* de 24 de

El nuevo párrafo 268 procura poner la formulación legal a la altura de la técnica moderna: castiga con pena privativa de libertad hasta un máximo de cinco años al que para engañar en el tráfico jurídico produce (herstellt) una no auténtica comprobación (documentación) técnica (technische Aufzeichnung), o falsifica una auténtica, o utiliza cualquiera de las dos. Se entiende por comprobación técnica la constatación (llevada a cabo por medio de un aparato técnico, total o parcialmente automático) de datos, medidas, cantidades, situaciones o acontecimientos (Geschehenabläufen), inteligibles para todos o para los especialistas, y que sirven para probar un hecho jurídicamente importante (48).

III. FUTURA TAREA LEGISLATIVA

En resumen, estas tres Leyes (8. StAG, 1. StrRG, 2. StrRG) consiguen colocar el Derecho penal alemán al frente del movimiento reformador universal (49), pues muy pocas reformas de otras naciones (exceptuando quizá la de Suiza) han logrado tanta madurez dogmática y tanto equilibrio entre las tendencias innovadoras de las nuevas instituciones de política-criminal y las tendencias conservadoras. La gran libertad y la gran atención que la autoridad legislativa ha prestado, desde el comienzo, a la crítica de sus primeros Proyectos, ha conseguido salvar al Código penal alemán del peligro que le amenazaba de cerrazón y conservadurismo (50), tan nefastamente opuestos a la sociedad actual pluralista y abierta al futuro. En Austria, por el contrario, el legislador está sucumbiendo a estos peligros; el Proyecto gubernamental de 1968, fruto de una preparación científica profunda y seria, sigue concibiendo el Derecho penal como promotor del orden público y privado, y como custodio de las buenas costumbres... (51).

Aunque la reforma en el aspecto dogmático ha sido mucho menor que en el aspecto político-criminal, como anunció y deseó Armin Kaufmann (52), sin embargo, hay que reconocer que la labor legislativa

mayo de 1968 y en la *Gesetz, über Ordnungswidrigkeiten* de la misma fecha, que entraron en vigor el 1 de enero de 1969 y el 1 de octubre de 1968, respectivamente. Semejante orientación y contenido en el punto que ahora tratamos, ofrece la Ley italiana de 3 de marzo de 1967, que entró en vigor el 1 de enero de 1968.

(48) *Erster Schriftlicher Bericht der Sonderausschusses für die Strafrechtsreform* (Bonn, 1969), 37 ss.

(49) H. SCHULTZ, *Das Erbe Franz von Liszt und die gegenwärtige Reform-situation in der Schweiz*, en ZgStW (en preparación para el próximo número extraordinario en homenaje a Franz von Liszt), in fine. HOHLER, *Die Strafrechtsreform - Beginn einer Erneuerung*, en NJW (1969), 1225 ss.

(50) W. MAIHOFFER, *Ideologie und Naturrecht*, en "Ideologie und Recht", hrg. von Maihofer (Frankfurt M., 1969, Klostermann), 121 ss.

(51) Franz PALLIN, *Barbarische Justiz, Barbarisches Strafrecht*, en "Neues Forum", XV, N. 176-177 (agosto-septiembre 1968), 549-553. PALLIN ocupa actualmente el cargo de procurador general de la República austríaca.

(52) Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf*, en ZgStW, LXXX (1968), 34 ss., esp. 52 s.

alemana ha dado ya el paso más difícil y más fundamental. Ahora ha de completar su tarea con la reforma total de la Parte especial del Código penal, y con la elaboración de otras muchas leyes (se calcula que unas 500) que acomoden las demás instituciones legales (sobre todo penitenciarias y procesales) a la nueva orientación del Código penal.

Algunos esperan que el próximo período legislativo pueda concluir esta tarea reformadora total. Opino que difícilmente se logrará tan magna obra en tan poco tiempo. Si el legislador se mantiene fiel a la profundamente nueva orientación abierta en el texto punitivo, tiene que modificar radicalmente no sólo la legislación penitenciaria (como muchos lo reconocen), sino también la legislación procesal (aunque menos lo reconocen). El influjo del Derecho penal material en el Derecho penal adjetivo es (y debe ser) mayor de lo que suele pensarse. Un Código penal que ante el delito reacciona con sanciones principalmente acomodadas a la personalidad del agente, y principalmente dirigidas a su readaptación social (con consciente subestimación de lo que hasta ahora, y aún ahora en otros códigos penales, era lo principal: el resultado lesivo, la violación del orden jurídico...), un Código así concebido exige una legislación procesal que (contra lo que sucede en Alemania, España, etc.) considere más en primer plano la personalidad del delincuente, y la determinación de la pena proporcionada a tal personalidad (más que proporcionada al hecho injusto, al resultado lesivo). Esta concepción del proceso exigirá probablemente una división del mismo (según el método anglosajón) en dos fases: la primera dedicada a la determinación del hecho injusto y de la culpabilidad; la segunda, dedicada a la determinación de la pena (conviction y sentencing). Este problema supera los márgenes de este informe. Únicamente se pretende dejar constancia (en vísperas del décimo Congreso de la AIDP, que estudiará el tema, en Roma) de que la reestructuración del Código penal exige un replanteamiento del Derecho procesal. Esta inquietud por un moderno Derecho penal adjetivo es también uno de los grandes méritos de la reforma alemana del Derecho penal.

Freiburg i. Br., agosto 1969

N. B.: Adolf MÜLLER-EMMERT y Horst FRIDICH publicarán en los próximos meses (septiembre, octubre, noviembre...), en la revista *Deutsche Richterzeitung*, varios artículos comentando la reforma del Código penal alemán.