

La reforma del Derecho penal alemán Fundamentos, métodos, resultados (*)

Por

HANS-HEINRICH JESCHECK

Catedrático de Derecho penal

Director del Instituto Max-Planck de Derecho penal comparado e internacional de Freiburg
y
in Breisgau (República Federal Alemana)

La reforma del Código penal alemán, como es sabido, tiene una larga historia de ilusiones y desengaños. Los primeros trabajos para renovar el Código de 1871, comenzaron el año 1902. Setenta años después, en 1972, se ha concluido sólo la primera parte de la obra reformadora. La situación actual es la siguiente :

Ha terminado la *revisión de la Parte general* del Código. Ya es Derecho vigente una serie de importantes exigencias del movimiento reformador. Por ejemplo, la pena unitaria privativa de libertad, la amplia limitación de las penas cortas privativas de libertad, y la generosa configuración de la remisión condicional de la pena y de la libertad condicional. Otras disposiciones no han entrado aún en vigor, ni entrarán hasta el 1 de octubre de 1973, porque son tan trascendentales que no se pueden implantar de la noche a la mañana. Los establecimientos de terapéutica social, que constituyen uno de los centros de gravedad de la política criminal de la reforma, tienen que construirse de nueva planta o desarrollarse partiendo de modestos ensayos; la «vigilancia del comportamiento», llamada a ser una importante medida preventiva, sobre todo frente a sujetos reincidentes, tiene que estructurarse primero, personal e institucionalmente; la regulación de la pena de multa con arreglo al modelo escandinavo de los días-multa, exige reelaborar todas las sanciones penales pecuniarias, lo que hace necesario revisar, particularmente, la legislación penal especial, cosa que se va a llevar a cabo con el Proyecto de Ley de Introducción al nuevo Código penal.

(*) Conferencia pronunciada en las Facultades de Derecho de la Universidad Complutense y de la Universidad Autónoma de Madrid los días 25 y 26 de marzo de 1972. Traducción de José María Rodríguez Devesa, Catedrático de Derecho penal en la Universidad Complutense de Madrid.

También está en marcha la *reforma de la Parte especial*. A diferencia de lo que ocurre con la Parte general, aquí las metas son limitadas y, de momento, no se ha alcanzado el estado final. Por ahora se ha dado una nueva configuración al Derecho penal político, mediante una ley de 1968 que restringe considerablemente el ámbito de los hechos punibles, puesto que redacta de una manera mucho más concreta los preceptos penales, sustituyendo los delitos ideológicos de opinión por normas penales contra aquellos comportamientos que significan un peligro real para el Estado democrático de Derecho. Además, han desaparecido los delitos de adulterio y los de homosexualidad entre adultos, vivamente criticados por la opinión pública hace largo tiempo. Se han liberalizado de modo considerable los delitos contra la religión. Por una parte, de acuerdo con la Iglesia católica y con la protestante, se ha suprimido la punibilidad de la blasfemia; de otra, aquellas confesiones *no* religiosas que agrupan a personas que tienen la misma concepción del mundo, como masones, teósofos, librepensadores, etc., han sido equiparadas a las confesiones religiosas en base al principio de igualdad y al de neutralidad del Estado. Muy importante es, también, la ley de 1968 sobre las contravenciones, que ha producido una profunda desincriminación en las leyes penales especiales. A finales de 1973 dejará de haber contravenciones o faltas penales.

Hasta 1969 hubo una estrecha colaboración, dentro del marco de la Gran Coalición de la Unión Democrática Cristiana y el Partido Socialista Alemán, que hoy se encuentran ideológicamente enfrentados. Esto favoreció evidentemente la obra reformista, porque sin esa unanimidad hubiera fracasado probablemente en seguida en el Parlamento. Pero al reducirse los contrastes políticos e ideológicos a un mínimo común denominador, algunas cuestiones básicas han quedado sin resolver o paralizadas por oscuros compromisos. Un ejemplo lo tenemos en la fórmula mágica, introducida en el último minuto, de la «defensa del orden jurídico», de la que dependen problemas de tanta importancia como la posibilidad de imponer una pena privativa de libertad de corta duración o de ejecutar una pena de seis meses a un año (§§ 14, párrafo 2, y 23, párrafo 3, del Código penal).

La cooperación de los dos grandes partidos en el campo de la reforma penal concluyó en 1969, al disolverse la Gran Coalición. La tercera Ley de reforma del Derecho penal de 1970, lleva ya la firma de la *nueva coalición social-liberal del Bundestag*. La finalidad de la

Ley fue liberar de las cadenas jurídico-penales, conceptuadas como antidemocráticas, el derecho a exteriorizar las opiniones por medio de manifestaciones públicas. Con tal motivo desapareció la punibilidad de la pública excitación a desobedecer las leyes, lo que me parece difícilmente defendible, aunque sólo sea pensando en la tutela, tan popular, del mundo circundante. Se modificó entonces el viejo delito de perturbación de la paz pública (*Landsfriedensbruch*) —equivalente al delito español de desórdenes públicos y, en algunos casos, a la sedición tumultuaria—, para el que sólo bastaba antes con estar presente en la masa de gentes entregadas a la violencia. Ahora se requiere mucho más para la punibilidad, es decir, una participación personal en los excesos cometidos (§ 125 del Código penal). En el delito de resistencia contra el poder del Estado, se ha robustecido la posición del ciudadano en caso de error sobre la licitud de la acción del funcionario, debilitando correlativamente la posición de la Policía (§ 113, párrafo 4, del Código penal). Estas tres nuevas disposiciones demuestran que estamos asistiendo a una inequívoca devaluación de la idea del Estado, que en Alemania se produce en beneficio de una mayor extensión de la esfera de libertad del individuo, evolución que no ha sufrido todavía la prueba del fuego de tener que atravesar por situaciones de emergencia. Tampoco encontrarán apenas la conformidad de la oposición las Leyes cuarta y quinta de reforma de la legislación penal que han de ser aprobadas en la actual legislatura, según se propone al Gobierno federal, o sea, de aquí a septiembre de 1973. De la Cuarta Ley de reforma del Derecho penal destacan, sobre todo, las nuevas normas, muy discutidas, sobre la difusión de la pornografía, que, siguiendo los modelos danés y sueco, dejan impunes los escritos o grabados obscenos aunque, ciertamente, con tres importantes limitaciones. La primera consiste en que quedará punible el envío de publicaciones de esta clase cuando no se han pedido. Asimismo, quedará prohibida la exhibición en lugares accesibles a niños o jóvenes. Y, finalmente, se castigarán los escritos y grabados pornográficos que tengan por objeto actos de violencia, de impudicia con animales o actos deshonestos con niños. El punto capital de la Quinta Ley de reforma es la nueva regulación de la punibilidad del aborto. Al principio, el Proyecto del Gobierno era notablemente moderado porque quería complacer al ala conservadora del Partido Social Demócrata. Admitía el Proyecto, al lado de la indicación médica, reconocida desde hace años, la indicación eugénica, es decir, el peligro de un grave daño para el desarrollo del feto, así

como la interrupción del embarazo provocado por una acción punible. El Gobierno se ha visto, sin embargo, sometido recientemente a una creciente presión que procede de sus propias filas progresistas, para que conceda un mayor margen de libertad y que ya ha llevado a la inclusión de la indicación social, a través de una larga e imprecisa disposición. Incluso es posible que termine aceptando las exigencias del partido liberal y de la gran mayoría de la última Asamblea del Partido Social Demócrata, y permita el libre aborto durante los tres primeros meses del embarazo, lo que desemboca, prácticamente, en la supresión de toda tutela jurídico-penal para la vida del feto.

Este es, en el momento actual, el estado de la reforma alemana, sobre algunos de cuyos aspectos quiero volver ahora.

I

Ante todo, voy a exponer muy brevemente la concepción ideológica de los *fundamentos* político-criminales a que la reforma responde.

La pieza básica de la reforma de la legislación penal alemana radica en la *idea del Estado de Derecho*. Esta idea es más importante aún que el pensamiento de la resocialización, porque, en realidad, el Derecho penal alemán se considera hoy como una garantía de la libertad y un baluarte contra la injusticia y la opresión. La idea del Estado de Derecho la encontramos, en primer lugar, en el reconocimiento expreso de que no hay pena sin culpabilidad, como fundamento para la medición de la pena (§ 13, párrafo 1, del Código penal); luego en la regulación de ciertas instituciones de la Parte General que hasta ahora sólo estaban basadas en el Derecho consuetudinario, como por ejemplo, los delitos impropios de omisión (§ 13 del Código penal en 1973), el estado de necesidad justificante (§ 34 del Código penal en 1973); y el error de prohibición, más conocido por «error juris» (§ 17 del Código penal en 1973). Finalmente, en una redacción lo más concreta posible de los preceptos penales mismos, donde los casos leves, menos graves, graves y especialmente graves, se ilustran con ejemplos, como ocurre en la nueva regulación del hurto grave (§ 243), para establecer así, por medio de la Ley, una clara relación entre el desvalor del acto y la sanción penal. No obstante, hay un caso donde la idea del Estado de Derecho ha sufrido una sensible derrota. Me refiero a la prescripción. La Novena Ley de reforma del Derecho penal de 1969 ha aumentado el plazo de la prescripción de

la acción penal para aquellos crímenes castigados con pena de privación de libertad a perpetuidad, y ha dado efectos *retroactivos* a ese aumento para permitir que puedan continuarse persiguiéndose los crímenes de violencia más graves cometidos durante la época nacionalsocialista. Verdad es que la *retroactividad* del endurecimiento de la prescripción penal concuerda con los puntos de vista jurisprudenciales, que conciben la prescripción como un mero óbice procesal (BVerfGE 1, 418 [423]; 25, 269 [287]; BGHSt 2, 300 [307]), sustrayendo de esta manera la prescripción a la prohibición de retroactividad contenida en el artículo 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental. Por el contrario, si se toma en cuenta la nueva redacción del párrafo 78 de la Parte General que ha de regir a partir de 1973, se advierte que la prescripción está concebida como una institución *mixta*, compuesta de elementos materiales y procesales, puesto que, de otro modo, no podría comprenderse que se diga que la prescripción «excluye la punición del acto». Si esto es así, prolongar el plazo de prescripción con efecto retroactivo presupone una modificación de la Constitución, y no hubiera podido acordarse por una simple Ley.

El segundo motivo central de la reforma es el propósito de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico las exigencias de la *moderna política criminal*. Ciertamente que no es tan fácil de contestar como parece a la cuestión de lo que ha de entenderse por moderna política criminal. Lo único seguro es que el uso de la pena privativa de libertad se ha de limitar tanto cuanto se pueda, porque la prisión ejerce siempre sobre el condenado un influjo desfavorable por muchos esfuerzos que se hagan para modificar la ejecución de la pena. Incluso en un establecimiento penitenciario ideal, regiría también la ley psicológica de que la labor educativa de los funcionarios sobre los presos es de una eficacia inferior a la que ejerce la subcultura de los presos mismos, determinada a su vez por los peores elementos. Por eso saludo y apruebo el intento de evitar, hasta donde sea posible, la pena privativa de libertad, y no aplicarla sino cuando es inevitable por consideraciones de prevención general. Únicamente así se puede comprender el precepto de que, por regla general, no debe imponerse en lo sucesivo una pena corta privativa de libertad de menos de seis meses (§ 14, párrafo 1, del Código penal). Es más fácil renunciar a ella porque los casos en los que procede son poco graves. Pero no se puede abolir pura y simplemente, como pretendía el Proyecto Alternativo, pues no siempre puede imponerse como sustitutivo la pena de multa. Claro es que de la nocividad de las penas cortas privativas

de libertad no cabe inferir la conclusión de que las penas largas de privación de libertad sean un medio indefectible de conseguir la re-socialización. Todo lo contrario: no sólo *no* es indefectible, sino que a causa de su duración representan un peligro mucho mayor para la capacidad vital del preso que las penas cortas. Pero frecuentemente son inevitables, porque no puede sacrificarse la prevención general como fin último del Derecho penal. En cualquier caso, el nuevo Derecho alemán restringe incluso las penas de mediana duración, porque si son de seis meses a un año se aplica, por regla general, la remisión condicional de la pena (§ 23, párrafo 1, del Código penal) y también si van de uno a dos años, aunque a título excepcional (§ 23, párrafo 2, del Código penal).

De todos modos, hay una serie de cuestiones que apenas se ha conseguido esclarecer empíricamente, como la de cuál es el efecto que producen las diferentes penas y medidas en el que las sufre; qué influencia ejerce sobre el autor de un delito el no llegar a ser descubierto o que se sobresea el proceso; cómo reacciona la comunidad jurídica frente a penas especialmente duras o particularmente benignas, o ante el hecho de que se omita la persecución penal. Cierto es que, de momento, se intenta penetrar en este círculo de problemas utilizando los métodos de la Antropología filosófica y de la moderna investigación de la conducta, pero estamos todavía en los comienzos. Tampoco está resuelta la cuestión de hasta qué punto pueden introducirse en la administración de justicia penal el psicoanálisis y la psicoterapia. De todas maneras considero equivocada la lucha que sostiene una parte de los psicoanalistas, siguiendo las huellas de FREUD y sus discípulos, contra un Derecho penal construido sobre el principio de que no hay pena sin culpabilidad, porque hay una cosa firme: que un orden normativo justo, reconocido y practicable es uno de los componentes indispensables para la existencia de la vida humana.

Me parece indiscutible asimismo, como resultado de la investigación de las modernas ciencias sociales, que la reinserción social del delincuente, en especial el regreso del preso liberado a la sociedad libre, no es posible más que mediante un *auxilio social organizado*. Por eso se ha reorganizado a fondo en los últimos años en la República Federal la asistencia durante el período de prueba (§ 24 c) del Código penal), y por ello, se piensa que tendrá éxito la medida de «vigilancia del comportamiento» (§§ 68 y sigs. del Código penal en 1973), aunque, como es natural, sean menores las perspectivas de una

reinserción social activa en los criminales graves y en los multireincidentes. En Alemania, dentro del marco de un renacimiento de la conciencia social que en estos momentos tiene lugar, se abre paso cada vez con mayor intensidad, hasta quedar en un primer plano, el reconocimiento de que la reinserción de los delincuentes es algo que depende, en último término, de la capacidad de comprensión de la sociedad misma. Aquí desempeña un papel el progresivo desmoronamiento de la sensación de infalibilidad moral resultante de las investigaciones practicadas sobre la cifra oscura y de la discusión entablada sobre la criminalidad económica. La criminalidad *no* está limitada a determinadas clases sociales, lo que ocurre es que en ciertas capas sociales aflora menos a la luz del día. Hay también en Alemania organizaciones que se ocupan activamente del problema de la reinserción de los delincuentes, como por ejemplo, la «*Aktion Gemeinsinn*», aunque la conciencia de la responsabilidad frente al delincuente no provoque todavía entre nosotros un interés general, como ocurre, por ejemplo, en Holanda con la idea de la reclasificación. En cualquier caso, una sociedad liberal no debe desesperar de poder asumir esta tarea, siempre y cuando sea consciente de ella y disponga de una información suficiente. Nosotros no consideramos necesaria en modo alguno la interpolación de la colectividad en la resocialización, tal y como se practica con mil coacciones en los países socialistas. Pensamos que también en una sociedad libre se puede solucionar el problema de resocializar a los delincuentes.

El tercer fundamento de la reforma es la idea de la *desincriminación*. Como antes queda dicho, se han derogado algunas disposiciones penales importantes, o se ha restringido el ámbito de su aplicación, y otras se han transformado en contravenciones administrativas. También este pensamiento es correcto en principio, porque en un Estado liberal de Derecho, el Derecho penal no debe intervenir nada más que cuando parezca necesario para mantener el orden. Sin embargo, hay que prevenirse frente a las exigencias doctrinarias e ideológicas de la desincriminación.

Así, cuando con frecuencia, se exige, como una especie de «test» sobre la necesidad del mantenimiento de un tipo legal, demostrar que tutela un bien jurídico individualizable. Sólo si se pudiera aportar esta prueba, se dice, tendría acogida en un orden jurídico-penal liberal. En consecuencia, tendrían que desterrarse aquellos preceptos que castigan conductas únicamente opuestas a la moral. Este argumento con el que, por ejemplo, se ha conseguido el impunitismo para la ho-

mosexualidad y la sodomía, y que sirve ahora para fundamentar la libertad de la pornografía, es falso. Ciertamente que la mayoría de las normas penales responden a la necesidad de proteger un bien jurídico individualizable, pero ello no es obstáculo para que en una sociedad libremente organizada se castiguen conductas gravemente reprochables desde un punto de vista moral, aunque con ellas no se lesione un bien jurídico de un tercero o de la colectividad. Una reciente disposición contenida en la Ley del opio (1971, § 10, párrafo 1), muestra que tampoco entre nosotros se puede renunciar a la penalización de determinados comportamientos que permanecen en la esfera privada, siempre y cuando se estimen gravemente reprochables e insopportables para la comunidad. La Ley del opio impone penas de hasta tres años por la mera posesión de estupefacientes, aunque se destinen al consumo propio. Con ello se impedirá que una persona se arruine a sí misma, lo que me parece enteramente correcto. El precepto muestra, además, que el «test» del bien jurídico falla.

Creo también que el legislador ha ido demasiado lejos por el camino de transformar hechos punibles en contravenciones administrativas, por lo menos en el ámbito de la criminalidad económica, contribuyendo a un deterioro de los módulos valorativos en la conciencia de la opinión pública. Por ejemplo, en 1968 hubo una amplia transformación de delitos en contravenciones en la esfera del Derecho penal fiscal. Al proceder de tal suerte, se ha convertido en contravención la muy lucrativa, y por ello, especialmente peligrosa, criminalidad de la obtención ilícita de subvenciones, sobre todo dentro del marco de la Comunidad Económica Europea, delincuencia a la que, de momento, no se puede hacer frente sino con la legislación sobre contravenciones administrativas, aplicable sólo a los actos cometidos en territorio alemán, aun cuando se trata de graves ataques contra las bases del orden económico que por lo común se cometen en el extranjero.

II

Me voy a referir ahora a los *métodos* seguidos para llevar a cabo la reforma, y lo hago por haber expresado este especial deseo la Facultad, al invitarme a pronunciar esta Conferencia. Acaso la información que pueda proporcionarles sobre el procedimiento legislativo alemán contribuya a mejorar su propia técnica legislativa, siempre y cuando consideren deseable conceder importancia a estos problemas.

Una peculiaridad de nuestro procedimiento legislativo en el campo del Derecho penal radica en los *trabajos preparatorios de Derecho comparado*. Tampoco la reforma del Derecho penal material, como los trabajos de reforma de la ejecución de la pena y la reforma en curso de la legislación procesal penal, han sido o están siendo precedidos de previos trabajos iuscomparatistas. Todos ellos fueron confiados al «Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht» de Freiburg, porque allí disponemos de una gran biblioteca altamente especializada y, por consiguiente, de una considerable información bibliográfica y, sobre todo, de colaboradores con amplia experiencia en el Derecho comparado. La finalidad de estos trabajos es recoger el «repertorio de soluciones» dadas a un determinado problema en otros países. Para preparar un trabajo en equipo sobre Derecho comparado, el Instituto nombra un director del Proyecto, que, en estrecha colaboración con la persona que se ocupa en el Ministerio del tema de que se trate, establece un cuestionario sobre aquellos puntos que parecen de particular importancia o especialmente dudosos para el trabajo de reforma. Luego reflexionamos sobre los países que deben tenerse en cuenta, y que —dado el equipo de que dispone el Instituto— pueden tomarse en consideración. El Derecho de esos países es expuesto por los correspondientes relatores del propio Instituto, o por sus corresponsales, a los que se somete el cuestionario. Antes de la redacción definitiva de los informes, tiene lugar una segunda reunión de todos los colaboradores con la persona encargada por el Ministerio, con objeto de aclarar cuestiones no previstas. A veces se organizan viajes de información al extranjero. Concluido el informe sobre cada país, yo mismo o quien dirige el Proyecto del que se trata elabora el perfil iuscomparatista, ordenando, comparando y valorando sistemáticamente las soluciones que recibe en el Derecho extranjero cada uno de los problemas. La conclusión es una propuesta reforma legislativa dirigida al Ministerio. Por este procedimiento se han estudiado en el Instituto durante los dos últimos años, con vistas a la reforma del proceso penal, los temas siguientes: «Estructura de la jurisdicción penal», «El sistema de los recursos en el proceso penal», «Jurisdicciones especiales en determinadas materias (como la criminalidad económica)», «La redacción de los fundamentos del fallo», y «La revisión del proceso penal». Un gran trabajo, nacido de uno de estos dictámenes profundamente revisado sobre la prisión preventiva, se ha publicado a finales de 1971, en forma de libro.

Otra particularidad del trabajo legislativo en Alemania es la de encargar la preparación de los grandes Proyectos a *Comisiones de expertos*. El Proyecto de Código penal de 1962 fue elaborado por la Gran Comisión de Derecho penal; el Proyecto de una nueva Ley de extradición, por la Comisión sobre el derecho de extradición; las recomendaciones sobre la Ley federal de ejecución de las penas, fueron redactadas por la Comisión de ejecución de las penas. También hay organizaciones no estatales que han creado comisiones de esta clase, que contribuyen a los trabajos legislativos. Por ejemplo, la Iglesia evangélica, lo mismo que la Iglesia católica, han creado su correspondiente Comisión de Derecho penal y a veces trabajan conjuntamente. Las Comisiones están integradas por Profesores y por prácticos. Por lo general forman también parte de ellas diputados del «Bundestag» y de los «Landtage». En las Comisiones oficiales está representado también siempre por medio de expertos el departamento competente del Ministerio respectivo. El trabajo de las Comisiones quita mucho tiempo y es muy pesado, por lo que no está justificado más que con ocasión de las leyes más importantes. Pero, en cambio, inserta en los trabajos legislativos una experiencia y una multitud de conocimientos especializados que no pueden poseer por sí solos los funcionarios del Ministerio.

Una vez redactado el Proyecto, su *curso ulterior* es el siguiente. Primero se remite a los Ministerios de Justicia de los «Länder», luego se discute con los departamentos federales que intervienen en él y, finalmente, se aprueba, en una o varias sesiones, por el Gobierno federal. De ahí se envía, con una detallada Fundamentación, al «Bundesrat» y, después, al «Bundestag» para la redacción y aprobación definitiva. Tratándose de leyes penales el «Bundestag» manda el Proyecto, tras una primera lectura, a la Comisión especial de reforma del Derecho penal, donde, con intervención de los representantes competentes del Ministerio, tiene lugar una deliberación muy detenida, que puede extenderse por varias legislaturas. Los Protocolos de las deliberaciones de la Comisión especial se publican, y están disponibles para el trabajo científico y la posterior interpretación de la ley.

Para proporcionar informaciones adicionales a la Comisión especial, existe la institución de las *grandes audiencias públicas*, donde peritos de diversas especialidades y direcciones políticas exponen su opinión durante varios días sobre cuestiones que previamente se les han planteado por escrito. Audiencias de esta clase se han celebrado,

por ejemplo, a propósito del Derecho penal político y del Derecho penal sexual. Se transmiten por televisión y la prensa las comentarios con detenimiento.

Finalmente, en las grandes leyes es de considerable importancia: la *participación de la opinión pública*. Los Proyectos se publican y se someten a pública discusión, produciendo a menudo reacciones muy decisivas. Así, al Proyecto de 1962 se le opuso un contraproyecto elaborado por catorce profesores, conocido por *Proyecto Alternativo*, que luego fue patrocinado en el «Bundestag» por el Partido liberal alemán, y ha tenido un considerable influjo en la nueva configuración de la legislación penal. En Alemania no se puede prescindir tampoco de la discusión en la *Prensa* de los trabajos legislativos.

III

Para concluir, quisiera comparar los resultados más importantes de la reforma penal alemana, en lo que respecta al sistema de sanciones de la Parte general, con la legislación penal española.

A diferencia de lo que ocurre en España, donde hace poco se ha ejecutado por fusilamiento una pena de muerte impuesta a un soldado, la *pena de muerte* fue abolida en Alemania en año 1949 por el artículo 102 de la Ley Fundamental. Bajo la impresión que ocasionan algunos delitos muy graves, se enciende una y otra vez la discusión, pero puede decirse que el país ha aceptado ampliamente la abolición de la pena de muerte. Las tendencias progresistas apremian ahora para lograr la desaparición de la pena de *reclusión perpetua* (§ 18, párrafo 1, del Código penal), basándose en que todo encierro por más de unos quince años destruye la personalidad y es, por eso, inhumano. Si se cumplieran estos deseos reformistas, lo que no parece improbable, el Derecho alemán se igualaría en este punto con el de los portugueses, vecinos de ustedes, que desconocen tanto la pena de muerte como la de reclusión perpetua.

A diferencia del Derecho español, Alemania ha introducido la *pena unitaria privativa de libertad* (§ 18 del Código penal). Las penas de reclusión, prisión y arresto se han refundido en una sola pena cuyo máximo es de quince años y el mínimo de un día. Con ello se ha pretendido, sobre todo, hacer desaparecer la pena de reclusión que por mala fama ante la opinión pública dificultaba considerablemente la reinserción social de quienes la sufrían. En contraste con España, don-

de como ocurre en la mayoría de los países, se imponen con frecuencia *penas cortas privativas de libertad*, en Alemania no está permitido imponer, si no es por excepción, penas inferiores a seis meses (§ 14, párrafo 1, del Código penal). No se ha conservado el arresto de hasta seis meses a cumplir en régimen celular de aislamiento previsto en el Proyecto de 1962 como una clase especial de pena, aunque hay, naturalmente, muchos casos en los que una pena corta y dura de privación de libertad sería mucho más eficaz que una multa, como por ejemplo en el caso de puesta en peligro de la seguridad del tráfico por ligereza o imprudencia con consecuencias graves, o en el caso de groseras infracciones de tipo económico que no alcanzan el grado de una criminalidad grave. En la nueva Parte General que entrará en vigor en 1973, se restringe aún más la pena corta privativa de libertad, porque el mínimo se eleva a un mes (§ 38, párrafo 2, del Código penal de 1973).

La *remisión condicional de la pena*, tal y como se configura con la reforma (§§ 23 y sigs. del Código penal), no se diferencia del Derecho español por la duración de la pena, cuya ejecución se remite, sino por sus presupuestos y por las consecuencias. Entre nosotros no quedan excluidos los que tengan antecedentes penales, porque la remisión condicional no se considera una especie de indulto, sino como una medida de política criminal que da buenos resultados también con los que tienen condenas anteriores, como lo comprueba la estadística. Por la misma razón existe la posibilidad de acordar una asistencia durante el transcurso del período de prueba, la cual constituye una pieza importante en el mecanismo de la remisión, a causa del apoyo activo y personal que prestan al condenado los asistentes oficiales o voluntarios (§ 24 c) del Código penal). La *libertad condicional* (§ 26 del Código) está regulada mucho más generosamente que en España. Para concederla basta el cumplimiento de las dos terceras partes de la condena, e incluso aún la mitad, siempre que «se pueda confiar razonablemente en que el condenado no cometerá ningún nuevo delito una vez concluida la ejecución de la pena». También es desconocida en España la institución del *Tribunal de ejecución de la pena*, cuyo funcionamiento está previsto a partir de 1973, preferible, ciertamente, a la competencia de los funcionarios encargados de la ejecución. No hay tampoco en el Derecho español la *amonestación con reserva de la pena* (§§ 59 y sigs. del Código penal de 1973), que consiste en un pronunciamiento sobre la culpabilidad con la amenaza de una condena si no se cumplen las condiciones impuestas. La «re-

«prensión pública» del Derecho español (art. 89 del Código), es algo parecido, pero constituye una pena.

El Derecho español establece escasas medidas de seguridad, que tampoco tienen gran significación en la práctica (cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte general*, 2.ª edición, 1971, págs. 799 y sigs.). El Derecho alemán, por el contrario, descansa en el *sistema dualista* de penas y medidas (§ 42 a) del Código penal), y la reforma ha introducido, con efectos a partir de 1973, dos nuevas medidas de las que se espera conseguir algo a favor de la reinserción social de determinados tipos de delincuentes. Una de ellas es el *establecimiento de terapéutica social* (§ 65 del Código de 1973), donde se aplicará una terapia social, cuyos procedimientos se han mejorado mucho en los últimos años, a tres categorías de criminales, a saber: reincidentes con graves perturbaciones de la personalidad, autores de graves delitos contra la honestidad, y delincuentes habituales con menos de veintisiete años de edad. Otra medida es la *vigilancia del comportamiento* (§§ 68 y siguientes del Código penal de 1973) que se podrá imponer a multi-reincidentes en delitos de poca gravedad y, además, se impone por ministerio de la ley en casos de condenados a medidas privativas de libertad cuando el sujeto recobra la libertad de que fue privado. Durante la vigilancia del comportamiento, el condenado depende de una Oficina de vigilancia, se le nombra siempre un asistente para el período de prueba, y está sujeto a flexibles instrucciones sobre su manera de comportarse. La finalidad principal es también la «ayuda y el asesoramiento» al condenado, mientras que en las penas accesorias españolas comparables a esta institución («confinamiento», artículo 76 del Código y «destierro», art. 88), está en un primer plano el fin de la seguridad.

La parte político-criminal de la reforma no puede comprenderse en su plena significación sin tener en cuenta el Proyecto de *Ley de ejecución de las penas*, elaborado sobre la base de las recomendaciones de la correspondiente Comisión, que entrará en vigor a finales de 1973 con la nueva Parte general. El Proyecto señala como único fin de la ejecución, que el penado adquiera la capacidad «para llevar en el futuro de modo socialmente responsable una vida sin delitos». Se concede al preso una pretensión a un salario equivalente al 75 por 100 del salario usual en la localidad para trabajos de la misma índole. Da la preferencia al cumplimiento de la condena en establecimientos abiertos o semiabiertos frente a los cerrados. Prohibe la

superpoblación en los establecimientos penitenciarios, y mejora la especialización del personal encargado de la ejecución de las penas.

La dogmática jurídico-penal española, se mantiene desde hace generaciones en estrecha comunidad de trabajo con la dogmática alemana. Pero en el campo de la política criminal, en cambio, el Derecho penal alemán ha alcanzado con la reforma un nivel que va mucho más allá de las posiciones que actualmente ocupa el Derecho español. Quisiera que mi conferencia contribuyese a dar a conocer la nueva imagen del Derecho penal alemán, a provocar el deseo de estudiar las soluciones que aporta, y acaso a utilizarlas en este punto o en aquel otro, como sugerencias para sus propias reformas.