

# La reforma del derecho penal en Alemania

## (Tercera Ley de reforma penal de 4 de agosto de 1953)

EUGENIO CUELLO CALON

Grandes novedades se avecinan para el Derecho penal alemán. La Gran Comisión de Derecho penal, que ha de llevar a cabo una reforma penal a fondo, ha comenzado sus sesiones en Bonn en junio del año presente. Pero antes de realizarse esta reforma radical, de gran amplitud, se han efectuado en los últimos años reformas parciales de gran interés. Por ley de 30 de agosto de 1951 se introdujeron importantes novedades en los delitos contra la seguridad interior del Estado (*Hochverrat*, §§ 80 a 87); se creó un grupo de infracciones denominadas "hechos que ponen en peligro al Estado" (*Staatsgefährdung*, §§ 88 a 98), cuya finalidad es la protección, contra los modernos medios de subversión no violenta contra el Estado, los llamados «métodos de guerra fría» (2), y se han reformado las disposiciones relativas a los delitos contra la seguridad exterior del Estado (*Landesverrat*, §§ 99 a 101). También la ley de 15 julio de 1951, ley «para la protección de la libertad personal», ha introducido nuevos delitos en la sección de los «crímenes y delitos contra la libertad personal» (§§ 234 a) y 241 a), y ha creado infracciones encaminadas a prevenir secuestros de personas y persecuciones políticas provenientes de la zona alemana oriental.

Más recientemente la llamada "tercera ley de reforma penal" de 4 de agosto de 1953, aparte de otras novedades no pertenecientes al Derecho penal sustantivo, como las referentes a la organización judicial, ha introducido gran número de modificaciones, algunas de considerable importancia en las partes general y especial del Código penal. Los nuevos textos han entrado en vigor el 1.º de octubre de 1953 y el 1.º de enero de 1954 (3).

Por razón de tiempo y de espacio vamos a exponer con mayor detalle las reformas realizadas en la parte general, que son las de mayor trascendencia; en cuanto a las efectuadas en la parte especial, nos limitaremos a su simple referencia.

(1) Véase la reseña de los trabajos de esta Comisión desde el 21 de junio al 2 de julio de este año en el presente fascículo.

(2) SCHÖNK, *Strafgesetzbuch*, 6.ª edic., pág. 309; LANGE, *Strafrechtsänderungs und Freiheitschutzgesetz*, Berlín, 1952, pág. 14.

(3) El nuevo texto del Código penal ha sido publicado en el 4. *Nachtrag zum Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar)*, Walter de Gruyter, Berlín, 1954.

En el § 1, que contiene la tripartición de los hechos punibles, la reforma lo acomoda a las nuevas disposiciones. Suprime la mención de la pena de muerte, abolida por la Constitución de Bonn (art. 12), y sustituye la palabra "detención en fortaleza" (*Festungshaft*), ya suprimida, por "detención" (*Einschliessung*), nueva pena que la sustituye.

El § 2 contiene una trascendente novedad. El célebre § 2, introducido en la Alemania hitleriana por ley de 28 de junio de 1935, que quebrantó fuertemente el principio de legalidad y estableció como fuentes del Derecho penal la analogía y el sano sentimiento popular, fué abrogado por el artículo I de la ley núm. 11 del Consejo de Control de 30 de enero de 1946. Pero este precepto no fué sustituido, lo que originó una importante laguna en el texto legal (4), hasta que años más tarde el principio de legalidad fué restablecido por la referida Constitución (art. 103, párrafo segundo). El precepto constitucional ha sido íntegra y literalmente acogido por la reforma. «Un hecho—establece el nuevo § 2.º, 1.º del Código penal—sólo será castigado cuando esté declarado punible por ley anterior a su perpetración.» La pena aplicable, dispone su párrafo 2.º, será la vigente en el momento de la ejecución del hecho y en caso de ser varias las leyes existentes desde el momento de su perpetración al del juicio, se aplicará la más suave. Las leyes temporales, conforme a lo establecido en el párrafo 3.º, serán aplicables a todos los hechos cometidos durante su vigencia, aun cuando hubieren perdido su vigor. Su último párrafo declara que para las medidas de seguridad y de corrección se tomará en cuenta la ley que rige en el momento de la sentencia.

Se modifican las disposiciones referentes a la inmunidad parlamentaria (§ 11) y a la inmunidad por informes sobre las sesiones de los organismos legislativos (§ 12).

En materia de penas se introducen importantes reformas. El § 13, que hace referencia al modo de ejecución de la pena de muerte, queda suprimido. El § 17 regula la nueva pena de detención, cuya duración máxima es de quince años, y la mínima de un día. Consiste esta pena, como la «detención en fortaleza», a la que sustituye, en la privación de libertad con vigilancia de las ocupaciones y modo de vivir del preso. Se cumplirá en establecimientos especiales o en secciones especiales. Su § 20 dispone que cuando la ley permita la elección entre la reclusión (*Zuchthaus*) y la detención se impondrá aquélla sólo cuando el hecho provenga de un motivo abyecto.

Una de las innovaciones de mayor interés es la nueva regulación de la condena condicional. Con anterioridad a la reforma la suspensión condicional de la pena tenía carácter administrativo, y la decisión que la acordaba era una resolución administrativa. Las autoridades facultadas para la concesión de indultos podían suspender la ejecución de las penas de privación de libertad no superiores a un año, sometiendo al reo a un período de prueba de tres a cinco años. Su organización se hallaba regulada, fuera del Código penal, en la legislación referente a indultos (en el § 22 de la *Gnadenordnung* de 6 de febrero de 1935).

(4) La República democrática alemana, en su Código penal, publicado en 1951 por el Ministerio de Justicia, reproduce literalmente el texto originario del Código penal del Imperio alemán de 1871. «Un hecho sólo podrá ser penado cuando su pena estuviere establecida por la ley antes de su ejecución» (§ 2).

La ley de reforma penal de 4 de agosto de 1953 la ha refundido en el Código penal (§§ 23-25) con características muy semejantes a la *probation* inglesa y norteamericana. Deja de ser una medida administrativa y se transforma en medida penal. La reforma confiere a los Tribunales la facultad de suspender la ejecución de las penas de prisión o detención no superiores a nueve meses y de las de arresto. Si el condenado, en el plazo de prueba, que dura de dos a cinco años, observa buena conducta, obtiene la remisión de la pena. Para la suspensión de la pena es preciso que la personalidad del condenado y su vida anterior, así como su conducta posterior al hecho, o un cambio favorable en sus condiciones de vida, permitan esperar que bajo la influencia de la suspensión llevará en el porvenir una vida ordenada y ajustada a la ley. No podrá acordarse la suspensión cuando el público interés exija la ejecución de la pena, cuando en los cinco años anteriores a la comisión del delito se haya suspendido al condenado la ejecución de una pena con sumisión a prueba o por vía de indulto, ni cuando el delincuente hubiere sido condenado, en el mismo plazo de tiempo, a pena de privación de libertad superior a seis meses. El Tribunal puede imponer al condenado durante el período de prueba ciertas condiciones (§ 24), entre ellas, reparar los daños causados por el delito, ciertas obligaciones referentes a su residencia, cultura, trabajo y empleo del tiempo libre, sumisión a tratamiento médico o a una cura de desintoxicación, cumplir sus obligaciones alimenticias, pago de alguna cantidad a instituciones de utilidad pública o someterse a la vigilancia y dirección de una persona (*Bewährungshelfer*) que le asista durante el plazo de prueba. Esta persona, nombrada por el Tribunal, vigila durante el plazo de prueba la conducta del condenado y el cumplimiento de las condiciones que le fueren impuestas. Su misión es la misma de los *probation officers* ingleses y americanos.

Si el condenado se conduce bien la pena queda remitida al terminar el plazo de prueba. La suspensión de la condena será revocada por el Tribunal en caso de condena durante el plazo de prueba a pena privativa de libertad impuesta por crimen o delito intencional, o de grave infracción de las condiciones de prueba, o cuando por cualquier otro modo se adquiriera la convicción de que la confianza depositada en el delincuente no está justificada (§ 25).

También se ha introducido una importante reforma en la regulación de la libertad condicional. El nuevo § 26 autoriza a los Tribunales para otorgarla a los condenados a penas temporales de privación de libertad cuando hayan cumplido dos terceras partes de la misma (la anterior regulación exigía tres cuartas partes), y sea de esperar que en el porvenir llevará una vida ordenada y conforme a la ley. El plazo de prueba no excedería del tiempo de pena por cumplir.

En las medidas de seguridad y de corrección introducidas por ley de 24 de noviembre de 1935, se han introducido modificaciones que aseguran una más eficaz garantía jurídica. Las principales han sido introducidas en el § 42 y se refieren en su mayoría a la duración del internamiento. Como en el texto anterior se declara que éste durará tanto como su finalidad lo exija. El internamiento en casas para bebedores y en instituciones de desintoxicación no excederá de dos años. La duración del internamiento en una casa de curación o de asistencia o en un establecimiento de custodia de seguridad no tendrá límite alguno. El primer internamiento en una casa de trabajo o en un asilo, no excederá de dos años; los internamientos posteriores no excederán de cuatro

años. El Tribunal para determinar la duración de estas medidas examinará si el fin perseguido con el internamiento ha sido alcanzado, y en este caso ordenará la liberación del internado (bajo el régimen anterior la liberación era acordada por las autoridades ejecutivas; actualmente, con mayor garantía de legalidad, sólo el Tribunal puede acordarla).

Ha sido modificada y mejorada la disposición relativa a la inducción a la perpetración de un hecho calificado como «crimen» (§ 49 a), precepto que había sido introducido durante la última guerra por ordenanza de 29 de mayo de 1943.

De especial interés es el nuevo § 56 que fortifica el principio de culpabilidad como elemento básico de la punibilidad. «Si en el caso de derivarse del hecho, dice el reciente texto, un especial resultado, la ley señalara pena más grave, ésta solo se impondrá al agente cuando lo hubiere ocasionado, aun cuando solo fuere por negligencia.» Con esta disposición se sustituye la anterior reglamentación de los delitos cualificados por el resultado por una regulación más justa (5).

En cuanto a la parte especial, como reformas más importantes, merecen ser señaladas las siguientes: El nuevo texto del § 93 que castiga los escritos, imágenes y representaciones ofensivas para la República federal alemana o encaminadas a la supresión de las libertades democráticas. Se han modificado los §§ 102 a 104 b), relativos a delitos cometidos contra Estados extranjeros; los §§ 107 a) y 109 para la protección de las elecciones y su pureza; el § 111, sobre inducción pública a desobedecer las leyes; el § 132 a), sobre atribución ilícita de cargos, títulos o dignidades y uso ilícito de uniformes, trajes o insignias oficiales; el nuevo § 138 pena la omisión de denuncia en caso de gravísimos delitos; el también nuevo § 140 castiga al que recompensare o elogiare públicamente cualquiera de los delitos señalados en el § 138 (las más graves formas de traición, asesinato, homicidio, falsificación de moneda, robo, etc.) o de los penados en la ley relativa al uso criminal de explosivos; otra nueva disposición, el § 143, castiga al encargado de la vigilancia de un menor de dieciocho años que la descuidare, si el menor ejecutase un hecho punible; se modifican los §§ 153 a 163, referentes a falso testimonio; el § 168, sobre respeto a la paz de los muertos; asimismo el § 173 a), cuya nueva redacción pena el acceso carnal entre hermanos y cuñados.

En los delitos contra la vida se mantiene el § 211, introducido por ley de 4 de septiembre de 1941, que define el asesino (Mörder), y establece como pena la reclusión perpetua en sustitución de la derogada pena capital; en el § 212 se atenúa la penalidad del homicidio y en el § 217 la del infanticidio. Se conserva intacto el § 218, concerniente al aborto, sólo se suprime la disposición introducida durante la última guerra mundial, por ordenanza de 18 de marzo de 1943 que establecía la pena capital para aquellos casos en que el agente reiteradamente hubiere dañado las fuerzas vitales del pueblo alemán. El § 219, relativo al anuncio y comercio de abortivos y productos anticoncepcionales, es objeto de importante modificación: asimismo el secuestro de niños, con ánimo de lucro, castigado con pena de muerte (§ 239 a), es objeto de nueva redacción y considerable rebaja de pena. Se ha reformado el § 240 sobre coacción; se ha llevado

(5) «Así desaparece una reliquia casi fósil de las pasadas épocas del Derecho penal que no puede encontrar acogida en una ley que destaque la idea de culpabilidad.» DREHER, en *Juristenzeitung*, 1953, pág. 425.

el Código penal y refundido en el grupo de delitos de hurto, en el § 248 b), el uso de automóviles y bicicletas contra la voluntad de su dueño que estaba castigado por ordenanza de 20 de octubre de 1932; también ha sido incluido en el texto del mismo, en el nuevo § 248 c), la sustracción de energía eléctrica, penado por ley de 9 de abril de 1900. En el § 253, relativo al chantaje, se atenía la penalidad de este delito que de la categoría de «crimen» (*Verbrechen*) pasa a la más leve de «delito» (*Vergehen*).

Se ha reformado el § 300 que pena la violación del secreto profesional extendiendo este precepto a profesionales no incluidos en el texto anterior. En el § 330 c), relativo a la omisión de socorro en caso de accidente, de peligro colectivo o de calamidad pública, se establece como requisito que las circunstancias exijan el socorro necesariamente, en sustitución de la fórmula anterior, que requería fuera exigible conforme al «sano sentimiento popular». (fórmula introducida en época hitleriana por ley de 28 de junio de 1935).

Además de las citadas han sido introducidas en diversos parágrafos del Código penal otras modificaciones de menor importancia que las señaladas.

# Referencias históricas y de derecho comparado sobre la represión de la homosexualidad

EUGENIO CUELLO CALON

La inclusión de los homosexuales en la Ley de Vagos y Maleantes, dispuesta por ley de 15 de julio del presente año, reproducida en otro lugar de este fascículo, constituye un importante acontecimiento legislativo en el campo penal que me incita a dar a nuestros lectores algunas noticias de carácter histórico y de derecho comparado que para el criminalista pueden tener algún interés.

En nuestro antiguo Derecho los homosexuales fueron castigados con un bárbaro talión simbólico, con la castración, así lo disponen el Fuero Juzgo (Lib. III, tit. VI, ley VII) y el Fuero Real (Lib. IV, tit. IX, ley II), cuyo precepto es de horripilante crueldad. Las Partidas, sin duda por influjos romanos, establecen la pena de muerte porque de estos hechos «sale ende mala fama, no tan solamente a los fazedores, mas aún a la tierra, do es consentido» (Part. VII, tit. XXI, ley I). Los reyes Don Fernando y Doña Isabel, en Medina del Campo el 22 de agosto de 1497, ordenan que el culpable de este delito, «no digno de ser nombrado» (1), «sea quemado en llamas de fuego» y pierda todos sus bienes que pasarán a la Real Cámara. Y se mandaba que esta gravísima pena fuera impuesta, aun cuando el delito no llegara a consumarse, aun cuando no pudiera probarse el hecho «en acto perfecto y acabado y se probaren y averiguaren actos muy propincuos y cercanos a la conclusión del» (Nueva Recop., lib. 8.º, tit. XXI, ley I). Don Felipe II, por pragmática expedida en Madrid en 1598, dispuso ciertas medidas encaminadas a eliminar dificultades de prueba (Nueva Recop., lib. 8.º, tit. XXI, ley II).

La muerte en la hoguera fué conservada en nuestra antigua legislación hasta la aparición de la codificación criminal que con el Código penal de 1822 dejó de castigar la homosexualidad, la «sodomia» o «pecado nefando»—que así la denominaron las viejas leyes y los prácticos criminalistas de España—, pero no es posible precisar hasta qué momento fué aplicado aquel severo castigo.

En el siglo XVII esta penalidad se imponía íntegramente en los comienzos de esta centuria. Pradilla Barnuevo señala como vigentes las penas antedichas (2).

---

(1) *Peccatum illud horribile, inter christianos non nominandum*, diría BLACKSTONE algunos siglos más tarde.

(2) «Quien tal delito cometiere—escribe—debe morir quemado en llamas de fuego y sus bienes son confiscados para la Cámara Real», y señala que «basta el conato próximo para