

Orígenes, métodos y resultados de la reforma del Derecho penal alemán *

POR EL PROFESOR DOCTOR HANS-HEINRICH JESCHECK,

Director del Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional,
Friburgo de Brisgovia.

I. *La formación del nuevo Código penal*

El 1 de enero de 1975 ha entrado en vigor en Alemania una nueva redacción del Código penal de 1871 (1). Con ella se ha cerrado un período de tres cuartos de siglos de historia alemana de reforma, después de muchos fracasos, gracias a un moderno trabajo de la mayor trascendencia, que incluso ha requerido aún veinte años de intensivo trabajo a la ciencia y a la legislación. Ya con el cambio de siglo se habían producido tendencias de reforma, porque el viejo derecho penal, que encarnaba el espíritu autoritario del Código penal francés de 1810 y la idea retribucionista de la Filosofía alemana del Idealismo, no podían ni atender a las exigencias de la incipiente época industrial, ni permanecer a la altura del auge que iban alcanzando la Ciencia del Derecho penal y la Criminología. Como en España, el antiguo Derecho iba adaptándose al progreso mediante leyes complementarias, pero la gran reforma del Derecho penal alemán, en toda su extensión, sólo ha tenido lugar en nuestros días. La Parte General ha sido completamente reformada, en orden y número de los parágrafos. También la Parte Especial exhibe un nuevo aspecto. Con todo, se han mantenido en esta última especialmente, la sucesión de materias anterior y la numeración de los artículos, para no hacer innecesariamente más difícil el trabajo de la Praxis con el nuevo Derecho. La reforma de la Parte Especial, que pudo ser continuada a través de la Ley de Introducción al Código Penal, no está concluida todavía, sino que continuará por etapas en el futuro.

(*) Traducción del alemán por M.^a Isabel García de la Torre (Zaragoza/Bonn).

(1) Las disposiciones sobre los establecimientos de terapéutica social (parágrafos 61, n.º 3, y 65) entrarán en vigor el 1 de enero de 1978, porque los estados federados no pueden crear antes las instalaciones necesarias, a pesar de los considerables trabajos preparatorios prácticos, y todavía falta un proyecto general común a los métodos de tratamiento aplicables en estos establecimientos.

Lo que todavía falta en el trabajo de reforma es, ante todo, lo relacionado con el *cumplimiento de la pena*, aunque tampoco esta última parte se hará esperar mucho. El Proyecto de una ley federal sobre el cumplimiento de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad restrictivas de libertad, se ha elaborado en 1972 sobre la base de un Anteproyecto de la Comisión de cumplimiento penal (1968-1971) y en el momento está en trámite de consulta en el Parlamento Federal, de modo que puede contarse con su entrada en vigor, según lo previsto, para el año 1976.

Hay que ubicar el trabajo legislativo alemán dentro del contexto del *Movimiento internacional de reforma*, que se inicia a fines de los años 50. La meta principal de este movimiento consiste en reformar el Derecho penal de modo que pueda satisfacer mejor los profundos cambios experimentados por las relaciones sociales en la época de la sociedad de masas y por la técnica; la reforma también debe tener presente que hoy la existencia humana está expuesta a mayores peligros que antes. El movimiento de reforma ha encontrado apoyo no solamente en los países de Europa occidental, sino que también ha hallado eco en el ámbito del Derecho anglosajón y americano, en el grupo de los países socialistas, y en Latinoamérica. En el ámbito de los países de habla alemana se encuentra en primer término el nuevo Código penal austríaco de 23 de enero de 1974, que ha sido elaborado en estrecho contacto con la ciencia jurídica y la legislación alemanas, y que ha entrado en vigor el mismo día que el nuevo texto alemán.

Puede decirse que el proceso y los resultados de la Reforma alemana han sido fundamentalmente determinados por *tres influencias*. En los años 1954-1959, elaboró la Gran Comisión de Derecho penal un Proyecto que, después de algunos cambios en el plano gubernamental, ha sido presentado en el Bundestag como *Proyecto de 1962*. El significado de este proyecto estriba, ante todo, en la regulación, elaboración con precisión, de los presupuestos de la punibilidad en la Parte General, y en la clara redacción de los tipos en la Parte Especial. En cambio, el sistema del Proyecto en relación a las consecuencias jurídicas ha sido convertido en el blanco de las críticas dirigidas desde las filas de los partidos del Movimiento de reforma, porque sólo en pequeña medida pudo abandonar el viejo concepto de un Derecho penal fundado en las penas privativas de libertad y concebido fundamentalmente como un derecho represivo. Este antagonismo, cada vez más agudo, ha conducido a un cambio profundo de los conceptos político-criminales, y de esta dirección vino la segunda gran influencia en el trabajo de reforma. En 1966 se publicó el *Proyecto Alternativo* de un Código penal, que representa el firme propósito, adoptado por iniciativa privada de 14 profesores de Derecho penal alemanes y suizos, de llevar las múltiples y variadas críticas a un denominador común y en forma de un elaborado proyecto de ley. El Proyecto Alternativo fue presentado al Bundestag por la fracción del Partido Liberal Demócrata en 1968,

y deliberado a continuación juntamente con el Proyecto de 1962. La preferencia por este segundo Proyecto reside, ante todo, en la armoniosa y consecuente concepción de las penas y medidas de seguridad, en el sentido de las exigencias de la moderna Política Criminal. Para hacer de ambos Proyectos uno solo, se necesitó de un tercer factor que no estuviera compuesto únicamente de opiniones científicas o conceptos político-criminales. *La Síntesis de los Proyectos*, en la que se impuso, dogmáticamente el Proyecto de 1962, y el Proyecto Alternativo en el sistema de sanciones, fue realizada por la Comisión Especial del Bundestag para la Reforma del Derecho Penal (1966-1969). El Departamento de Derecho penal del Ministerio de Justicia contribuyó de manera esencial al logro de este gran esfuerzo legislativo. Parlamento Federal y Ministerio se mostraron absolutamente abiertos a un desarrollo progresista, sin admitir exigencias radicales. De este modo se han mantenido los fundamentos morales del Derecho penal, que se basan en culpabilidad y responsabilidad como indudable realidad de nuestra conciencia social, y no se han entregado en su tratamiento, a un optimismo falto de crítica, que además, y desde hace mucho tiempo, tampoco es incontrovertido en América y Suecia.

El nuevo Derecho penal pudo no sólo ser creado, sino también aceptado por la Praxis y la colectividad sin grandes dificultades de comprensión, porque las ideas tradicionales del Derecho penal y criminalidad habían sufrido una esencial transformación desde el comienzo de los trabajos de reforma en 1952. Se ha producido un profundo *proceso de aprendizaje y de transformación de mentalidad* que ha movido y transformado ánimos más allá del mundo científico. El reconocimiento de que el Derecho penal es sólo *un* medio de control social junto a muchos otros, y que debería ser aplicado lo más moderadamente posible, porque su aplicación lleva consigo la imposición de penas, y por consiguiente, desventajas sociales, se ha impuesto sensiblemente. Al mismo tiempo ha aumentado, mediante ciertos ataques ideológicos a todas las instituciones represivas del Estado, el reconocimiento de que sólo un Derecho penal orientado al principio de culpabilidad posibilita la protección de la colectividad *en libertad*, porque sólo el Derecho así entendido considera al hombre como ciudadano responsable, apelando mediante mandato y sanción, a su razón y disciplina. También se advierte, en general, que es necesario que los principios del Estado de derecho pongan un límite al Derecho penal y que se supriman, en primer término, todos los delitos de opinión. Se ha generalizado el reconocimiento de que no todo lo que aparece como adecuado para el tratamiento de los infractores del Derecho, es también justo. Pausatinamente se comienza además a comprender que el humanitarismo, como fundamento de la Política Criminal no es sólo un asunto de idealismo de los pocos que se toman interés en este problema por compasión, sino una cuestión de responsabilidad común de la sociedad por la criminalidad. La preocupación por el infractor del De-

recho no es un favor, sino un cometido obligatorio del Estado social. Por último, se entiende la Administración de Justicia más profundamente que antes, no ya sólo como instancia para la realización de lo que es justo, sino como una tarea social que, por su forma y manera de actuar, debe proporcionar al culpable una ayuda para la vida. Con ello se ve la eficacia de la Administración de Justicia, no tanto en la prueba estadística de los resultados conseguidos en la resocialización de los delincuentes, como en el perfeccionamiento de la actividad represiva general del Estado, que puede ser compatible con la enérgica conciencia social de nuestro tiempo.

II. Principios de Política Criminal

La concepción político-criminal fundamental del nuevo Derecho penal consiste en la relación de la *compensación de la culpabilidad*, por un lado; con el fin de la influencia de la pena en la personalidad del autor, por otro. Con esta declaración general debe uno contentarse, pues de la ley no se puede inferir nada más concreto acerca de la relación, y especialmente de la jerarquía, que corresponden a estos dos fines de la pena, ni cómo se ha representado el legislador la relación, ante todo, entre el principio de culpabilidad y la cuantía de la pena. El precepto del párrafo 46, párrafo 1.º, primer inciso, "La culpabilidad del autor es el fundamento de la medición de la pena", sólo contiene un reconocimiento general del principio de culpabilidad. También en el segundo inciso, "Habrán de tenerse en cuenta los efectos de la pena previsible para la futura vida del autor en la sociedad", no se mencionan las limitaciones que la compensación de la culpabilidad debe admitir respecto de la prevención especial. Aún con más amplitud está concebida la base Octava del Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal publicado en 1972 por el Ministerio de Justicia español, que sólo determina que en la fijación de la pena, dentro del marco penal, se concederá especial importancia a la personalidad del delincuente. Sin embargo, no carece de valor la declaración del párrafo 46, párrafo 1., sobre la concepción fundamental político-criminal del nuevo Derecho, ya que pone en claro de una vez para siempre, que una pena que no se ajuste en tipo y magnitud a la culpabilidad del autor, ya porque fuera demasiado rigurosa o demasiado suave, no estaría de acuerdo con la ley. Se ha rechazado, además, en el párrafo 46, un verdadero sistema de medidas de seguridad tal como se predicaba por los fieles partidarios de una ilimitada aplicabilidad de la terapia social. Por otro lado se deduce claramente del párrafo 46, que el legislador exige que en cada acto de medición de la pena, se tome en consideración los efectos que la sanción pueda producir en la vida futura del condenado en la sociedad, y que de ningún modo se entenderá la punición como un mero acto de justicia compensadora.

Ninguna mención expresa ha encontrado en el nuevo Derecho

la prevención general. Esto es también válido para el citado Anteproyecto de Bases español, que, por cierto, hace pocas declaraciones acerca de las ideas fundamentales de Política Criminal y pone en primer plano las mejoras técnico-jurídicas del Derecho actual. Por prevención general se entiende la eficacia del Derecho a través de la influencia de la pena en la conciencia jurídica de la colectividad. Por ello habrá de concluirse que la eficacia del Derecho es un fin que el legislador supone tácitamente por el legislador, y, por tanto, una agravación de la pena que tuviera como único fin la intimidación general no está respaldada por el nuevo Derecho. Evidentemente, el legislador ha considerado suficiente para la presencia general, el efecto intimidatorio de la pena justa, acorde con la culpabilidad del autor.

La exigencia de una *descriminalización del Derecho penal* ha encontrado múltiple acogida en el nuevo Derecho. Por un lado el legislador ha suprimido de un plumazo todo el capítulo 29 sobre las faltas. Las más importantes han sido transformadas en infracciones al orden. Para este mismo fin de descriminalización del Derecho penal en el ámbito de las faltas están previstas dos nuevas disposiciones de Derecho procesal penal. Como excepción al deber de persecución, puede el fiscal, en el caso de delitos contra el patrimonio que no estén conminados con penas privativas de libertad por encima del mínimo (por ejemplo, no es caso de robo, castigado con una pena de privación de libertad de un año como mínimo, parágrafo 249), suspender el juicio sin acuerdo del Tribunal, cuando el daño producido y la culpabilidad del autor sean mínimos, y no exista interés público en la continuación del proceso (parágrafo 153, párrafo 1, 2.º inciso de la Ley Procesal Penal). Además, según el parágrafo 153a de la misma ley, se ha introducido el sobreseimiento condicional del proceso penal. Según esta disposición, puede el Fiscal, previo acuerdo del Tribunal y del inculpado, prescindir condicionalmente de la presentación de la acción pública en todos aquellos delitos sometidos a disposiciones de contribuciones e instrucciones (por ejemplo, el pago de una suma de dinero a una institución de utilidad pública). Una vía procesal para la descriminalización en materia de faltas es además, la introducción de la necesidad de la querrela en el hurto o apropiación de cosas de valor insignificante (parágrafo 248 a). Esta disposición es aplicable a todos aquellos delitos que atentan contra el patrimonio. El legislador considera claramente que por regla general tales casos no conducirían a una querrela, sino que encuentran en el campo del Derecho civil, e incluso extrajudicialmente, un arreglo convincente. En el núcleo del Derecho penal significa descriminalización la impunidad de la interrupción del embarazo en las doce primeras semanas después de la concepción (parágrafo 218 a) (2), y del considerable retroceso

(2) Por decisión del 25 de febrero de 1975, el Tribunal Federal de Garantías Constitucionales declaró la nulidad de esta disposición por violar el derecho fundamental a la vida (art. 2, párr. 2, 1.ª parte de la Ley Fundamental.)

de los límites de la punibilidad en el Derecho penal sexual (parágrafos 174 y sigs.).

Además el legislador alemán no ha llegado en la descriminalización —por lo menos en lo que respecta a distintos principios de nuestro Derecho constitucional— tan lejos como el español. Esto es aplicable especialmente al Derecho económico y aduanero, pero también al Derecho político de protección, en tanto en cuanto el Derecho alemán comprende tipos comparados. Si los hechos se contemplan como graves contravenciones de orden jurídico, y conminados por tanto con sanciones graves, no nos parece que ésta sea una adecuada descriminalización. Por lo general las penas pecuniarias pueden elevarse hasta 1.000 marcos como máximo (unas 24.000 ptas.), según la Ley de Contravenciones (en España hasta un millón de pesetas), si no se ha abonado el importe, en ningún caso procede el arresto sustitutorio, sino por regla general un arresto forzoso, que habrá de disponerse judicialmente, de no más, normalmente, de cuatro semanas de duración, contra aquél que no acredite su insolvencia. Además, el inculpado tiene siempre la posibilidad de interponer una reclamación contra la notificación de multa y, mediante ello, motivar una decisión de la jurisdicción ordinaria sin necesidad de satisfacer primero la multa.

Otro de los principios fundamentales de nuestro Derecho penal es el de que todos los presupuestos de la punibilidad, así como tipo y magnitud de la pena, deben estar determinados por ley, el llamado *Principio de legalidad*. Encontramos el principio de legalidad a la cabeza del nuevo Código penal, en una disposición que textualmente, con la correspondiente garantía constitucional del artículo 103, 2.º párrafo del Ley Fundamental, determinan: “un hecho puede ser solamente penado cuando su punibilidad esté establecida antes de que el hecho fuera cometido”. En este principio reside también el fundamento del Anteproyecto español de la Base Primera, designándolo como “la tarjeta de presentación de un Código penal que contribuirá muy notablemente a insertarlo dentro de las exigencias del pensamiento democrático europeo occidental”. Mediante esta autolimitación del Estado se puede asegurar que las sanciones jurídico-penales de una acción ya existen en el momento de comisión del hecho y cualesquiera puede llegar a conocerlas y confiar en que una acción que no estaba expresamente declarada como punible cuando se cometió, tampoco puede ser más tarde castigada. De ello se deduce que el juez penal no está capacitado para suplir por propia iniciativa las lagunas de la ley mediante la aplicación de una disposición, que aunque no sea directamente aplicable, sí sea análoga. Una consecuencia del principio de legalidad es, además, la prohibición de la retroactividad. Esto es aplicable sólo en *beneficio* del autor.

Del principio de legalidad, por último, se deriva el precepto de certeza. La garantía de la existencia de un principio legal para punibilidad y pena no garantizaría una verdadera seguridad jurídica

si el legislador evitara una propia decisión mediante la vaga redacción de los tipos penales, y dejara al juzgador la determinación de lo que es o no es punible. La conversión en normas legales de algunas reglas hasta ahora sólo vigentes como Derecho judicial, efectuada con arreglo a la reforma, contribuye al precepto de certeza que garantiza la seguridad jurídica. Tal recepción la encontramos en el caso de los delitos impropios de omisión (parágrafo 13), en el del error de prohibición (parágrafo 17), en el estado de necesidad como causa de justificación (parágrafo 34) y en el error sobre el estado de necesidad como causa de inculpabilidad (parágrafo 35, segundo párrafo). Además, la restrictiva definición de la tentativa (parágrafo 22) y la nueva disposición sobre el desistimiento, cuando varios han tomado parte en un hecho (parágrafo 24, 2.º párrafo), aseguran mayor precisión de la ley. La más exacta redacción de muchos tipos en la Parte Especial, por ejemplo, en el Derecho penal sexual (parágrafos 174 y sigs.) persigue la misma meta.

III. *La estructura del Código penal*

1. Presupuestos de la punibilidad

Además del principio de legalidad, del que ya se ha hablado, es importante para el espíritu de un Código penal, ante todo, la delimitación del *ámbito de aplicación del Derecho penal* en el caso de acciones de influencia internacional (el lugar de comisión del hecho, por ejemplo, está en el extranjero; el autor es un extranjero o el bien jurídico lesionado es de competencia extranjera o corresponde a un extranjero). Por el paso del principio de personalidad al principio de territorialidad (art. 3.º) ha retornado el nuevo Derecho, fundamentalmente, a la limitación de la potestad punitiva alemana a los hechos cometidos en el propio territorio del Estado. Por consiguiente, para la punición de hechos cometidos en el extranjero se exige un punto de conexión que legitime el ejercicio del poder estatal, punto de conexión que existe verbigracia en la necesidad de protección de ciertos bienes jurídicos nacionales (art. 5) o internacionales (art. 6). Con ello el Derecho alemán se acerca al español, que tradicionalmente ha sostenido, con ciertas limitaciones, el principio de territorialidad.

En el Segundo Capítulo, sobre el "El hecho", están contenidos los presupuestos fundamentales de carácter general de la punibilidad. Este capítulo se inicia con la ya mencionada disposición sobre los delitos de omisión (art. 13), que determina que, según el Código penal, será también responsable como autor quien, lesionando un deber jurídico, no evita el resultado descrito en el tipo, y que este deber ha de ser un deber jurídico (no meramente moral) del cual se deduce el mandamiento de actuar. Las dos *disposiciones sobre el error* tienen también gran significado práctico; la primera de ellas (parágrafo 16) regula el error sobre los elementos del tipo legal,

del mismo modo que se hacía anteriormente, es decir, el error sobre el tipo excluye el dolo. Por el contrario, la segunda disposición (parágrafo 17), acepta la moderna jurisprudencia sobre el error de prohibición y niega la culpabilidad en caso de error inevitable sobre la antijuricidad, mientras que si el error era evitable, la pena sólo se atenúa. En las reglas sobre la *imputabilidad* (parágrafos 19-21) se reconocen las desviaciones mentales (casos extremos de psicopatía, neurosis y anomalías de los instintos) como causas de exclusión o de disminución de la culpabilidad. Existe *tentativa* de delito (parágrafos 22 a 24) cuando el autor "se prepara directamente" a la realización del tipo. La causa para la punibilidad del delito no consumado reside en que la voluntad contraria al Derecho del autor se ha realizado en una acción previa a la conclusión y con ello se ha manifestado como seria amenaza del orden jurídico. La tentativa de un crimen es siempre punible; la de un delito sólo cuando la ley así expresamente lo determine. Si en el caso de tentativa imposible ha estado en juego una crasa falta de discernimiento, se puede prescindir, según el nuevo Derecho, de la pena. El Anteproyecto de Bases español, prevé, por el contrario, en la Base Segunda, 6. 4, impunidad para la tentativa imposible, pero se aplica una medida de seguridad. El desistimiento voluntario de la tentativa queda, como hasta ahora; impune.

Las disposiciones sobre *autoría y participación* (parágrafos 25 a 31) están introducidas mediante un precepto en el que se diferencia por vez primera en la ley misma, entre autoría (autor único), autoría mediata y coautoría. Como formas de participación, el nuevo Derecho conoce, como hasta ahora, el determinar a otro a la comisión de un hecho punible (inducción), y el auxilio para la comisión de un hecho punible (complicidad). En ambos casos se pone de manifiesto que el hecho principal ha de haber sido cometido dolosamente. Al igual que en el anterior Derecho, el límite de la punibilidad se ha adelantado en los casos de tentativa de participación de modo que, por ejemplo, la tentativa de inducción a un crimen es punible cuando ni siquiera el inductor ha conseguido producir en el presunto autor la decisión de cometer el crimen.

El nuevo Derecho ha acogido también en la ley la causa de justificación que comprendía anteriormente el llamado "*estado de necesidad supralegal*", aunque la regulación de los numerosos presupuestos, dependientes, en parte unos de otros, en parte también del caso concreto, era especialmente ardua. Decisivo no es sólo el valor abstracto de los bienes jurídicos implicados, sino también la concreta situación de intereses, en la que se otorga una significación especial a la ponderación del grado que amenaza los bienes interesados. Pero incluso en el caso de una clara diferencia de valor entre los intereses en juego, la justificación del ataque en el estado de necesidad se hace depender del examen posterior de si el hecho representa "un medio adecuado", es decir, de si el hecho, según la reconocida representación de valores de la comunidad jurídica, apa-

rece como solución generalmente admisible y adecuada al caso en conflicto.

2. Penas y medidas de seguridad

El centro de gravedad de la reforma del Derecho penal alemán no está, sin embargo, en los presupuestos de la punibilidad, sino en las penas y medidas. La tendencia general del nuevo Derecho se puede designar mediante la expresión: penas, tan pocas como necesarias; ayudas, tantas como posibles.

Espina dorsal del sistema de penas seguirá siendo también en el futuro la *pena privativa de libertad*, puesto que es la única clase de pena adecuada para la criminalidad grave y media, así como para la reincidencia (parágrafo 48), y como pena subsidiaria de privación de libertad se impone incluso cuando no se ha cobrado la pena pecuniaria. Sin embargo, hasta el límite de un mes, la pena de privación de libertad está completamente suprimida (parágrafo 38, párrafo 2.º), y la de un mes hasta seis meses se sustituye normalmente por una pena pecuniaria, y únicamente se aplica como "ultima ratio" (parágrafo 47). El Anteproyecto de Bases español no persigue los mismos objetivos; antes bien, al contrario, en la Base Séptima, 5, se prevé expresamente, como tipo de pena más extraordinario la de "arresto menor", con una duración de un mes como máximo. El futuro dirá si las penas cortas, de las que sólo prescinde el Derecho alemán, en tanto que el español las mantiene, pueden ser adecuadas aún en determinados casos aislados. Hay que añadir, que el cumplimiento de las penas privativas de libertad queda sensiblemente disminuido mediante un notable incremento de la condena condicional (parágrafos 56 a 58). El cuadro de la medición de la pena en la práctica es, pues, el siguiente: cerca del 85 por 100 de todos los delitos cometidos por adultos, que llegan a conocimiento de los Tribunales, son acreedores de la pena de multa, y un porcentaje de menos del 5 por 100 de ellas se convierten en arresto sustitutorio. Las estadísticas muestran que en más de la mitad de los casos de penas privativas de libertad, el cumplimiento se asemeja a la libertad condicional, si bien cerca de la mitad de estas penas, por revocación de la suspensión de la pena, han de ser en último término, ejecutadas. En todo caso, las actuales sanciones en no más del 10 por 100 de todos los casos juzgados, consisten en penas privativas de libertad que, efectivamente, llevan al condenado tras los muros de la prisión. Por esta causa, la población de los establecimientos penitenciarios han disminuido, lo que favorece de modo extraordinario el trabajo de reeducación durante el cumplimiento de la pena.

La más importante innovación en el ámbito de las penas privativas de libertad (prescindiendo de las penas para los jóvenes y del arresto penal para soldados), es que sólo hay una *pena unitaria* (parágrafo 38), en cuyo cumplimiento se hacen diferencias atendiendo únicamente a su duración y a la personalidad del condenado. El

Anteproyecto de Bases, por el contrario, pretende limitar el número de las penas privativas de libertad en contraposición al sistema vigente, pero mantiene nada menos que cuatro clases (reclusión, prisión, arresto y arresto menor). La pena de reclusión, con sus perniciosos efectos para la futura vida del condenado en sociedad, ha sido abolida, pero se mantiene en el nuevo Derecho, a pesar de las acerbas críticas la pena de prisión perpetua, que no conoce el Derecho español, aunque prácticamente se acerca a la pena de prisión perpetua el límite de treinta años, como pena máxima a imponer según el Derecho vigente y que se mantiene en el Anteproyecto de Bases. La formalidad y el rigor del Derecho penal contra las formas más graves de aparición de la criminalidad, que amenazan la paz jurídica y la seguridad pública en esta época de escalada de actos delictivos de carácter violento, debería ser clara y directamente comprensible para la colectividad.

Teniendo en cuenta el significado eminentemente práctico de la *pena de multa*, su reforma representa otro punto esencial del nuevo Derecho. Con la introducción del sistema escandinavo de los días-multa (parágrafo 40), en lugar del antiguo sistema del importe total, pretende el legislador configurar la pena de multa de manera más justa. Dentro del procedimiento de medición de la pena se pueden distinguir claramente dos momentos: El número de los días-multa se mide de acuerdo a la culpabilidad y a la finalidad preventiva (parágrafo 46, párrafo 1.º), y la cuantía de los días-multa, por el contrario, según la capacidad económica del acusado, partiendo el juez de los ingresos netos que perciba el autor o que pudiera percibir en un supuesto aprovechamiento de su capacidad laboral. El importe mínimo de la pena de multa alcanza en Derecho alemán a la cantidad de 10 marcos (alrededor de 240 ptas.), es decir, cinco días-multa de 2 marcos cada uno; según el Anteproyecto, 500 pesetas. Mientras que en España se quiere fijar el límite máximo para la generalidad de los casos en 500.000 pesetas, en la Base Séptima, 6, en Derecho alemán, se permite fijar el día-multa hasta en 10.000 marcos (unas 240.000 ptas.) en el caso de autores con gran capacidad económica con lo cual, en un caso de trescientos sesenta días-multa, supone una multa de 3.600.000 marcos (86 millones de pesetas). De esta forma, es posible llegar a este círculo de personas con la pena de multa. El legislador se promete mucho del sistema de los días-multa, contra el que, sin embargo, se han formulado críticas también en Escandinavia. Pero no sólo en la pena privativa de libertad, sino también en la pena de multa puede perdonarse al autor. En el caso de penas pecuniarias de hasta 180 días-multa, la *amonestación con reserva de pena* ofrece una nueva posibilidad de ello en nuestro Derecho. En las Actas se anota una determinada pena pecuniaria, cuya imposición, sin embargo, queda reservada para el caso de que el condenado no saliera airoso de la prueba durante el período de suspensión fijado por el Tribunal, entre uno y tres años. En el caso de que el plazo transcurra favorablemente, sólo

se mantiene firme la amonestación, y el condenado no tiene antecedentes penales, al contrario de lo que sucedería si la pena fuera ejecutada.

La pena, medida según la culpabilidad del hecho, permite asumir la función preventiva del Derecho penal, pero sólo con alcance limitado. Por motivos de seguridad de la colectividad, puede ser necesaria una privación de libertad más larga de lo que se merecía de acuerdo a la medida de la culpabilidad, y por motivos de reforma del condenado, otra influencia distinta de la que se ejerce en el ordinario cumplimiento de la pena. Atendiendo a estas razones, el nuevo Derecho ha adoptado el *sistema de doble vía o dualista*, de penas y medidas de seguridad (parágrafo 61), al igual que se prevé en el Anteproyecto de Bases.

El sistema existente ha sido notablemente mejorado, de modo que también las medidas de seguridad pueden considerarse punto esencial de la reforma.

Medidas de seguridad privativas de libertad (parágrafo 61, números 1 a 4) están constituidas por el internamiento en un hospital psiquiátrico, en un establecimiento de deshabitación o de terapéutica social y el internamiento en la custodia de seguridad. Esta última es aplicable, según los estrictos requisitos establecidos por el nuevo Derecho, sólo a criminales verdaderamente peligrosos. La casa de trabajo ha sido suprimida en atención al principio de proporcionalidad (parágrafo 62) porque la privación indeterminada de libertad supone una sanción demasiado dura para pequeños delincuentes. El centro de gravedad de las medidas de seguridad residirá, después del 1 de enero de 1978 en el establecimiento de terapéutica social, que está previsto para reincidentes peligrosos con trastornos graves de la personalidad, para delincuentes sexuales igualmente peligrosos, para delincuentes de tendencia menores de 27 años y para aquellos casos de incapacidad total o capacidad de culpabilidad disminuida, ya internados en hospitales psiquiátricos. Para disipar los reparos contra las medidas de seguridad privativas de libertad, cuyo cumplimiento es igual al de las penas privativas de libertad, el nuevo Derecho ha previsto en el parágrafo 67, fundamentalmente, la compensación en la sucesión temporal, de penas privativas de libertad y medidas de seguridad privativas igualmente de libertad; cuando hayan de ejecutarse ambas, se dará prioridad al cumplimiento de la medida, computándose el tiempo de ésta sobre el cumplimiento de la pena. Conjuntamente se crea la posibilidad de suspensión del resto de la pena cuando se hayan cumplido dos tercios del período total. También existe en el nuevo Derecho la suspensión condicional del cumplimiento de medidas de seguridad (parágrafos 67 b y c).

Medidas de seguridad sin privación de libertad (parágrafos 61, números 5 a 7) son la vigilancia de la conducta, de nueva creación, la privación del permiso de conducir y la inhabilitación. La vigilancia de la conducta (parágrafo 68 y siguientes), que ha substituido a la antigua vigilancia de la policía, y que no sólo debe tener ca-

rácter de garantía como ésta, sino que también aúna la protección de la comunidad con la ayuda social fijada, es, precisamente debido a esta doble naturaleza, problemática, pero difícilmente se puede prescindir de ella para el grupo de los delincuentes peligrosos y especialmente peligrosos. Su éxito o fracaso dependerá de la cooperación de los organismos supervisores de libertad vigilada creados en los Juzgados de Primera Instancia con encargados de libertad vigilada especialmente seleccionados y preparados, que deberán intervenir en la vigilancia de la conducta.

En suma, la reforma del Derecho penal alemán representa, tal como están en la nueva redacción del Código penal, un hito en su historia más significativo que todos los anteriores pasos legislativos. La parte dogmática del nuevo Derecho se limita, esencialmente, a codificar sólo los más importantes logros de la jurisprudencia y la doctrina, pero aún así, han alcanzado éstos tal grado de perfección teórica, que incluso el texto legal, aunque algunas cuestiones necesitadas de regulación quedan sin resolver; aventaja a cualquiera de las anteriores reformas penales. En Política Criminal el nuevo Derecho, con el paso de las penas privativas de libertad a las penas pecuniarias como clase de pena a imponer más frecuentemente, supone el comienzo de una nueva época, tan importante como en su día lo fue el paso de las penas contra la vida y aflictivas a las privativas de libertad. El establecimiento de terapéutica social abre el camino para la aceptación de los más modernos métodos terapéuticos en el tratamiento de los delincuentes, y ganará influencia en la configuración de la ejecución general de la pena. El nuevo Código penal no crea ninguna nueva Justicia criminal, pero hay aspectos en los cuales la Praxis, dentro de los límites del Estado de Derecho y sobre la base del principio de culpabilidad, puede realizar la protección del Derecho y de la sociedad en forma enérgica y humana.