

Penas y medidas de corrección y de seguridad en el Proyecto de Código penal alemán de 1958

EUGENIO CUELLO CALÓN
Catedrático de Derecho Penal

SUMARIO: 1. Los proyectos de reforma del Código penal alemán.—2. Proyecto de 1958. Su concepción de la pena.—3. Su sistema penal.—4. Las penas de privación de libertad.—5. Suspensión de la pena a prueba.—6. Pena pecuniaria.—7. Medidas de seguridad. a) Sistema adoptado por el proyecto. b) Internamiento en establecimiento de curación, de asistencia o de preservación. c) Internamiento en establecimiento de deshabitación. d) Internamiento en casa de trabajo. e) Condena como delincuente por tendencia. f) Custodia de seguridad. g) Custodia preventiva. h) Vigilancia de seguridad. i) Privación del permiso de conducir. j) Prohibición de profesión. k) Expulsión de extranjeros.

1. Pronto se cumplirá el medio siglo desde que Alemania inició la reforma de su Código penal. En 1909 se publica un anteproyecto de reforma del mismo, obra de una Comisión de juristas prácticos, desprovista de carácter oficial (1), y sobre su base trabaja más tarde una numerosa Comisión, que elaboró un proyecto terminado en 1913 (2). Los trabajos de reforma quedaron paralizados por la primera guerra mundial; reanudados en 1918 sus resultados cristalizaron en el proyecto de 1919, que representa un considerable progreso sobre los anteriores (3). En

(1) *Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Begründung*. Berlín, 1909. Sobre este anteproyecto: E. CUELLO CALÓN: *La reforma penal en Alemania* (separata de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia»), Madrid, 1914.

(2) *Entwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Strafrechtskommission*, Berlín, 1913.

(3) Fue publicado en enero de 1921 con el proyecto de 1913 y con una memoria referente a éste. *Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch, veröffentlicht auf Anordnung des Reichs-Justizministeriums*. I. *Entwurf der Strafrechtskommission* (1913). II. *Entwurf von 1919*. III. *Deutschrift zu dem Entwurf von 1919*. Berlín, 1921. Sobre este proyecto: E. CUELLO CALÓN: *El Proyecto de Código penal alemán de 1919* (separata de la «Rev. General de Legislación y Jurisprudencia»), Madrid, 1924.

1925 aparece un nuevo proyecto de carácter oficial y común a Austria, cuya legislación penal se aspiraba a unificar con la alemana (4); fué objeto de largo debate en el Reichsrat, que lo modificó en muchos puntos; el resultado de la discusión fué presentado al Reichstag como proyecto del ministro de Justicia, constituyendo el proyecto de 1927 (5). Este fué a su vez ampliamente debatido en el Reichstag, que terminó su tarea en 1930, siendo publicado en este año. El advenimiento del nacionalsocialismo paralizó los trabajos de reforma, que fueron reanudados en el otoño de 1933 y terminados en 1936 con un proyecto que no llegó a ser publicado (7). Finalmente, una comisión (denominada «Gran Comisión de Derecho penal») integrada por profesores universitarios, magistrados y funcionarios del Ministerio Federal de Justicia, ha preparado un «Proyecto de la Parte general de un Código penal» (terminado en diciembre de 1956 con Exposición de motivos) publicado en 1958 (8).

2. En este reciente proyecto, sin duda uno de los más interesantes entre los elaborados en Alemania, destaca con especial relieve la regulación de las penas y de las medidas de corrección y de seguridad, tema que es objeto de este trabajo.

De acuerdo con la doctrina y jurisprudencia predominantes en este país la pena se concibe en el proyecto como retribución. La pena debe corresponder a la culpabilidad del agente y, aun cuando no descuide las funciones de prevención especial y prevención general, es en su íntima esencia compensación de la culpabilidad. Esta fué la opinión manifestada por la gran mayoría de los miembros de la comisión redactora al iniciar sus trabajos. Incluso el profesor Eb. Schmidt, cuyas ideas daban la impresión de que se

(4) *Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch nebst Begründung*, Berlín, 1925.

(5) *Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung und zwei Anlagen*. Publicado por el Reichstag el 19 mayo 1927.

Sobre este proyecto y los anteriores, véase V. HIPPEL: *Deutsches Strafrecht*, 1.º, Berlín, 1925, págs. 358-368; 2.º, Berlín, 1930, págs. 1-12. MEZGER: *Tratado de Derecho Penal*, 2.ª edic., I, págs. 88-94.

(6) *Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs*. Edición Kohlarusch, Berlín y Leipzig, 1930.

(7) Las bases de esta reforma hállanse en las relaciones de los componentes de la Comisión que preparó este proyecto. Vid. GÜRTNER: *Das kommende deutsche Strafrecht*. Parte 2.ª edic. Parte general. Berlín, 1935. Parte especial, Berlín, 1936.

(8) *Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Grossen Strafrechtskommission in erster Lesung (abgeschlossen in Dezember 1956) mit Begründung*. Bonn, 1958.

Para auxiliar el trabajo de los miembros de la Comisión encargada de la reforma han sido publicados dos volúmenes que contienen una abundante recopilación de derecho comparado referente a las más importantes materias de las Partes general y especial del Derecho penal. *Materialien zur Strafrechtsreform*, I, *Allgemeiner Teil*, Bonn, 1954; II *Bersonderer Teil*, Bonn, 1955. Este trabajo ha sido llevado a cabo por el Instituto de Derecho Penal Extranjero e Internacional de la Universidad de Friburgo en Brisgovia.

pronunciaría a favor de la prevención especial, puso en claro que se trataba de una mala inteligencia y destacó que lo decisivo para el juez era la culpabilidad del agente (9). El principio «no hay pena sin culpabilidad» (§ 2.º del proyecto)—que con el principio de legalidad «no hay pena sin ley previa» (§ 1.º del mismo), constituyen sus principios fundamentales—, no permiten asignar a la pena otra diversa finalidad preponderante. El proyecto, alejándose de novedades revolucionarias peligrosas, con un sentido de loable prudencia, se mantiene en la dirección de ciertos códigos penales, como el italiano y el suizo, en los que sus cimientos clásicos se armonizan felizmente con los progresos científicos.

Algunos han tachado el proyecto de reaccionario; se ha dicho que en el extranjero se siguen orientaciones muy diversas, que los congresos internacionales dan la impresión de que la dirección de la «defensa social» gana terreno, mas estos juicios no conmueven la firme postura de la ciencia penal alemana. «Nosotros—escribe el profesor Heinitz—debemos perseverar en nuestra orientación fundamental, y puede observarse que también en el extranjero muy numerosas opiniones se mantienen firmes en la idea de la culpabilidad-expiación, o vuelven a ella» (10).

3. El proyecto contiene dos grupos de penas: penas principales y accesorias; principales son solamente las privativas de libertad y las pecuniarias.

En su sistema penal no ha sido acogida la de muerte; no se prevé por haber sido abolida por la Constitución de 1949 (artículo 102), (11), y, como es lógico, y así se manifiesta en la exposición de motivos, los trabajos de elaboración del proyecto han de acomodarse a ella en su actual configuración. «Si la lucha a favor o contra la pena de muerte, que conmueve profundamente a la comunidad no tranquilizada todavía—prosigue la exposición de motivos—, motivará una reforma de la Constitución no se puede prever. Esta decisión corresponde a los organismos legislativos competentes. La Gran Comisión de Derecho penal se ha abstenido has-

(9) *Die erste Arbeitstagung der Grossen Strafrechtskommission*, in-forme del Dr. DREIER, miembro de la misma. *Beilage zum Bundesanzeiger* de 14 de septiembre de 1954, pág. 1.

(10) *Der Entwurf des Allgemeinen eils des Strafgesetzbuches vom kriminalpolitischen Standpunkt*, en *Zeitschrift f. ges. Strafrechtswissenschaft*, 1958, 1.º, pág. 4.

(11) Tampoco ha sido acogida, hecho sorprendente, en la reciente ley militar de 30 de marzo de 1957 (véase RODRÍGUEZ DE VERA: *La nueva Ley Penal Militar Alemana*, separata del *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político*, núms. 16/18 de 1957. Universidad de Salamanca, pág. 67). Tan extensa abolición de esta pena proviene, sin duda, de la amplia fórmula del precepto constitucional: «la pena de muerte queda abolida». A diferencia de otras constituciones modernas—como la italiana de 1947 (art. 27) y la cubana de 1940 (art. 25), que excepcionalmente la mantienen en las leyes militares—, en la alemana no se hace excepción alguna.

ta ahora de tomar partido sobre este punto» (12). ¿Significan estas palabras la posibilidad de una reforma constitucional que restablezca la abolida pena? Por lo menos parecen no excluirla. En Alemania no ha existido un arraigado movimiento abolicionista; en realidad no se esperaba su abolición. Alegró a muchos, pero ha asombrado a todos, escribía Mittermaier, que atribuye la adopción de esta medida a los enormes abusos del nacionalsocialismo (13). Bader también se ha manifestado receloso de su supresión (14). Existe un movimiento a favor de la reintroducción de esta pena, y varios partidos políticos han formulado reiteradas peticiones para conseguirla (15).

4. Las penas de privación de libertad contenidas en el proyecto son: reclusión (*Zuchthaus*), prisión y arresto penal. En el Código vigente son: reclusión, prisión, encierro (*Einschliessung*) (15 bis) y arresto. No obstante la supresión de la pena de encierro contiene aún el proyecto tres penas de privación de libertad, variedad penal que lo aleja considerablemente de la pena única que actualmente posee, como es sabido, gran aceptación entre los penólogos y va abriéndose camino en los sistemas penales (16). Las razones alegadas en la exposición de motivos para justificar la repulsa de unificación de estas penas son: que en un Derecho penal basado sobre la culpabilidad la pena no debe ser graduada por

(12) *Begründung*, pág. 49.

(13) *Die Todesstrafe in Deutschland abgeschafft*, en «Sweizerische Zeitschrift für Strafrecht», 1949, págs. 369 y sigs.

(14) Difícilmente puede negarse—dice—que abolir la pena de muerte en una época en que han aumentado considerablemente los delitos graves de violencia, parece peligroso. *Soziologie der Deutsche Nachkriegskriminalität*, Tubinga, 1949, pág. 193.

(15) Vid. E. CUELLO CALÓN: *La Moderna Penología*, Barcelona, 1958, pág. 193.

(15 bis) Pena introducida por la tercera ley de reforma penal de 4 de agosto de 1953. Sustituye a la abolida «detención en fortaleza».

(16) En Holanda en el vigente Código de 1881, en Méjico, Puerto Rico, Costa Rica, Paraguay, recientemente en el Código penal de Abisinia. La ley criminal de Groenlandia de 1954 sólo posee una medida de privación de libertad: el «internamiento de seguridad». En Inglaterra, el *Criminal Justice Act 1948* ha suprimido las penas de trabajos forzados y servidumbre penal, dejando reducida la privación de libertad a la prisión, si bien ha creado dos nuevas medidas privativas de libertad para los delincuentes habituales: la educación correctiva (*corrective training*) y la detención preventiva (*preventive detention*), que son, en realidad, penas indeterminadas más que medidas de seguridad. En el reciente proyecto sueco, denominado «Código de protección», se establece una sola pena de privación de libertad: la «prisión», pero se incluyen dos medidas de seguridad, privativas de libertad, «educación protectora» e «internamiento protector» (*The Protective Code*, Estocolmo, Departamento de Justicia, 1957, capítulos II, V, VI). En los trabajos de revisión del Código penal suizo se examinó la sustitución de las tres actuales penas privativas de libertad (reclusión, prisión, arresto) por una pena única; no obstante, se acordó: que las penas de reclusión y prisión pudieran ser ejecutadas en el mismo establecimiento, lo que constituye un importante avance en el camino hacia la pena única. Vid. E. CUELLO CALÓN, obra citada, pág. 278 y sigs.

su duración, sino también por su clase; sería inconciliable con un derecho penal así fundamentado si a un asesino y un delincuente por imprudencia se les señalara la misma clase de pena. Semejante solución estaría en pugna con las convicciones populares y no sería comprendida por la generalidad. Por otra parte, empobrecería el sistema de reacciones empleado hasta ahora, dificultando la adecuación de las consecuencias jurídicas del delito al hecho y al agente: además sería peligroso desde el punto de vista de la política criminal, porque la renuncia a la reclusión en un sistema de penas sin pena de muerte daría la impresión de una depreciada valoración del contenido del injusto y podría originar un aumento de la criminalidad más grave (17).

Como en el Derecho vigente, la *reclusión* (*Zuchthaus*) es temporal o perpetua. El proyecto eleva su duración hasta veinte años (quince en el Código en vigor), elevación explicable por la supresión de la pena de muerte; su *mínimum* se eleva a dos años (uno en la actualidad). Las disposiciones contenidas en el Código penal referentes al trabajo de los condenados a estas penas (§ 15) no figuran en el proyecto.

Es seguro, reconoce la exposición de motivos, que la condena a esta pena dificulta la rehabilitación del delincuente, pero de este hecho sólo puede inferirse que debe quedar reservada para aquellos sujetos respecto de los cuales la idea de expiación y de prevención general debe tener la primacía sobre la aspiración a la resocialización y a la prevención especial. También se considera seguro que entre la detención y la prisión sólo son posibles diferencias secundarias, de modo que la futura regulación de la ejecución penal deberá limitarse principalmente a la separación de los condenados a estas penas; pero, no obstante, manifiesta asimismo la exposición de motivos, la diferencia esencial entre ambas deberá tener su fundamento no en sus modalidades de ejecución, sino en el derecho material (18). Semejantes diferencias radican especialmente en las consecuencias específicas de la pena de reclusión, consistentes en la pérdida de la capacidad para desempeñar cargos públicos y para la obtención de derechos por elección pública y en la pérdida de dignidades y títulos públicos (§ 45).

Su aplicación se reserva para la gran criminalidad. Bajo este concepto se comprenden los culpables de asesinato, homicidio, genocidio, lesiones graves, secuestro, robo de niños con fin de obtener su rescate, robo, etc.; pero también están aquí comprendidos aquellos delincuentes que más por el tipo de agente que por el tipo del delito deben ser considerados como criminales por cometer tipos delictivos graves, aunque no los más graves (como hurtos, estafas), movidos por una obstinada actitud antijurídica, en particular los criminales profesionales.

(17) *Begründung*, pág. 50.

(18) *Begründung*, pág. 50.

La pena de *prisión* (*Gefängnis*), que sigue en gravedad a la reclusión, tiene señalada una duración de un mes a diez años, muy superior a la fijada por el derecho actual, que es de un día a cinco años (§ 16). La disposición del Código penal referente al trabajo de estos condenados (§ 17) ha sido suprimida en el proyecto.

La razón del aumento de su duración se halla en el hecho de la limitación de la reclusión al castigo de la gran criminalidad y, por otro lado, en que una parte de las contravenciones (*Übertretungen*)—infracciones que desaparecen en el proyecto (19)—se elevan a delito. Está destinada a la represión de la criminalidad grave y de la criminalidad media, mientras que la reclusión se reserva para los hechos más graves y para los autores de hechos graves caracterizados por su obstinada actitud antijurídica, y el arresto penal para los hechos más leves y para los ocasionales de ínfima delincuencia. En la ejecución de esta pena ha de presidir la idea de resocialización, que debe ser asegurada mediante las disposiciones referentes a su ejecución, que deberán estar contenidas en una ley de ejecución penal (20).

Una nueva pena privativa de libertad, el *arresto penal*, nombre propuesto por el profesor Welzel, figura en el proyecto (20 bis). El vigente Código penal posee la pena de «arresto», que se aplica a las contravenciones, pero como este grupo de infracciones ha sido eliminado del proyecto el arresto queda sin base. Se prevén dos formas de arresto penal: el arresto continuo y el de tiempo libre; aquél durará de una semana a seis meses, éste, de uno a cuatro tiempos libres; un tiempo libre semanal durará de treinta y seis a cuarenta y ocho horas, equivaliendo a un arresto continuo de dos días (§ 51). El arresto de tiempo libre tiene su precedente en las leyes alemanas de Tribunales juveniles de 6 de noviembre de 1943 (§ 8, 3) y en la vigente de 4 de agosto de 1953 (§ 16, 2) y es análogo

(19) El vigente Código adopta la clasificación tripartita de las infracciones: crímenes, delitos, contravenciones (§ 1); el proyecto sigue la bipartita: crímenes, delitos (§ 12).

(20) *Begründung*, pág. 51.

(20 bis) En los trabajos de preparación del proyecto se abordó el problema de las penas cortas de prisión. El ponente, Profesor WELZEL, se mostró partidario de su mantenimiento como pena de escarmiento para los delincuentes de ocasión; los restantes miembros de la Comisión, con excepción del Profesor SCHMIDT, partidario de su supresión, se pronunciaron a favor de estas penas. Duramente combatidas, han triunfado en el seno de la Gran Comisión de Derecho penal, que ha incluido en el proyecto el «arresto penal», pena corta de privación de libertad, de clase peculiar, distinta de la prisión y de la reclusión. Esta pena, se acordó en los trabajos de la Comisión, no quedará sometida a las normas comunes de ejecución penal, ni a la regulación ordinaria del registro de antecedentes penales, y será configurada como una clase de pena independiente. Primera y segunda sesión de los trabajos de la Gran Comisión de Derecho Penal. Suplementos del *Bundesanzeiger*, del 14 de diciembre de 1954, pág. 6, y del 9 de diciembre del mismo año, págs. 11 y sigs.

al régimen de los *Attendance Centres* creados en Inglaterra por el *Criminal Justice Act* 1948 para los menores de doce a veintitún años. Los condenados a esta pena la cumplirán con separación de los condenados a penas de otra clase (§ 51).

La nueva pena, declara la exposición de motivos, está destinada a determinados grupos de delincuentes para los que la pena de prisión representa una grave mácula moral y puede originar indeseables consecuencias para la vida y situación profesional del condenado, y a los que una pena pecuniaria dejaría insignificante impresión. Se reserva especialmente para hechos pequeños o de infima criminalidad, como sustracción de objetos de exiguo valor en caso de angustia económica (*Notwendung*), la estafa de los mismos objetos por idéntico motivo (*Notbetrug*), el hurto de objetos alimenticios en pequeña cantidad y de insignificante valor para consumirlos inmediatamente (*Mundraub*) y para otras infracciones, como injurias, allanamiento de morada, lesiones leves, delitos de tráfico y muy particularmente para los delitos de imprudencia. En esta pena la idea de resocialización está en segundo término, pues su realización requiere un influjo de más larga duración; más bien predomina en ella el sentido de escarmiento infligido al agente cuando una pena pecuniaria no es suficiente y una larga pena de privación de libertad sea demasiado dura. Esta pena preventivo-intimidativa es, como ha sido denominada certeramente, una pena de «sacudimiento» o de «reflexión», efecto sólo probable en aquellos delincuentes cuya conducta, hasta el momento del delito, haga esperar que el escarmiento bastará para preservarles en el porvenir de posibles extravíos.

El § 53 del proyecto, referente a la elección entre la prisión y el arresto penal, establece que esta pena no podrá ser impuesta a los sujetos incapaces de resistir la tentación de delinquir; tratándose de hechos dolosos sólo será aplicable cuando el agente haya obrado con escasa culpabilidad, y en los culposos en los casos en que no haya obrado con completa ausencia de escrúpulos o con grave culpa. Para estos individuos, manifiesta la exposición de motivos, sería inadecuada una corta pena de prisión, porque ésta representa un grave juicio desvalorativo con sus perjudiciales efectos y porque les expondría al peligro del contagio criminal mientras estuvieran sometidos a la ejecución de la pena. Estos inconvenientes sólo pueden ser evitados con una corta pena privativa de libertad de nueva clase que exprese un suave juicio desvalorativo y que sea ejecutada con completa separación de la prisión. La regulación de esta pena ha de ser complementada, fuera del Código penal, con disposiciones relativas a su ejecución y al registro penal (22).

El proyecto no ha incluido entre las penas de privación de

(21) *Begründung*, pág. 51.

(22) *Begründung*, pág. 51.

libertad ninguna forma de «custodia honesta». La pena de «encierro» (*Einschliessung*) (23), que por la tercera ley de reforma del Código penal de 1954 ha sustituido al «arresto en fortaleza» (*Festungshaft*), no es pena deshonrosa (Dreher, Mezger). También como sustitutivo de esta pena fué incluida en el proyecto de 1919 (§ 47) en el que constituía una especie de «custodia honesta» reservada en su parte especial para los delitos de carácter político y para los casos en que no fuera suficiente la pena pecuniaria o la de reprobación y la pena de prisión resultare excesivamente dura, y establecía para su ejecución un régimen benévolo análogo al del vigente Código penal (§ 17, 2). De igual modo el proyecto de 1925, inspirado en las ideas del profesor Radbruch, sobre el tratamiento del delincuente «por convicción» (*Überzeugungsvbrecher*), estableció la misma pena, la de encierro, con el carácter de «custodia honesta», cuando el motivo preponderante en el agente consistiera en que éste por sus convicciones morales, religiosas o políticas, se considerase obligado a la ejecución del hecho (§ 71). También se halla en el proyecto de 1930 como sustitutivo de las penas de reclusión y de prisión cuando el agente haya obrado por móviles respetables y el hecho, por su naturaleza y modo de ejecución o por sus consecuencias imputables al agente, no sea especialmente reprochable (§ 72).

No obstante estos precedentes, el proyecto no ha acogido ninguna pena de esta naturaleza. En las deliberaciones de la comisión ha prevalecido la opinión de que otorgar una situación de privilegio al denominado *Überzeugungstäter*, mediante la creación de una clase especial de pena que acredite el obrar honorable del agente, debe ser rechazado, basta con que en la medida de la pena se tomen en cuenta los móviles respetables y se establezcan para ciertas figuras de delito especiales casos leves y alcanzar por este medio una atenuación de la pena. Esta solución ha sido recomendada en las deliberaciones de la comisión, especialmente para los delincuentes por convicción política. Asimismo tampoco se prevé una clase especial de pena para los que delinquen por motivos de conciencia (*Gewissentäter*), que obran en el supuesto equivocado de que el derecho formal de la ley es un injusto material y que, por tanto, no les obliga. Estos serán tratados conforme a las normas del «error de prohibición» (*Verbotsirrtum*, § 20 del proyecto) y a la solución anterior para el delincuente por convicción política. Tampoco establece el proyecto ninguna especial «custodia honesta» para los delincuentes por imprudencia. En estos casos, si su culpabilidad es pequeña se aplicará el arresto penal, en casos de mayor culpabilidad entrará en juego la pena de prisión superior a seis meses como co-

(23) Traducimos literalmente; quizá el término «reclusión» sería más adecuado, pero lo hemos empleado como versión de «Zuchthaus», por ser ésta la comúnmente empleada por los penalistas de lenguas latinas.

responde a la más grave valoración del injusto. Mas todas estas consideraciones sobre la «custodia honesta», manifiesta la exposición de motivos, necesitan un repaso cuando se prepare la parte especial del proyecto (24).

5. Complemento del sistema de penas de privación de libertad es la «suspensión de la pena a prueba» (*Strataussetzung zur Bewährung*). Responde en el proyecto al tipo del *sursis* francobelga, pero contiene elementos que denotan un marcado influjo del sistema anglosajón de *probation*.

La suspensión de la pena a prueba fué introducida por la tercera ley de modificación del Derecho penal de 4 de agosto de 1953, que estableció una regulación muy análoga a la contenida en el proyecto, que en este punto se ha limitado a tomar en cuenta las experiencias recogidas en los pocos años transcurridos desde su introducción.

La suspensión de la condena, después del año 1903 en el que los Gobiernos de los Estados alemanes acordaron determinados principios para su otorgamiento, formó parte integrante de la administración de justicia, pero hasta la tercera ley de modificación del Derecho penal antes aludida, con excepción del Derecho penal juvenil, se había desarrollado dentro del ámbito de la gracia. El proyecto se aparta de esta concepción; la comisión redactora acordó que «en el futuro Derecho penal la condena condicional será configurada como una institución jurídica del sistema penal y no como una concesión graciosa» (25).

Aun cuando el proyecto no ha sido insensible al influjo anglosajón no ha acogido el sistema seguido en los países escandinavos y en Estados Unidos de interpolar la prueba en el procedimiento penal con el fin de poder abstenerse de su incoación o de su ulterior desarrollo cuando el inculpado haya tenido conducta satisfactoria durante el período de prueba. Esta solución procesal ha sido utilizada en Alemania por algunos jueces después de la entrada en vigor de la Ley de Tribunales Juveniles de 4 de agosto de 1953, pero la mayoría la ha combatido como contraria a la ley (26).

En ciertos países, como es sabido, en Estados Unidos e Inglaterra, se utiliza ampliamente el llamado sistema de prueba (*probation*); asimismo se aplica en Suecia desde 1944 (27). En este

(24) *Begründung*, pág. 52.

(25) Trabajos de la tercera sesión de la Gran Comisión de Derecho Penal, en *Beilage zum Bundesanzeiger*, de 17 de febrero de 1955, pág. 9.

(26) *Begründung*, pág. 74.

(27) El proyecto de reforma penal denominado «Código de Protección», introduce, con independencia de la sentencia condicional, el sistema de «prueba» (*probation*). El proyecto emplea la palabra «skiddstillsyn», «atención protectora» o «vigilancia protectora»; pero en la traducción inglesa se ha empleado el término «probation» como el más comúnmente aceptado. *The Protective Cole*, págs. 21 y 38.

sistema el período de prueba comienza después de la declaración de culpabilidad, y en él no se suspende la ejecución de la pena sino el pronunciamiento de la sentencia. La exposición de motivos del proyecto reconoce sus ventajas: su extraordinaria adaptabilidad a las exigencias de cada caso; desde el punto de vista de la lucha contra el delito, su superioridad sobre las demás formas de la libertad condicional; en caso de fracaso del agente en la prueba, facilita adoptar una decisión sobre la cuestión de la pena y su cuantía que dé satisfacción al fin de prevención especial; además, mediante la separación entre la declaración de culpabilidad y la sentencia se realiza una cisura en el procedimiento que permite ofrecer al agente una posibilidad de prueba y le evita la mácula del castigo cuando se justifica la confianza en él depositada. Esta forma de prueba, declara la exposición de motivos, facilita en modo especial la reincorporación social del agente (28).

Mas no obstante sus excelencias, el proyecto no ha acogido este sistema. Existen vacilaciones para su admisión, especialmente desde el punto de vista de un consecuente derecho penal fundado sobre la culpabilidad. La mera declaración de culpabilidad no es medida suficiente para traer de modo enérgico ante los ojos del agente la reprobación de su conducta. Existe el peligro de que una mera declaración de culpabilidad sin determinación ni pronunciamiento de una pena, como sanción estatal, se conciba como desprovista de contenido sensible. Además las indagaciones para la determinación de la pena se agravan considerablemente cuando ha transcurrido largo tiempo desde la declaración de culpabilidad hasta el momento de decidir sobre la pena imponible (29).

De acuerdo con el derecho vigente el proyecto aplica la suspensión de la pena solamente a penas de privación de libertad, a la prisión no superior a nueve meses y al arresto penal. Los proyectos de Radbruch de 1922 y los de 1925 y 1930 extendían su aplicación a la pena pecuniaria, mas esta orientación ha sido desechada en el proyecto de 1958 por las razones siguientes: Aun cuando la amenaza de ejecución de una sensible pena pecuniaria pueda, a veces, contener al condenado en la realización de ulteriores hechos punibles, por lo general no será tomada en serio a causa de su débil eficacia. Por otra parte existen importantes razones de política criminal que militan a favor de la suspensión de las penas privativas de libertad, pero no a favor de la pena pecuniaria. La principal es que aun cuando en ciertos casos aquellas penas no son provechosas y hasta pueden ser perjudiciales deben ser aplicadas en los casos en que sean necesarias. A la inclusión de la pena pecuniaria puede renunciarse, declara la exposición de motivos (30), porque los preceptos referentes a la determinación de su cuantía y

(28) *Begründung*, pág. 74.

(29) *Begründung*, pág. 75.

(30) *Begründung*, pág. 76.

a los medios de facilitar su pago, así como a las posibilidades previstas en la ley de ejecución penal para prescindir de la ejecución de la pena subsidiaria privativa de libertad o para su suspensión, son por completo suficientes para satisfacer las necesidades del tratamiento individual de los condenados.

La naturaleza jurídica de esta medida no se manifiesta claramente en el proyecto. Del § 84, que regula la cuestión de la pena conjunta y la suspensión de la pena, se desprende en opinión del profesor Heinitz, que se trata de una mera modificación de la pena privativa de libertad referente a su ejecución y no de una clase propia de pena (31). Desde el punto de vista del derecho vigente, muy análogo al del proyecto, los penalistas alemanes lo consideran generalmente como una pena; no obstante, algunos mantienen opinión diversa (32).

La mayoría de las disposiciones contenidas en el proyecto sobre suspensión de la pena, supuesto previo para su concesión, exclusión de la suspensión, duración del plazo de prueba, sumisión a la vigilancia de un delegado (*Bewahrungshelfer*) que auxilie y asesore al condenado y vigile el cumplimiento de las condiciones de vida impuestas y su comportamiento, etc., etc., son esencialmente análogos a las del Derecho vigente.

6. No obstante las ventajas que generalmente se atribuyen a la pena pecuniaria, no obstante ser considerada como indispensable medio penal, y así lo reconoce la exposición de motivos, su regulación constituye una tarea difícil de realizar de modo perfecto. El proyecto parte de la idea de que los defectos de la vigente ordenación de esta pena no se superan con la sola modificación de algunos preceptos, sino con una completa reorganización sobre una base nueva y social. Dicha base es el «sistema de las días multa». «Como es bien conocido, ésta constituye la especial regulación de dichas penas en Suecia, Dinamarca y Finlandia. El proyecto sólo acoge la idea fundamental del sistema y lo configura independientemente de sus particularidades, pues en la República Federal Alemana, declara la exposición de motivos, existen condiciones y concepciones que no permiten ninguna adopción de regulaciones extranjeras (33). Su idea fundamental puede describirse así: La

(31) *Zeitschrift f. ges. Strafrechtswissenschaft*, 1958, pág. 10.

(32) WELZEL considera esta medida como una verdadera pena (*Das deutsche Strafrecht*, 4.^a edic., Berlín, 1954, pág. 185); MEZGER opina que, aun sin perder este carácter, se halla influida por la idea de prevención general (*Strafrecht*, I, 5.^a edic., Munich-Berlín, 1954, pág. 266); para SCHRÖDER es una especial clase de pena (*Bedingte Verurteilung*, en «*Neue Juristische Wochenschrift*», 1952, pág. 7); según MAURACH, es, en apariencia, una pena especial de privación de libertad, pero, en realidad, es una medida de corrección (*Deutsches Strafrecht*, A. T., Karlsruhe, 1954, pág. 661); E. SCHMIDT la estima como una medida de seguridad y de corrección (*Zeitschrift f. gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1951, pág. 7).

(33) *Begründung*, pág. 56.

pena pecuniaria debe estar en una determinada relación con el ingreso diario o con los gastos del agente, de modo que para la obtención del fin de la pena quede sometido a un determinado número de días del más extremo ahorro. Para conseguir este objeto debe el juez fijar una unidad de cálculo, el día-multa, su número en correspondencia con el injusto del hecho y con la culpabilidad del agente, y su cuantía en correspondencia con las circunstancias personales y económicas del mismo (34).

Sobre estas ideas configura el proyecto en su § 56 la regulación de los días de multa, cuya duración será de un día como mínimo y de trescientos sesenta como máximo, pero conforme a su § 71 (formación de la pena conjunta) puede ésta ascender a setecientos veinte días.

La determinación de la cuantía de los días de multa, dispone el inciso 2, lo hará el tribunal teniendo en cuenta las condiciones personales y económicas del agente (también el derecho vigente toma estas últimas en consideración para determinar la medida de la pena pecuniaria, § 27 c, 1); su cifra mínima se fijará al menos en tres marcos y el máximo en 300 marcos. Así el límite máximo de la pena pecuniaria será de 108.000 marcos (360 veces 300), y en caso de pena conjunta, conforme al § 71, 216.000 marcos. El Código penal vigente (§ 27, 1) para crímenes y delitos fija su mínimo en cinco marcos y su máximo en 10.000; para las contravenciones el mínimo es de tres marcos y el máximo de 150 (§ 2, 27).

El juez, dispone el inciso 3 del § 56 del proyecto, hará constar en la sentencia el número y cuantía de los días-multa, así como el total de la multa.

El proyecto, de acuerdo con el derecho vigente (§ 28 Código penal), establece facilidades de pago cuando a causa de las condiciones personales o económicas del condenado no pueda exigírsele que satisfaga inmediatamente la pena pecuniaria; en tal caso el tribunal señalará un plazo de pago o le permitirá pagar la pena en determinadas fracciones (§ 59, 1). Es de esperar, exterioriza la exposición de motivos, que en el porvenir una más adecuada adaptación de la pena pecuniaria a las condiciones personales o económicas del agente refrenará de modo importante los abusos en el pago que actualmente gravan su práctica (35).

Estas facilidades podrán ser acordadas por el tribunal posteriormente o podrá modificarlas (§ 59, 2). También, como en el derecho vigente (§ 28, 2), se establece que si el condenado no satisface puntualmente los plazos o si sus condiciones económicas mejoran esencialmente, el beneficio podrá ser revocado.

El proyecto que otorga gran importancia al trabajo como medio de rehabilitación del delincuente no ha querido prescindir

(34) *Begründung*, pág. 56.

(35) *Begründung*, pág. 60.

dir de la posibilidad de cancelación mediante el trabajo en libertad acogida en el derecho vigente (§ 28 b) y cuyos resultados, parece, han sido de escaso valor. Semejante medio de extinción de esta pena se considera de especial importancia cuando, por ejemplo, a causa de un cambio importante en las condiciones personales o económicas del agente la exigencia de la pena pecuniaria no presente posibilidades de éxito y la ejecución de la pena de privación de libertad fuere una injusta dureza. En tales casos de renuncia a la pena privativa de libertad suplementaria establecida en el § 61 queda como último recurso de regulación de la pena pecuniaria, pero no es deseable ni desde el punto de vista de la culpabilidad ni desde el de la resocialización del delincuente. A la finalidad de la pena corresponde mucho mejor la cancelación de la pena pecuniaria por medio del trabajo (36).

En armonía con estas ideas declara el § 60, 1 del proyecto que el tribunal podrá permitir al condenado la cancelación de la pena mediante trabajo en libertad. El pago en días de trabajo equivale al pago en días-multa.

La posibilidad práctica de este medio de cancelación es, como manifiesta la exposición de motivos, una cuestión de organización que sólo puede ser resuelta venciendo graves dificultades. El Gobierno, dispone su inciso 2, podrá dictar, mediante reglamentos con la aprobación del *Bundesrat*, preceptos referentes a la autorización de una ocupación como trabajo en libertad, así como sobre la ejecución y vigilancia del trabajo. Mientras no haga uso de estas facultades, corresponderá su regulación más detallada a las autoridades superiores de los estados. Estos reglamentos, se expresa en la exposición de motivos, podrían asegurar su ejecución técnica más rápida y elástica que por la vía legislativa.

El proyecto termina su regulación de la pena pecuniaria con el establecimiento de una pena subsidiaria de privación de libertad en caso de que no pueda hacerse efectiva la multa impuesta. Un día de multa equivale a un día de privación de libertad (§ 61, 1). Por consiguiente son 360, y en caso de formación de pena conjunta (§ 71) setecientos veinte días de privación de libertad, la cifra máxima de la pena subsidiaria.

7. En los proyectos de reforma del Código penal alemán las medidas de seguridad aparecen por vez primera en el anteproyecto de 1909. Su número era muy reducido: el internamiento de gentes de vida disoluta y holgazanes en casa de trabajo (§ 42); la prohibición de concurrir a establecimientos de bebidas cuando el hecho punible deba atribuirse a embriaguez (§ 43), y, en caso de embriaguez habitual, su internamiento en asilo para bebedores, medida que estaba encomendada a la policía. En tan corto número de medidas fal-

(36) *Begründung*, pág. 60.

ta la mayoría de las que figuran en los proyectos posteriores; en particular es de notar la ausencia de la custodia de seguridad de criminales habituales que ya tuvo acogida en el proyecto suizo de Stoos de 1893, y el internamiento de delincuentes locos y de anormales peligrosos, medidas ambas que han sido incluídas en todos los subsiguientes trabajos alemanes de reforma penal.

El proyecto de 1919 introdujo la denominación de «medidas de corrección y de seguridad» mantenida en toda la labor de revisión legislativa y conservada en el Código en vigor. A partir de este proyecto se amplía el número de medidas con la creación de otras nuevas; aparecen el internamiento de seguridad de criminales peligrosos, el de locos y anormales mentales, el internamiento en establecimientos de deshabitación y la expulsión de extranjeros.

La ley de 24 de noviembre de 1933 contra los criminales habituales peligrosos y sobre las medidas de seguridad y corrección, de gran importancia en el desarrollo del Derecho penal alemán, acogió las medidas contenidas en los proyectos aparecidos anteriormente, a las que adicionó la castración de criminales sexuales peligrosos, actualmente abolida, y la prohibición del ejercicio de profesión. Todos se mantienen en el Código vigente, en el que también se ha incluído la privación del permiso de conducir automóviles (§ 42 m, que antes contenía la expulsión del *Reich*) (37).

El proyecto de 1958 comprende en su § 85 las siguientes medidas de corrección y seguridad:

1. Internamiento en un establecimiento de cura o asistencia.
2. Internamiento en un establecimiento de deshabitación.
3. Internamiento en una casa de trabajo.
4. Custodia de seguridad.
5. Custodia preventiva.
6. Vigilancia de seguridad.
7. Privación del permiso de conducir.
8. Prohibición de profesión.
9. Expulsión (del territorio federal).

No obstante estar el proyecto construído sobre el principio de la culpabilidad, que sólo permite la imposición de penas al culpable y sin rebasar medida de su culpabilidad (§ 2.º), es preciso,

(37) Con levisimas diferencias, las mismas medidas de seguridad fueron acogidas por la Comisión oficial de Derecho penal que bajo el régimen nacionalsocialista preparó el proyecto de Código penal, terminado en 1936, que no llegó a ser publicado. Eran estas medidas, que se denominaron «medidas de seguridad, de corrección y de curación», la custodia de seguridad, el internamiento en casa de trabajo, internamiento en un establecimiento para bebedores y de deshabitación, internamiento en un establecimiento de curación y de asistencia, castración de delincuentes sexuales, la interdicción del ejercicio de profesión, comiso, vigilancia de policía. Vid. *Das kommende deutsche Strafrecht*, A. I, págs. 150 y sigs.

declara la exposición de motivos, la adopción de un sistema de medidas que dentro de límites jurídicoestatales persigan finalidades político-criminales en los casos en que el sistema penal no sea suficiente, o cuando a causa de la incapacidad de culpabilidad del agente no sean aplicables. Tales fines político-criminales, que también persigue toda pena, pero que en este campo van más allá de la pena, son la resocialización de los agentes en peligro o peligrosos, es decir, su reincorporación a la comunidad, y la seguridad de ésta respecto de los delincuentes peligrosos. Las medidas adoptadas para la consecución de estos fines son las «medidas de corrección y de seguridad» con cuya denominación el proyecto, mediante la anteposición de la idea *corrección* frente al derecho vigente (que antepone en su denominación la de *seguridad*), quiere señalar el sucesivo rango que toma por base (38).

a) De acuerdo con estas ideas el proyecto ha adoptado el sistema de la doble vía (*Zweispurigkeit*), o dualista, el empleo de penas y medidas de seguridad. Frente a este sistema el llamado «monismo» o «unitarismo» aspira, como es bien sabido, a la fusión de aquellas (penas y medidas) en un conjunto único de sanciones. La lucha entre los partidarios de ambos sistemas, iniciada hace largo tiempo y mantenida ásperamente en el VI Congreso Internacional de Derecho penal (Roma, 1953), se reprodujo en la primera sesión de los trabajos de la Gran Comisión de Derecho penal (junio-julio 1954). El relator, profesor Eb. Schmidt, propugnó la fusión de las penas privativas de libertad y de la custodia de seguridad en un sistema unitario, tesis que no fué aceptada; el proyecto adopta el sistema dualista de separación entre penas y medidas (39).

La mayoría de las medidas de *corrección* y seguridad que el proyecto contiene ya se hallan en el Código vigente. Sus denominaciones han sido levemente alteradas; el término «establecimiento para bebedores o de deshabitación» que éste utiliza ha sido sustituido por «establecimiento de deshabitación» y «prohibición del ejercicio de profesión» por «prohibición de profesión». Nuevas son las medidas de internamiento en «un establecimiento de preservación» (*Bewahrungsanstalt*), la «custodia preventiva» (*vorbeugende Verwahrung*) y la «vigilancia de seguridad» (*Sicherungsaufsicht*). La expulsión de extranjeros, que en el derecho en vigor no figura en el cuadro de medidas de seguridad y de corrección por ser de la competencia de las autorida-

(38) *Begründung*, pág. 84.

(39) *Beilage zum Bundesanzeiger*, de 14 de septiembre de 1954, págs. 2 y 3.

La doctrina predominante en Alemania propugna la tesis dualista de separación entre penas y medidas de seguridad. La pena se dirige a la culpabilidad del agente y a la retribución del hecho; la medida toma en cuenta su peligrosidad para la seguridad de la comunidad (MEZGER, WELZEL, v. WEBER, SAUER, etc.).

des de policía, se configura en el proyecto, como en algunos anteriores, entre estas medidas.

b) En primer lugar regula el proyecto el *internamiento en establecimiento de curación, de asistencia o de preservación* para los que cometieren un hecho antijurídico en estado de incapacidad de culpabilidad o de capacidad disminuida (§ 86); internamiento, previsto también en el Código en vigor, para los que hubieren cometido un hecho punible en estado de inimputabilidad o de imputabilidad atenuada cuando lo requiera la seguridad pública (§ 42 b, 1). Este requisito ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de que debe existir la probabilidad de que el agente cometa en el porvenir hechos peligrosos para la colectividad. En vista de las dificultades que aquélla ha encontrado en la aplicación de este precepto, el proyecto ha concretado más claramente la hipótesis de internamiento, y así exige (§ 86, 1) que el peligro provenga del estado del agente y que sea grave, condiciones que no figuran en el texto en vigor, que no sólo se trate de un peligro para la colectividad, única condición requerida por la ley vigente, basta con que amenace a un solo individuo. Además, el proyecto manifiesta claramente que para juzgar el peligro es necesaria una valoración del agente y del hecho. Cuando concurren estos requisitos el tribunal ordenará el internamiento del sujeto en un establecimiento adecuado. La orden de internamiento, manifiesta la exposición de motivos, no puede ser sustituida por otra medida; el juez debe ordenarlo aun cuando especiales circunstancias, por ejemplo la vigilancia por parientes de confianza, justifiquen la esperanza de que el fin de la medida pueda ser alcanzado sin su inmediata ejecución (40). Sin embargo, cuando concurrieren estas especiales circunstancias el tribunal, con arreglo al § 86, 4, podrá suspender la ejecución del internamiento en establecimiento, y también es posible, al mismo tiempo, someter el condenado a la vigilancia y dirección de un delegado (*Bewährungshelfer*).

La regulación de este internamiento en derecho vigente es defectuosa. Conforme al § 32 b del Código penal, para la orden de internamiento y su ejecución es indiferente que exista o no una enfermedad que requiera tratamiento o un estado del agente que exija asistencia. De esta manera los delincuentes internados en dichos establecimientos, aun cuando éstos posean los medios que en ellos existen habitualmente, no pueden ser influidos de modo adecuado. Los internados de esta clase, manifiesta la exposición de motivos, desempeñan el papel de perturbadores y son cuerpos extraños en tales establecimientos. Esto es aplicable, sobre todo, a muchos psicópatas (41).

(40) *Begründung*, pág. 86.

(41) *Begründung*, pág. 87.

Con el fin de que en lo futuro sólo sean internados en los establecimientos de cura o de asistencia aquellos delincuentes para los que esté indicado el tratamiento de esta clase, prevé el proyecto en su § 86, 2 que el agente, a base del acuerdo del tribunal, será internado, según la índole de tratamiento especial que su estado exija, en un establecimiento de curación, de asistencia o en uno de preservación. De acuerdo con este precepto los delincuentes psíquicamente tarados que a causa de su estado no sean adecuados para ser internados en un establecimiento de curación o de asistencia, deben serlo en un establecimiento de *preservación*, que son establecimientos especiales o secciones de otros establecimientos. El proyecto, declara la exposición de motivos, sigue así las sugerencias de los psiquiatras, neurólogos, psicólogos y criminólogos. Dinamarca, que se ha anticipado en la organización de establecimientos especiales de custodia para psicópatas criminales, ha reunido desde hace largos años excelentes experiencias. Estos establecimientos, cuya detallada configuración debe quedar reservada a especiales disposiciones de ejecución, se conciben como un término medio entre los establecimientos penales y los de curación, destinados a desarrollar en ellos un influjo curativo-pedagógico llevado a cabo por psiquiatras, psicólogos y otro personal especializado, cuya función sería auxiliar a los delincuentes tarados psíquicamente para dominar sus perturbaciones y vencer sus inclinaciones peligrosas (42). Están destinados a sujetos psíquicamente anormales que la experiencia enseña no son apropiados para un tratamiento médico en un establecimiento de curación o de asistencia o para otros de métodos análogos, pero que, por otra parte, a causa de la índole de su personalidad, no son adecuados para la ejecución penal normal. El internamiento en un establecimiento de preservación (*Bewahrungsanstalt*), conforme al § 86, no es una medida independiente, sino una forma de ejecución del «internamiento en establecimiento» que puede ser practicado en un establecimiento de cura o de asistencia o en un establecimiento de preservación.

El tribunal, al tomar su decisión, podrá limitarse a acordar el internamiento en establecimiento o decidir la clase de éste (§ 86, 3). Hará una cosa u otra cuando sobre la base del dictamen del psiquiatra o de otro experto, que deberá ser oído antes de tomar tal decisión, se fije la clase de establecimiento conveniente o se determine mediante ulteriores averiguaciones.

Este internamiento en todas sus formas, conforme al § 96, 1, durará tanto como lo requiera la finalidad que se persigue con la medida.

c) El *internamiento en establecimiento de deshabitación* ya se halla en el proyecto de 1930 alternativamente con el internamiento en establecimiento para bebedores (§ 57), de igual manera

(42) *Begründung*, págs. 87 y 88.

en el de 1936 y en Código penal vigente (§ 42 c). Aun cuando sus resultados han sido buenos, las hipótesis para su aplicación están formuladas de modo poco preciso, por lo que necesitan ser aclaradas, son incompletas, por lo que deben ser ampliadas y con ello, declara la exposición de motivos, se ampliará el campo de aplicación de esta medida (43).

Los supuestos previos para su aplicación en el Derecho en vigor son muy semejantes a los contenidos en el proyecto (§ 87); la más esencial diferencia entre ambos se halla en la finalidad asignada a esta medida. El Código penal presupone para su imposición que el internamiento sea necesario «para habitar (al agente) a una vida legal y ordenada». Por tanto, debe existir la fundada posibilidad de que el agente, a causa de su tendencia a la embriaguez, cometerá en el porvenir hechos punibles. El proyecto (§ 87, 1) limita la extensión de esta probabilidad de futura delincuencia a la tendencia a cometer «graves» hechos punibles, y así excluye como fundamento de la orden de internamiento el peligro de comisión de hechos de poca importancia. Semejante limitación parte de la consideración de que el internamiento en un establecimiento de deshabitación, cuya duración es dos años y en caso de recaída hasta cuatro, constituye una limitación tan grave de la libertad del agente que debe existir una proporción entre la medida y el peligro que proviene del agente.

El proyecto ensancha el campo de aplicación de este internamiento. Mientras que conforme al § 42 c del Código penal sólo puede ser ordenado conjuntamente con una pena, el proyecto (§ 87) comprende también a los sujetos inimputables. Estos pueden ser internados en un establecimiento de cura o de asistencia cuando concurren las hipótesis previstas en el § 42 b del referido Código. Si éstas no concurrieren porque la incapacidad de culpa no tiene por base un estado de perturbación psíquica de cierta duración, como exige el § 42 b en conexión con el § 51 del mismo Código, o porque no exista ningún peligro para la seguridad pública en el sentido de su § 42 b, entonces no puede el agente, conforme al derecho en vigor, ser internado en un establecimiento de deshabitación. Conforme al proyecto (§ 87) su internamiento es posible no sólo cuando la incapacidad de culpa está probada, sino también cuando no esté excluida. Es distinto el caso del previsto en el § 86 en el que a consecuencia de la gravedad de la medida debe exigirse que para el internamiento en el establecimiento esté probada la inimputabilidad o la imputabilidad disminuida.

d) El *internamiento en casa de trabajo* es una de las más antiguas medidas aparecidas en los proyectos alemanes de reforma penal. Figura por vez primera en el anteproyecto de 1909 y sigue figurando en los posteriores. El Código en vigor limita este in-

(43) *Begründung*, pág. 88.

ernamiento, conforme a lo dispuesto en su § 42 d, a los vagabundos, mendigos y prostitutas condenados a penas de arresto para estimularles al trabajo y habituarles a una vida legal y ordenada. Pero este campo de aplicación parece demasiado estrecho. La casa de trabajo, manifiesta la exposición de motivos; debe ser utilizada contra todos aquellos delincuentes que por su repugnancia al trabajo o por su tendencia a una vida inestable o desordenada cometen hechos punibles y no pueden ser conducidos por el buen camino. Por esta razón el proyecto extiende esta medida a los condenados a prisión hasta nueve meses o a arresto penal a causa de un hecho punible cometido por repugnancia al trabajo o por inclinación a una vida desordenada o errante.

Esta no es una medida adecuada para criminales de gravedad, sobre todo para los que poseen una tendencia a cometer hechos graves o para los en que esta tendencia amenaza desarrollarse. Con el fin de limitarla a los delincuentes para los que es adecuada, el § 8, 3 excluye de su aplicación a los delincuentes por tendencia y a aquellos contra los que se ordene la custodia preventiva. El inciso 2 del § 88, de acuerdo con el derecho vigente, dispone que el condenado cuando sea incapaz para trabajar será internado en un asilo de inválidos.

Su duración es de dos años en el caso del primer internamiento; de cuatro años en el internamiento repetido.

e) *La condena como delincuente por tendencia* constituye una de las más importantes novedades del proyecto. En el proyecto de 1919, en todos los que le siguieron, como en el derecho vigente, se habla de «criminal habitual peligroso», expresión que, se dice en la exposición de motivos, puede originar una interpretación errónea, pues aquéllos son delincuentes en los que sólo por hábito se ha desarrollado una tendencia a cometer hechos punibles. Para la regulación de la custodia de seguridad, se manifiesta en la misma, sólo importa la existencia de tal tendencia, sin tomar en cuenta cómo ha nacido, si de una disposición natural o se ha desarrollado por costumbre, inclinación, práctica o de otra manera. Por esto el proyecto emplea el término «delincuente por tendencia» (*Hangtäter*) (44).

Supuesto previo para la condena como delincuente de esta clase, según el § 89, 1, es que la tendencia se dirija a la comisión de «hechos graves punibles» y que el agente a consecuencia de la misma sea peligroso para la comunidad o para algunos individuos. La declaración de la existencia de esta tendencia presupone una valoración conjunta del sujeto y de sus actos, a diferencia del derecho vigente que para la agravación de pena para los criminales habituales peligrosos sólo toma en cuenta la valoración conjunta de los hechos (§ 20 a).

(44) *Begründung*, pág. 89.

La ley no puede determinar en cada caso particular que haya de considerarse como hecho punible grave; esto queda reservado a la jurisprudencia, pero en todo caso los hechos, aclara la exposición de motivos, deben amenazar seriamente bienes jurídicos de gran valor (45). Como supuesto previo de carácter formal exige el mismo precepto que el agente haya ejecutado por lo menos tres hechos punibles dolosos, cometidos, al menos uno de ellos, después de cumplir veinticuatro años, por los que haya incurrido en reclusión, prisión de seis o más meses o en una pena juvenil. Debe tratarse de tres hechos independientes; así, no bastan los hechos parciales que integran una acción continuada. Tampoco son suficientes los hechos de imprudencia.

Con arreglo al inciso 2 del § 89 no se tomará en cuenta un hecho anterior, con independencia de que haya sido juzgado o no, si entre él y el siguiente han transcurrido más de cinco años. No se computará en este plazo el tiempo que el sujeto haya permanecido en custodia en un establecimiento por orden de la autoridad.

Los hechos objetos de condena fuera del ámbito de esta ley, conforme al inciso 3, se equipararán a los enjuiciados dentro del ámbito de vigencia de la misma cuando con arreglo a ella constituyan un crimen o delito doloso. De acuerdo con este precepto, los hechos que determinan la condena como delincuente por tendencia pueden ser cometidos dentro o fuera del campo de aplicación de esta ley, dentro de la zona alemana soviética o en el extranjero; sólo se requiere como condición previa que sean crímenes o delitos dolosos con arreglo al derecho de la República Federal Alemana (46).

f) Conforme al § 90, 1 del proyecto cuando alguien sea condenado como delincuente por tendencia, el tribunal, además de la pena correspondiente, ordenará la *custodia de seguridad*. También el derecho vigente prevé esta medida para los criminales habituales peligrosos; sin embargo, entre la regulación actual del Código penal y la del proyecto existe una importante diferencia. Conforme a los §§ 20 a y 42 a de aquél la condena como criminal habitual peligroso no significa todavía el acuerdo de sumisión a la custodia de seguridad. El proyecto establece una regulación distinta. La condena como delincuente por tendencia con arreglo al § 89 de éste lleva consigo, de modo obligatorio, el acuerdo de sumisión a la custodia de seguridad. Este es el sentido de su § 90, 1. El tribunal no puede prescindir de acordar la custodia de seguridad, pero en determinadas circunstancias puede suspender su ejecución y ordenar la *vigilancia de seguridad*.

Se suspenderá la ejecución de la custodia decretando en su

(45) *Begründung*, pág. 90.

(46) *Begründung*, pág. 90.

lugar la sumisión a vigilancia de seguridad si concurren circunstancias especiales que justifiquen la esperanza de que esta medida es suficiente para conducir al sujeto a una vida ordenada y conforme a la ley. No basta, según la exposición de motivos, una mera suposición del tribunal, es preciso que esté fundada en circunstancias especiales que el tribunal debe comprobar expresamente; por ejemplo, que el delincuente haya conseguido una ocupación segura, que haya contraído un matrimonio que haga esperar una interna estabilidad en su vida, o si se trata de un delincuente sexual, que se haya sometido voluntariamente a un tratamiento esperanzador.

La adopción de esta medida requiere especial cuidado, pues si otorga al condenado la posibilidad de encontrar en libertad el camino de una vida honesta, le proporciona al mismo tiempo la eventualidad de cometer en libertad nuevos hechos punibles graves. El tribunal, recalca la exposición de motivos, debe hacerse cargo de la especial responsabilidad de su decisión (47).

Si fuere provechosa al condenado la suspensión de la ejecución de la custodia de seguridad y no fuere revocada durante el plazo de prueba, el tribunal declarará, conforme al § 95, que la medida queda ejecutada. Si la posibilidad que le fué concedida no aprovecha al condenado y su conducta durante el plazo de prueba demuestra que el fin de la medida requiere su internamiento, entonces el tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la custodia de seguridad conforme al mismo § 95.

La custodia de seguridad durará tanto como lo requiera la finalidad que se persigue; sin embargo, cuando se impone por primera vez, no podrá exceder de diez años (§ 96).

g) La *custodia preventiva* (vorbeugende Verwahrung), como ya se dijo, es una de las novedades del proyecto. Esta constituye una medida de carácter esencialmente preventivo, encaminada a evitar que los delincuentes jóvenes lleguen a ser delincuentes por tendencia. Las investigaciones criminológicas demuestran que estos criminales comienzan su carrera delictiva en edad temprana y que muchas veces, antes de los veinticinco años, alcanzan su momento culminante. De aquí la necesidad de esforzarse en obrar sobre ellos, precisamente en el período de su desarrollo, para evitar que alcancen tan peligrosa categoría criminal. Como las medidas hasta ahora aplicadas, la educación protectora (*Fürsorgeerziehung*), ni la condena a penas juveniles de duración indefinida, se consideran adecuadas para los delincuentes jóvenes difícilmente educables, el proyecto ha acudido a esta especial medida que considera como un último intento para evitar que el agente llegue a convertirse en un delincuente por tendencia. Tal medida presenta la dificultad de que no es fácil distinguir en el momento

(47) *Begründung*, pág. 91.

oportuno los delincuentes expuestos a semejante peligro; sin embargo, el proyecto sobre la base de manifestaciones de competentes especialistas, no considera insuperable este obstáculo. A veces, jóvenes delincuentes que no parecen accesibles a la educación protectora, o a las penas juveniles, pueden ser descubiertos mediante la ejecución de estas medidas, como la experiencia enseña; por otra parte, la ciencia que diagnostica la peligrosidad de los jóvenes delincuentes ha desarrollado métodos de trabajo de tal exactitud que permiten ser utilizados en la práctica judicial (48). Sobre estas bases ha sido construída la nueva medida.

Como supuesto previo para su imposición se exige que el delincuente antes de cumplir veintisiete años cometa un hecho punible doloso castigado con pena privativa de libertad no inferior a seis meses, en cuyo caso el tribunal decretaría, además de la pena, la custodia preventiva cuando el agente antes de la perpetración del hecho hubiera cometido, por lo menos, dos hechos punibles dolosos castigados con pena privativa de libertad, de los que al menos uno hubiera llevado consigo la imposición de una medida educativa judicial (49) o hubiere sido castigado con una medida de corrección (50) o una pena privativa de libertad. Asimismo el tribunal decretará, además de la pena, la custodia preventiva si el agente, antes del nuevo hecho hubiere cumplido, al menos en parte, la medida de internamiento en un hogar público de educación o la de arresto continuado (51) o una pena privativa de libertad (§ 13). Finalmente el texto del proyecto exige—además del supuesto previo de haber ejecutado el agente un tercer hecho punible por el que haya incurrido, al menos, en privación de libertad no inferior a seis meses—, una valoración conjunta del agente y de los hechos de la que resulte que está en peligro de llegar a ser un delincuente por tendencia (§ 91, 1).

De igual manera que en el § 90, 1, relativo a la custodia de seguridad, el tribunal suspenderá la orden de ejecución de la custodia preventiva y ordenará la vigilancia de seguridad cuando existan especiales circunstancias que justifiquen la esperanza de que bastará esta medida para preservar al agente de que llegue a ser un delincuente por tendencia (§ 91, 3).

(48) *Begründung*, págs. 91 y 92.

(49) Las medidas educativas judiciales (*Erziehungsmassregeln*) están contenidas en la vigente ley de Tribunales juveniles de 1953; son aplicables a los jóvenes (de catorce a dieciocho años). Estas medidas son: la imposición de instrucciones, la vigilancia protectora y la educación protectora (§ 9).

(50) Las medidas de corrección (*Zuchtmitteln*) son aplicables, conforme a la ley antes citada, a los delincuentes jóvenes. Son éstas: la amonestación, la imposición de especiales deberes y el arresto juvenil (§ 13).

(51) El arresto continuado (*Dauerarrest*) es una de las modalidades del arresto juvenil, la más grave; su duración es de una a cuatro semanas (§ 16, 4).

Lo mismo que en caso de condena como delincuente por tendencia (§ 89) no es preciso que entre los tres hechos punibles que determinan la imposición de esta medida hayan transcurrido más de cinco años (§ 91, 4) y asimismo carece de importancia el lugar donde fueron ejecutados (§ 91, 5).

La duración de la custodia preventiva no podrá exceder de cinco años (§ 96, 2).

h) Otra de las nuevas medidas contenidas en el proyecto, y una de las más interesantes, es la *vigilancia de seguridad* (*Sicherungsaufsicht*). En el derecho vigente existe la vigilancia por la policía (§ 38 del Código penal) que posee con aquélla muy lejana semejanza; es una medida de carácter policiaco que posee muy escasas simpatías y es inconciliable con los principios jurídico-políticos del estado de derecho que exigen que toda intromisión, relacionada con ellos, en la libertad de la persona sea ordenada por la autoridad judicial.

La vigilancia de seguridad tiene por fin asistir y vigilar durante cierto plazo a determinados delincuentes para que se abstengan de cometer nuevos delitos y lleven una vida ordenada y conforme a la ley. Se aplica a los reincidentes, a los delincuentes en peligro y de modo especial cuando éstos han cumplido las penas privativas de libertad a que fueron condenados. Aun cuando posee estrecho parentesco con la suspensión de la pena a prueba (§ 79), presenta con ésta diferencias en cuanto a su finalidad y a su configuración, pues no obstante aspirar ambas a la reincorporación social del sujeto, en la vigilancia de seguridad, manifiesta la exposición de motivos, la protección de la comunidad se halla en primer término, antes que la consideración del agente (52). Contra su admisión protestó el profesor Eb. Schmidt, alegando que su aplicación habría de limitarse a un muy reducido grupo de delincuentes, en particular a los criminales habituales, y que sólo podría servir para una mera vigilancia. Pero estas ideas no encontraron eco en la Comisión (53).

La vigilancia de seguridad, conforme al § 100, podrá ser decretada por el tribunal además de la pena impuesta a los reincidentes; asimismo además de las penas de reclusión temporal, prisión de seis meses o más, o internamiento en una casa de trabajo y en los casos especialmente previstos por la ley. En cuanto a los reincidentes se aplicará independientemente de la clase y cuantía de la pena impuesta. Respecto de los comprendidos en el segundo grupo, los castigados con reclusión temporal, etc., que son señalados por el proyecto antes de la terminación de las deliberaciones sobre la parte especial, son especialmente los robos con fractura, los robos a mano armada o en cuadrilla, y en los casos de comi-

(52) *Begründung*, pág. 85.

(53) *Beilage zum Bundesanzeiger*, núm. 33, de 17 de febrero de 1955, pág. 7.

sión profesional de hechos punibles, como hurto, encubrimiento, caza furtiva, y además fabricación de moneda y ciertos delitos sexuales (54).

Mas no se hallan aquí comprendidos todos los sujetos a los que es aplicable esta medida; también puede serlo, como dispone el último párrafo del número 2 del § 100, a otros condenados, siempre que sin la imposición de esta medida exista el peligro de que no lleven una vida ordenada y conforme a la ley. Y no termina aquí su campo de aplicación, pues el inciso 2 del referido § 100 la autoriza, sin perjuicio de lo dispuesto en otros casos. Estos son, según la enumeración que hace la exposición de motivos, los de vigilancia de seguridad contra los delincuentes por tendencia' (§§ 90, 1; 94, 1 y 2; 96, 6. 99, 1), contra jóvenes delincuentes en peligro (§§ 91, 3; 94, 1 y 2; 96, 5; 99, 1), así como contra aquellos delincuentes a los que no se haya concedido la remisión de un resto de la pena o una vez concedida hubiere sido revocada (§ 107).

Consiste esta medida, con arreglo al § 101, 1, en la dirección y vigilancia del condenado sometido a ella para proporcionarle una ayuda que le encamine hacia una vida ordenada y conforme a la ley. Para conseguir este fin el tribunal le dará las instrucciones oportunas y le sujetará a un órgano de vigilancia. El tribunal encargará ésta a un delegado (*Bewährungshelfer*) (55). Si la vigilancia de éste no ofrece perspectivas de éxito, tenida en cuenta la personalidad del condenado, el tribunal nombrará como órgano de vigilancia a una autoridad de inspección (§ 101, 2). El órgano de vigilancia debe ayudar y atender al condenado y vigilar su conducta y el cumplimiento de las instrucciones que reciba. El tribunal puede hacerle indicaciones para el desarrollo de esta actividad (§ 101, 3).

La asistencia y ayuda es la médula de esta medida. Cuando las circunstancias justifiquen la convicción de que el condenado necesita ser sometido a la inspección de un órgano de vigilancia el tribunal podrá limitarse a dar instrucciones y a vigilar su cumplimiento (§ 101, 4).

Como hemos visto, el proyecto encarga la vigilancia del condenado, respectivamente, a un delegado o a una autoridad de inspección (§ 101, 2). Cuando en el caso particular destaque en primer término, atendida la personalidad del delincuente, la conveniencia de influir en su conducta, entonces, declara la exposición de motivos, un agente de prueba será el designado, mientras que si predomina la finalidad de seguridad y las posibilidades del agente de prueba no bastan, la vigilancia debe ser encargada la autoridad inspectora. Esta autoridad se considera necesaria en particular para.

(54) *Begründung*, pág. 97.

(55) Quizá su traducción más exacta sería «auxiliar» o «asistente de prueba».

la vigilancia de seguridad de los criminales profesionales y de los criminales por tendencia peligrosos, sujetos que se sustraen fácilmente a la vigilancia de los agentes de prueba (56).

Con el fin de facilitar la vigilancia y la asistencia del condenado y procurarle una conducta honesta y conforme a la ley contiene el proyecto un precepto relativo a las instrucciones que el tribunal puede ordenar al condenado por el tiempo que esté sometido a la vigilancia de seguridad o por un plazo más breve (§ 102). Estas instrucciones tienen por base las experiencias reunidas hasta ahora en la aplicación de la suspensión de la pena a prueba y de la vigilancia de la policía. Algunas son las previstas en el § 78 del proyecto para la suspensión de la pena a prueba. En su mayoría están taxativamente formuladas. Son las siguientes:

1. Que no abandone (el condenado) el lugar de su domicilio o residencia o un determinado territorio más extenso sin permiso del órgano de vigilancia.

2. Que no permanezca sin motivo apremiante en determinados lugares o localidades que puedan ofrecerle ocasión o estímulos para cometer ulteriores hechos punibles.

3. Que no abandone de noche su domicilio sin motivo apremiante.

4. Que no tenga, sin motivo apremiante, relaciones con determinadas personas o con personas de determinados grupos, ni las emplee, eduque o albergue cuando puedan ofrecerle ocasión o estímulo para cometer ulteriores hechos punibles.

5. Que no ejerza determinadas actividades de las que en ciertas circunstancias pueda abusar para la comisión de hechos punibles.

6. No poseer determinados objetos que le puedan ofrecer ocasión o estímulo para la comisión de ulteriores hechos punibles, ni llevarlos consigo, ni darlos a guardar.

7. No tener o no conducir vehículos de motor o determinadas clases de vehículos de motor.

8. Presentarse en épocas determinadas ante el órgano de vigilancia o en determinadas oficinas.

9. Comunicar sin demora alguna todo cambio de domicilio o de colocación al órgano de vigilancia o a determinada oficina.

10. Presentarse, en caso de paro, en la correspondiente oficina de colocación o en otra oficina autorizada, que admita el trabajo que se le procure y no lo abandone sin motivo importante.

La vigilancia de seguridad dura de dos a cinco años (§ 103).

i) *La privación del permiso de conducir* ya figura entre las medidas de seguridad y corrección del Código vigente (§ 42 m), en el que fué introducido por la ley de Seguridad de Tráfico Viario

(56) *Begründung*, pág. 98.

de 19 de diciembre de 1952. El proyecto no contiene en este punto una reforma fundamental, sino tan sólo reformas parciales encaminadas a dar mayor eficacia a esta medida y a facilitar la interpretación de sus preceptos. Las favorables experiencias recogidas desde la introducción de esta medida han determinado su mantenimiento en el proyecto.

Esta conserva su configuración jurídica como medida de corrección y seguridad. En la práctica se pretendió aisladamente configurarla como pena accesoria con la finalidad de que fuere sentida como una grave aflicción penal y para que el juez en su sentencia pudiera tomar en cuenta el punto de vista de la retribución. El proyecto no ha acogido semejante idea y considera tal medida no como una satisfacción por el injusto cometido, sino como una medida de protección de la comunidad contra los conductores ineptos (57).

Cuando alguno, declara el inciso 1 del § 108, a causa de un acto antijurídico cometido conduciendo o con ocasión de conducir un vehículo de motor o infringiendo los deberes de conductor fuere condenado o absuelto por no haberse probado o por no haberse excluído su incapacidad de culpabilidad, será privado por el tribunal del permiso de conducir cuando del hecho se desprenda que no es apto para conducir vehículos de motor.

Este inciso es semejante al precepto del derecho vigente; sin embargo, el proyecto presenta con éste algunas diferencias. Entre otras, separándose de aquél, manifiesta de modo expreso que la privación no sólo tiene lugar en caso de condena o de probada incapacidad de culpabilidad, sino también cuando fuere solicitada una absolución por haber sido excluída esta incapacidad. Dicha aclaración, declara la exposición de motivos, era inevitable a causa de la jurisprudencia contradictoria de algunos tribunales, imposible de justificar por razones prácticas (58).

Mientras que el Código vigente deja a la apreciación del juez cuándo el agente se ha mostrado inepto para conducir vehículos de motor, el proyecto especifica una serie de hechos constitutivos de infracciones del derecho penal del tráfico que prueban su ineptitud para la conducción de aquellos vehículos y determinan la imposición de esta medida. El inciso 2 del § 108 dispone que se considerará que el sujeto no es apto para conducir vehículos de motor, salvo que especiales circunstancias excluyan esta presunción, cuando dados los supuestos establecidos en el inciso anterior, el sujeto cometa alguno de los hechos siguientes:

1. Homicidio culposo previsto en el § 222 del Código penal si sólo a él, o principalmente a él, le alcanza la culpabilidad.
2. Fuga prevista en el § 142 del mismo, sabiendo o teniendo

(57) *Begründung*, pág. 102.

(58) *Begründung*, pág. 102.

que saber que en el accidente se había producido la muerte de una persona o había sido herida gravemente.

3. Peligro para la circulación con arreglo al § 315 a, inciso 1, número 2, sólo o en relación con el § 316, inciso 2.

4. Peligro para la circulación, con arreglo al § 315, inciso 1, número 4, sólo o en relación con el § 316, inciso 2, cuando el agente hubiere sido condenado ejecutoriamente en los tres años anteriores a una pena privativa de libertad por infracción de los preceptos del tráfico.

5. Un hecho punible conforme al § 330 a, que guarde relación con los hechos antijurídicos mencionados en los precedentes números 1 a 4.

Los incisos 3, referente a la aplicación de esta medida contra el que posea un permiso de conducir extranjero, y 4, relativo al momento en que caduca el permiso de conducir, contienen modificaciones de escasa importancia.

j) La *prohibición de profesión* (§ 110), con el nombre de «prohibición del ejercicio de profesión», posee en el Derecho vigente (§ 42, 1) el mismo carácter que en el proyecto; es una medida de seguridad y corrección. Por tanto, no se halla configurada como una pena accesoria, sino como una medida encaminada a la protección de la comunidad contra los que con abuso de su profesión u oficio, o con inexcusable infracción de los deberes a ellos inherentes, ejecutan actos antijurídicos. Es condición precisa para su imposición que de la apreciación del agente y del hecho se desprenda que aquél, en el ejercicio de su profesión, oficio o industria, pondría en peligro a la colectividad o a determinados individuos con hechos antijurídicos graves. La imposición de esta medida tiene lugar no sólo en caso de condena, sino también en caso de absolución, cuando esté demostrada o excluida la incapacidad de culpabilidad del agente (§ 110, 1).

Mientras dure esta medida el agente no podrá ejercer la profesión, el oficio o especialidad por medio de otra persona o por persona que dependa de sus instrucciones (§ 110, 3). Su duración es definitiva o por tiempo de uno a cinco años (§ 110, 1).

k) La *expulsión de extranjeros* (*Anweisung*, § 112), como se ha dicho en páginas anteriores, no figura en el derecho vigente por ser de la competencia de las autoridades de policía. En el proyecto se incluye entre las medidas de corrección y seguridad. Posee notoriamente la naturaleza de medida de seguridad contra los extranjeros que pongan en peligro a la colectividad o a otras personas, carácter que el mismo texto del proyecto destaca.

La expulsión podrá ser decretada por el tribunal: 1. Cuando un extranjero haya sido condenado a pena privativa de libertad superior a tres meses y sea de temer que permaneciendo en el territorio federal ponga en peligro a la colectividad o a otras personas. 2. Cuando contra un extranjero se haya pronunciado una medida

de corrección o de seguridad o de prohibición de profesión. En los dos casos de estos números la duración de la medida es de tres a quince años.

Cuando concurren los supuestos previos de los anteriores números se podrá ordenar la expulsión definitiva en los casos siguientes: 1. Cuando el agente haya sido condenado a la pena de reclusión o como delincuente por tendencia o reincidente. 2. Cuando se haya ordenado contra el agente su internamiento en un establecimiento de curación o de asistencia, o en un establecimiento de preservación, o la prohibición definitiva del ejercicio de profesión. 3. Cuando contra el agente hubiere sido acordada anteriormente la expulsión por vía judicial o administrativa.

La agravación establecido para estos casos se funda, en los números 1 y 2, en la especial peligrosidad del extranjero, manifestada por las penas y medidas en que ha incurrido, y en el número 3 en la idea del reiterado abuso de la hospitalidad en territorio federal.