

EL DESARROLLO DE LAS SANCIONES NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN EL DERECHO ALEMÁN*

Dieter Dölling

Sumario: I. Introducción. II. Sanciones sin privación de libertad en el derecho penal vigente. III. La aplicación práctica de las sanciones. IV. El valor de las sanciones ambulatorias en el sistema de consecuencias jurídico penales. V. Las sanciones no privativas de libertad en particular: 1. Sanciones de rango inferior a las penas criminales. 2. La advertencia con reserva de la pena. 3. La multa. 4. La suspensión condicional de la pena privativa de libertad. 5. El trabajo en favor de la comunidad como pena autónoma. 6. La composición autor - víctima. 7. Otras penas sin privación de libertad. 8. Medidas ambulatorias y consecuencias jurídico penales especiales sin privación de libertad. VI. Resumen.

I. Introducción

(p. 101) Las sanciones no privativas de libertad prevalecen en Alemania. En 1989, el 83 % de los procesados por delitos comunes fueron **(p. 102)** condenados a una multa y el 12 % a una pena privativa de libertad suspendida condicionalmente. Menos del 6 % lo fueron a una pena privativa de libertad efectiva¹. Por esta razón, la cuestión de la formulación y el alcance de las sanciones no privativas de libertad tiene una importancia central en la política criminal. Su discusión ha mostrado igualmente que desde la reforma penal de 1969², que amplía de manera relevante las sanciones no privativas de libertad, existe una base empírica relativamente amplia para la evaluación del sistema de sanciones establecido por las leyes de reforma penal.

Posteriormente, con la reunificación del 3 de noviembre de 1989, el derecho penal de la “antigua” República federal alemana ha reemplazado, en lo esencial, el derecho penal de la ex República Democrática Alemana, en los nuevos Länder³. En la aplicación del derecho penal de la ex República Democrática Alemana, se hizo mayor uso de las penas privativas de libertad que en la República federal⁴. Por otro lado, el derecho penal de la ex República Democrática Alemana contenía algunas consecuencias jurídicas no privativas de la libertad (nicht freiheitentziehende Rechtsfolge) que no

* Traducción realizada por José Hurtado Pozo y Aldo Figueroa Navarro del artículo *Die Weiterentwicklung der Sanktionen ohne Freiheitsentzug im deutsches Strafrecht*, publicado en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 104 (1992), Heft. 2, ps. 259-289.

¹ STATISTISCHES BUNDESAMT, *Strafverfolgung 1989*, ps. 46 y 50. Las cifras indicadas aquí y en lo que sigue se refieren a los antiguos Länder.

² Primera ley para la reforma del derecho penal del 25.06.1969, *Bundesgesetzblätter*, I, p. 645; entró en vigor una parte el 01.09.1969 y la otra el 01.04.1970; Segunda ley para la reforma del derecho penal del 04.07.1969, *Bundesgesetzblätter*, I, p. 717, en vigor desde el 01.01.1975 (Ley del 13.07.1973, *Bundesgesetzblätter*, I, p. 909).

³ Cf. el art. 8f del Tratado de Unificación del 31.08.1990.

⁴ Ver en este sentido, LAMMICH, en *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht*, (JESCHECK ed.), t. I, 1983, p. 79, 149 y s.

están previstas en el Código penal de la República federal⁵. Por esta razón, se plantea igualmente la pregunta referente al valor y al nivel de desarrollo de las sanciones no privativas de la libertad en base a las experiencias obtenidas en la ex Democrática Alemana. Resulta evidente, por tanto, que la cuestión de si es aconsejable modificar y completar las sanciones no privativas de libertad, haya sido materia de discusión, en 1992, en la sección de derecho penal del 59° Congreso alemán de juristas (Deutschen Juristentag).

(p. 103) En las líneas siguientes, haremos primero un breve repaso de la situación jurídica y de la práctica actual en materia de sanciones. Luego, abordaremos los criterios que pueden dar cuenta del valor de las sanciones no privativas de la libertad. Sobre esta base haremos algunas reflexiones respecto al desarrollo ulterior de las sanciones no privativas de la libertad. La exposición se limitará al derecho penal de adultos⁶. Las sanciones no privativas de la libertad son llamadas frecuentemente, en diversos trabajos, sanciones ambulatorias. El concepto de “ambulatorio” no deja de ser problemático por su connotación médica. Pero dado que este concepto ha sido generalmente aceptado, lo utilizaremos indistintamente.

II. Las sanciones no privativas de libertad en el derecho vigente

La reforma penal de 1969 tuvo como objetivo limitar el uso de las sanciones penales, en función de la protección de bienes jurídicos, y mejorar las posibilidades de resocialización del autor⁷. Esto debió conseguirse, en particular, mediante el desarrollo de sanciones ambulatorias como la multa, la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad y la supresión de las penas privativas de libertad de corta duración. El legislador continuó avanzando prudentemente en la perspectiva de ampliar las consecuencias jurídicas no privativas de la libertad, a través de la 23 ley de reforma penal de 1986⁸.

Conforme al concepto de sanción de la ley de reforma, puesta de manifiesto en el § 47 del Código penal, la multa tiene la prioridad en la lucha contra la pequeña y mediana criminalidad. Esta se impone, según el § 40 del Código penal, de acuerdo al sistema de días multa⁹. El **(p. 104)** Tribunal, según los requisitos del § 59 del Código penal, puede imponer una advertencia con reserva de la pena, mediante la cual se condiciona la imposición de una pena multa durante un tiempo de prueba. Las posibilidades de suspender condicionalmente la ejecución de una pena privativa de libertad han sido ampliadas. Son susceptibles de sustitución, según el § 56, las penas privativas de libertad no mayores de dos años. El § 57 que regula la suspensión condicional del resto la pena, una vez cumplida parcialmente, sirve también para evitar privaciones de libertad innecesarias.

Así mismo, se puede imponer accesoriamente la pena de prohibición de conducir vehículos (§ 54 CP), en los casos de hechos punibles relacionados con la conducción de un vehículo. Como medidas de seguridad ambulatorias, el § 68 y siguientes prevén la vigilancia de la conducta (Führungsaufsicht), el retiro del permiso de conducir y la prohibición del ejercicio de una determinada profesión. Como medidas adicionales, en el § 45 y siguientes, se agrega el decomiso, la confiscación y la inutilización de los instrumentos destinados a imprimir documentos ilegales (§ 74d 1). Como consecuencias accesorias, la pérdida de la capacidad de ejercicio de una función pública, de ser elegido y del derecho de voto. Finalmente, en los casos de delincuencia poco grave, el § 153a de la Ordenanza procesal penal da la posibilidad de sobreseer, luego de que el inculcado cumpla determinadas obligaciones, el proceso incoado de acuerdo a la ley de introducción del Código penal¹⁰.

Como muestra esta revisión panorámica, el derecho penal vigente pone énfasis en las reacciones ambulatorias, pero pone a disposición del juez un número muy limitado de sanciones no privativas de libertad. En el Código penal se prevé, como penas principales ambulatorias, únicamente la multa y la

⁵ Respecto de las sanciones no privativas de libertad en la ex República Democrática Alemana, cf. §§ 23-37, 49 y ss. de su Código penal.

⁶ Con relación al derecho penal juvenil, ver BRUNNER, *JGG*, 9a ed., 1991, Introducción, n. 43 y s.; SCHAFFSTEIN/BEULKE, *Jugendstrafrecht*, 10a ed., 1991, p. 37 y ss.

⁷ Ver HORSTKOTTE, *Bewährungshilfe*, 1984, 1; respecto a las modificaciones más importantes del sistema de sanciones por las leyes de reforma del derecho penal, cf. ROXIN, *Strafrecht, AT*, vol. I, 1992, p. 60 y ss.

⁸ 23 ley de modificación del derecho penal - suspensión condicional de la pena - del 13.04.1986, BGBl, I, p. 393, en vigor el 01.05.1986.

⁹ Cf. GREBING, en *ZStW*, 88 (1976), p. 1049; TRÖNDLE, en *ZStW*, 86 (1974), p. 545; ZIPF, en *ZStW* 86 (1974), p. 513.

¹⁰ Del 02.03.1974, BGBl, I, p. 469, en vigor desde el 01.01.1975.

suspensión condicional de la pena privativa de libertad, modificadora de la ejecución de la misma¹¹. Las penas accesorias de prohibición de conducir vehículos y las medidas de seguridad ambulatorias son aplicables solamente en determinados casos. Ciertamente, la reparación del daño, el pago de una suma de dinero a una **(p. 105)** institución de utilidad pública, así como la prestación de servicios a la comunidad pueden ser impuestas como cargas o reglas de conducta en el marco de la advertencia con reserva de la pena o de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, así como ser consideradas dentro de la aplicación del § 153 de la Ordenanza procesal penal¹². Sin embargo, no están previstas en el Código penal como sanciones autónomas. Por esto se plantea la pregunta si deben ser adoptadas en el catálogo de sanciones del Código penal otras consecuencias jurídicas no privativas de libertad¹³. En especial, otras sanciones ambulatorias principales. Antes de responder a esta interrogante es de analizar en qué medida la práctica ha volcado en la realidad la concepción de la reforma penal.

III. La aplicación de las sanciones

La evolución de la aplicación de las sanciones, luego de la entrada en vigor de las leyes de reforma penal, sólo puede ser presentada en este trabajo en sus rasgos fundamentales¹⁴. Las leyes de reforma han conducido a un aumento relevante de las multas entre las sanciones impuestas. Mientras que en 1968, 63 % de los condenados fueron multados, en 1970 esta cifra pasó a 84 %. Desde entonces, el porcentaje de multas impuestas se ha estabilizado en algo más de 80 % (1989: 83 %)¹⁵. Es de señalar igualmente un aumento de las multas en los delitos reprimidos mediante leyes complementarias. En 1968, las multas en los delitos de circulación representaron el 65 % y en 1989 el 90 %. En los otros delitos, las multas impuestas representaron el 61 y 78 % respectivamente¹⁶.

(p. 106) En razón del aumento en la imposición de las multas, el número de penas privativas de libertad retrocedió de un tercio a un sexto de las sanciones. En 1968, el 37 % de las penas principales impuestas fueron penas privativas de libertad y en 1989 el 17 %¹⁷. Este porcentaje se ha mantenido constante en los últimos años. La menor frecuencia con que se imponen penas privativas de libertad se debe a que se aplican cada vez menos penas privativas de libertad de corta duración. En 1968 se impusieron 183,744 penas privativas de libertad menores de seis meses¹⁸. Estas representaron el 32 % del total de condenas. En 1989, se impusieron por el contrario 62,261 condenas de este tipo (10 % de las penas principales), de las cuales 48,019 fueron penas menores de seis meses y 14,242 penas de seis meses¹⁹. Por el contrario, la cifra de penas privativas de libertad de mediana y larga duración ha aumentado. En 1968, se impuso 22,821 penas privativas de libertad entre seis y dos años (4% de las condenas) y en 1989, 36,424 (5%). Tratándose de las penas privativas de libertad superiores a los dos años, las cifras fueron de 4,530 en 1968 (0,8 %) y de 6,205 en 1989 (1 %) ²⁰.

Junto al retroceso de la pena privativa de libertad a causa de la multa, el aumento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad ha contribuido al predominio en la práctica judicial de las sanciones ambulatorias. Mientras que en 1968 el 36 % de las penas privativas de libertad fueron suspendidas condicionalmente, en 1970 aumentó al 53 % y en 1989 al 68 %²¹. Luego

¹¹ Para una vista panorámica del estado de la discusión cf. LACKNER, *StGB*, 19a ed., 1991, n. 2 y s.

¹² Sin embargo, en el marco del § 153a StPO puede sólo impartirse como regla de conducta el deber de mantenimiento; cf. §153, párrafo 1, n. 4 StPO.

¹³ En favor de una ampliación del catálogo de sanciones ambulatorias, entre otros: HIRSCH, en *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, 1986, p. 133 y 136; KUNZ, en *Revue pénale suisse*, 103 (1986), p. 182 y ss. Prudente por el contrario, el informe del gobierno federal para la evaluación del sistema de sanciones del 07.07.1986, *BT-Drucks*, 10/5828, p. 7 y s.

¹⁴ Sobre la evolución de las sanciones cf. HEINZ, en *ZStW*, 94 (1982), p. 632.

¹⁵ STATISTISCHES BUNDESAMT, *Rechtspflege*, 1968, p. 128 y s.; *Strafverfolgung*, 1989, p. 46, 50.

¹⁶ Id., 1968, p. 128 y s.; 1989, p. 46, 50.

¹⁷ Id., 1968, p. 120 y s.; 1989, p. 46.

¹⁸ Id., 1968, p. 128 y s.; esta estadística no hace una diferencia entre las penas privativas de libertad inferiores a los seis meses y las de seis meses.

¹⁹ Ver id., 1989, p. 46 y s.

²⁰ Cf. STATISTISCHES BUNDESAMT (notas 18 y 19).

²¹ STATISTISCHES BUNDESAMT, *Rechtspflege*, 1968, 128 y s.; 1970, p. 112 s; *Strafverfolgung*, 1989, p. 46 y s.

de una reserva inicial por parte de los jueces, la suspensión condicional de la ejecución de la pena ha sido, igualmente, aplicada a las penas privativas de libertad entre uno y dos años. En 1970 y 1976, la cifra de suspensiones de esta pena fue del 10%. Por el contrario, este beneficio alcanzó en 1980 el 18 %, en 1985 el 36 %, y en 1989 el 52% de las penas privativas de libertad entre uno y dos años²².

(p. 107) La aplicación creciente de la multa y de la suspensión condicional de la pena ha conducido a una disminución de las penas privativas de libertad efectivas. Mientras que en 1968 estas penas representaron el 24 % de todas las penas principales, en 1970 bajó al 8 % y en 1976 al 6 %. Esta cifra se ha mantenido igualmente constante en los últimos años (1989, 5.6 %)23. Esta disminución se debe esencialmente a imposición de penas privativas de libertad de corta duración. En 1968, se impusieron de manera efectiva 113,472 penas privativas de libertad inferiores a los seis meses (20 % de las penas principales)24. Y en 1989, 14,579 (2 %). De esta cifra, 10,817 fueron penas privativas de libertad inferiores a los seis meses y 3,762 de seis meses25. A pesar de este retroceso, las penas privativas de libertad de corta duración siguen teniendo una significación esencial. La cifra de penas privativas de libertad menores de seis meses representan el 32 % de las penas privativas de libertad efectivas26. Sin embargo, la disminución de las penas privativas de libertad de corta duración es importante27.

La cifra de penas privativas de libertad efectivas de mediana duración (entre seis meses y dos años) ha disminuido, a causa del aumento del número de suspensiones de la ejecución de la pena, del 3% en 1968 al 2 % en 198928. Por el contrario, las penas privativas de libertad no susceptibles de suspensión (§56 CP) superiores a los dos años ha aumentado con relación a las penas principales (1968, 0.8%; 1989, 1 %)29. La privación de la libertad ha sido limitada, en el caso de que la pena sea efectiva, mediante el uso creciente de la liberación condicional de acuerdo al § 57 del Código penal. Según las estadísticas de ejecución penal, el número de liberaciones condicionales representó, en 1989, el 17 % y, en 1989, el 33 %.

(p. 108) Finalmente, numerosos procesos penales terminan, de acuerdo al § 153a de la Ordenanza procesal penal, con una reacción ambulatoria de menor jerarquía que la pena criminal. La importancia que ha adquirido esta disposición se pone en evidencia en las siguientes cifras. En 1977, el Ministerio Público archivó, según Riess30, 55,015 procesos aplicando el § 153a párrafo primero, de la Ordenanza procesal penal. A esto se agregan 34,846 sobreseimientos judiciales de acuerdo con el § 153a párrafo segundo de la Ordenanza31. Por el contrario, en 1989, 162,108 y 67,037 procesos fueron archivados por el Ministerio Público y los tribunales respectivamente32. La cifra de casos archivados aplicando esta disposición legal ha sido por tanto duplicada.

La expansión de las consecuencias jurídicas ambulatorias en la aplicación de las sanciones está relacionada relativamente con la disminución del número de internos. La cantidad de internos sentenciados disminuyó de 42,541 en 1965 a 27,869 en 1972. Pero en 1984 alcanzó la misma cantidad anterior a la reforma (42,140). Desde entonces, la cifra ha disminuido hasta 36,100 en 1989.33. De acuerdo con esto, es de tener en cuenta que un número limitado de condenados a una sanción ambulatoria debe sufrir finalmente una pena privativa de libertad: tratándose de la multa, por una detención substituidora; en el caso de la suspensión de la ejecución de la pena, por una revocación. La cantidad de condenados al pago de una pena de multa que deben sufrir una pena privativa de libertad substituidora se sitúa entre el 6 y 7 %34. La cuota de revocaciones de la

²² Id., 1970, p. 112 y s.; 1976, p. 70 y s.; 1980, p. 72 y s.; 1985, p. 72 y s.; 1989, p. 46 y s.

²³ Id. 1968, p. 128 y s.; 1970, p. 112 y s.; 1976 p. 70 y s.; 1989, p. 46 y s.

²⁴ Cf. STATISTICHES BUNDESAMT (nota 18).

²⁵ Cf. id. (nota 18).

²⁶ Ver id. (nota 19).

²⁷ Ver KAISER, *Kriminologie*, 2a ed., 1988, p. 910, 927 y s.

²⁸ STATISTISCHES BUNDESAMT (notas 18 y 19).

²⁹ Id. (notas 18 y 19).

³⁰ En *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 1983, p. 93 y s.

³¹ Cf. RIESS, p. 93 y 96 (nota 30).

³² Ver STATISTISCHES BUNDESAMT, *Staatanwaltschaften*, 1989, p. 14; *Strafgerichte*, 1989, p. 10, 26, 36,48 y 58.

³³ Cf. STATISTISCHES BUNDESAMT, *Strafvollzug*, 1989, p. 19.

³⁴ Ver KAISER, p. 944 (nota 27).

suspensión condicional de la pena alcanzó en 1989 el 34 %³⁵. Por lo demás, la cantidad cada vez mayor de internos podría atribuirse al aumento de las condenas, que conciernen (p. 109) parcialmente también delitos más graves³⁶, y a la imposición creciente de penas privativas de libertad efectivas³⁷.

En general, los tribunales han aplicado, en gran medida, el programa de sanciones de las leyes de reforma penal. Esto ha conducido a un aumento de las sanciones ambulatorias aplicadas, hasta llegar a constituir el 95 % de las penas principales. Esta práctica sancionadora se ha consolidado en los últimos años. Por esto, la evaluación de la aplicación de las sanciones plantea la cuestión de si es el momento de incorporar nuevas sanciones no privativas de libertad.

IV. El valor de las sanciones ambulatorias en el sistema de consecuencias jurídico penales

La pena tiene como fines, de acuerdo a las hoy dominantes teorías unificadoras, la retribución de la culpabilidad y la obtención de un efecto preventivo general y especial sobre el autor y la comunidad³⁸. Además, en la discusión de política criminal existe amplio consenso en que la administración de justicia penal debe también considerar los intereses de la víctima en la obtención de un desagravio y una reparación³⁹. De acuerdo a los conocimientos criminológicos, los efectos preventivos del derecho penal son limitados. No obstante, no se puede renunciar a la contribución del derecho penal en la función de protección de bienes jurídicos⁴⁰.

Las sanciones no privativas de libertad son en muchos casos idóneas para cumplir las tareas del derecho penal. Pueden tener frente al autor un efecto de llamada de atención y escarmiento y ofrecen posibilidades para la obtención de un efecto resocializador.

(p. 110) Frente a la sociedad pueden confirmar la vigencia de la norma violada, esclarecer el valor del bien jurídico lesionado y ejercer un efecto de intimidación. Las constataciones de la investigación criminológica señalan que las sanciones ambulatorias tienen, en todo caso, en muchos autores tanto efecto de prevención especial como la privación de la libertad⁴¹. De acuerdo a las investigaciones empíricas sobre los efectos preventivo generales de la pena se puede aceptar que las sanciones ambulatorias son efectivas en amplios dominios de la criminalidad⁴². El aumento de la criminalidad en las dos últimas décadas, no puede atribuirse a una disminución de la capacidad sancionadora de las leyes de reforma penal de 1969⁴³.

El límite de aplicación de las sanciones ambulatorias es la criminalidad grave (por ejemplo, delitos violentos y sexuales, delitos económicos y ambientales con daños graves). En el caso de esta forma de criminalidad, las penas privativas de libertad deben ser impuestas necesariamente por razones de retribución de la culpabilidad y de prevención general. Igualmente la privación de libertad puede ser inevitable para proteger a la sociedad, en los casos de autores que hacen temer la comisión de otros delitos graves. Del mismo modo, estas penas son aplicables a autores de delitos menos graves que visiblemente no pueden ser sometidos a sanciones ambulatorias.

Sin embargo, el ámbito en el que la pena privativa de libertad puede ser necesaria representa solamente una pequeña porción de la delincuencia en general. En una gran cantidad de delitos ha de reaccionarse, en consecuencia, con sanciones ambulatorias. En su desarrollo debe tenerse en cuenta que las sanciones no privativas de libertad sólo pueden cumplir su tarea de contener, sobre todo, la delincuencia media y menor, si la regulación legal puede ser aplicada por una justicia penal, con

³⁵ STATISTISCHES BUNDESAMT, *Bewährungshilfe*, 1989, p. 14 y s.

³⁶ En 1968 fueron condenadas 572,629 personas de acuerdo a las reglas del derecho penal común. De éstas, 1637 a causa de robo o extorsión. En 1989, la cifras fueron 608,548 y 3278 respectivamente; cf. STATISTISCHES BUNDESAMT (notas 18 y 19).

³⁷ Cf. KAISER, p. 908 (nota 27).

³⁸ Ver JESCHECK, AT, 4a ed., 1988, p. 1 y ss.; en favor de una teoría unificadora renunciando a toda forma de expiación, ROXIN, p. 38 y ss. (nota 7).

³⁹ Cf. BURGSTALLER, en *ZStW*, 102 (1990), p. 637 y 641.

⁴⁰ Cf. KAISER, p. 892, 894 y s. (nota 27).

⁴¹ Ver ALBRECHT, H. J., *Legalbewährung bei zu Geldstrafe und Freiheitsstrafe Verurteilten*, 1982, p. 28, 236 y ss.; cf. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, 1991, p. 116 y s.

⁴² Cf. SCHÖCH, en *Festschrift für Jescheck*, 1985, p.1081; DÖLLING, en *ZStW*, 102 (1990), p. 1.

⁴³ Ver HIRSCH, p. 13 (nota 13). Se muestra escéptico respecto a los efectos de la nueva política criminal, LEFERENZ, en *Festschrift für Lackner*, 1987, p. 1009, 1013 y ss.

limitados recursos y numerosos procesos penales. Esto supone que el catálogo de sanciones sea claro y que las (p. 111) disposiciones sobre la manera de delimitar las sanciones así como su individualización y ejecución sean practicables⁴⁴. Además, se requiere, a fin de que ejerza un efecto preventivo general en la comunidad, una práctica sancionadora homogénea y constante. Por esto, la adecuación de la reacción penal, en interés de la finalidad de prevención especial, ha de limitarse a la persona del autor. Del mismo modo, el derecho de sanciones debe prever posibilidades para una individualización preventivo especial de éstas. Ciertamente, en la actualidad se habla con frecuencia de una crisis de la ideología del tratamiento a causa de la insatisfacción de las expectativas en el programa de resocialización⁴⁵. Sin embargo, se trata de utilizar las limitadas posibilidades para un desarrollo de las reacciones penales acorde con las exigencias de resocialización⁴⁶. Las perspectivas de la retribución de la culpabilidad y de la prevención general no son contradictorias si se garantiza la proporcionalidad de la sanción en función de la culpabilidad.

Por esta razón, en las páginas siguientes, se debe tomar posición respecto de las sanciones no privativas de libertad en particular. Sólo se tratará de manera puntual la compleja problemática de las sanciones ambulatorias. En general, se trata de responder a la cuestión de la proporción de las sanciones jurídicas con o sin privación de libertad. Es decir: ¿Debe mantenerse constante o reducirse el ámbito de aplicación de las sanciones ambulatorias? o ¿Debe ampliarse en detrimento de la privación de libertad?

V. Las sanciones no privativas de libertad en particular

1. Sanciones de rango inferior a las penas criminales

El amplio campo de aplicación que ha alcanzado el procedimiento de archivar el proceso penal, cumplidas las condiciones del § 153a de la Ordenanza procesal penal⁴⁷, se debe, entre otras razones, a que es (p. 112) necesario respecto de las sanciones penales de poca gravedad, recomendables en el caso de delitos leves. Delitos en los que, de un lado, la imposición de una pena criminal no es adecuada y, de otro lado, el acto implica consecuencias jurídicas para el autor. Por cierto, estos supuestos pueden ser previstos difícilmente en los tipos legales del derecho material a causa de las numerosas hipótesis posibles. Existen buenas razones en favor del camino seguido por el legislador en el § 153a, optando por una solución procesal penal⁴⁸. Esta disposición fuertemente discutida con ocasión de su introducción⁴⁹, podría ser adecuadamente manejada, en gran medida, por la praxis judicial⁵⁰. Sin embargo, dado que los requisitos para sobreseer el proceso están regulados mediante conceptos jurídicos indeterminados, no es de descartar el peligro de una aplicación ajena a su esencia⁵¹. Por ejemplo, evitando absolver por dificultades probatorias o favoreciendo al inculpado mejor ubicado socialmente. Un defecto adicional del derecho vigente consiste en que el afectado, de acuerdo a los §§ 153a, párrafo 2 y 172 de la Ordenanza procesal penal, no pueden interponer ningún recurso contra los sobreseimientos dictados de acuerdo al § 153a⁵². El legislador debe, en consecuencia, intentar esclarecer esta norma mediante una descripción más precisa de las condiciones para archivar el proceso, y otorgando al afectado medios para recurrir contra esta decisión. Así mismo, debe posibilitar un mejor control contra una aplicación que desnaturalice la institución⁵³.

⁴⁴ Este punto de vista es subrayado por el Informe del gobierno federal (nota 13).

⁴⁵ Cf. JESCHECK, en ZStW, 91 (1979), p. 1037.

⁴⁶ Ver KAISER, p. 988 y s. (nota 27). Cf. también KERNER, en *Ambulante Behandlung junger Straffälliger*, POMPER/WALTER eds., 1980, p. 55, 66 y s.

⁴⁷ Cf. *supra*. IV.

⁴⁸ Ver WOLTER, *Aspekte einer Strafprozessreform bis 2007*, 1991, p. 59 y s.

⁴⁹ Para una perspectiva del estado de la discusión cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 22a ed., 1991, p. 71 y s.

⁵⁰ Respecto de la aplicación práctica ver HERTWIG, *Die Einstellung des Strafverfahrens wegen Geringfügigkeit*, 1982.

⁵¹ Cf., respecto a estas constataciones, AHRENS, *Die Einstellung in der Hauptverhandlung*, 1978, p. 227; p. 255 y s. (nota 50); KAISER/MEINBERG, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSZ)*, 1984, p. 349.

⁵² Ver HIRSCH, in ZStW 102 (1990), p. 534, 560; SCHÖCH, en ZStW, 92 (1980), p. 141, 180 (nota 4); WIEGEND, en ZStW, 96 (1984), p. 761, 787.

⁵³ Cf. en este sentido LAMPE (ed), *Gesetzvorschlag zur Behandlung der Kleinkriminalität*.

2. La advertencia con reserva de pena (*Verwarnung mit Strafvorbehalt*)

(p. 113) La sanción de advertencia con reserva de la pena, introducida por la segunda ley de reforma penal, ha sido frecuentemente considerada un fracaso⁵⁴. Sin embargo, a pesar del efecto de absorción del § 153a de la Ordenanza procesal penal, la cifra de advertencias con reserva de la pena ha aumentado de manera continuada. Hasta ahora, este instituto ha alcanzado un ámbito de aplicación no despreciable⁵⁵. Mientras que en 1976, fueron pronunciadas 978 advertencias con reserva de la pena, en 1989 la cifra aumentó a 3,388⁵⁶. Esto muestra la necesidad de que exista, en el catálogo de sanciones, una consecuencia jurídica entre el acto de archivar el proceso, de acuerdo al § 153a, y la multa efectiva⁵⁷. Frente a la multa suspendida condicionalmente, la reserva de la pena tiene la ventaja de acentuar igualmente la función de apelación de la reacción penal, pero dejando libre al autor del estigma inherente a la pronunciación de una pena.

La advertencia con reserva de la pena es aplicable cuando no es posible sobreeser el proceso, conforme al § 153a, por la no aceptación de uno de los partícipes del proceso o cuando sea necesario el proceso principal y el fallo para aclarar hechos o cuestiones jurídicas (por ejemplo, el alcance de un tipo penal), pero sea innecesaria la punición efectiva para la obtención de un efecto preventivo sobre el autor o la sociedad. Aun si es necesario imponer medidas de tratamiento, pero no la punición, para evitar la reincidencia, puede ser recomendable su utilización. En especial, esto es válido si el autor se esfuerza claramente por integrarse. Acertadamente, la 23 ley de reforma penal ha establecido, mediante la inserción del párrafo 3 del § 59a del Código penal, la posibilidad de imponerle determinadas reglas de conducta. Para agotar el potencial resocializador de la advertencia con reserva de la pena, el **(p. 114)** legislador debe en un próximo paso suprimir las limitaciones a las reglas de conducta establecidas en el § 59a, y admitir igualmente la imposición de obligaciones especiales.

Entre las condiciones de aplicación de la advertencia con reserva de la pena (§ 59a, párrafo 1, n. 2, CP), se encuentra la evaluación total de las circunstancias especiales del acto y de la personalidad del autor, de acuerdo a las cuales aparece recomendable la suspensión del pronunciamiento del fallo. Tal cláusula parece también justificada en los casos en que es imponible por lo general una pena de multa. Pero esto no significa que una advertencia con reserva de la pena sea aplicable únicamente en casos excepcionales. El derecho vigente no exige tal interpretación⁵⁸. La jurisprudencia parece perfilar poco a poco un grupo de supuestos susceptibles de una advertencia con reserva de la pena. Si se impone un manejo demasiado restrictivo del § 59, el legislador debe evitarlo mediante la ampliación de la cláusula que establece las condiciones de su aplicación⁵⁹.

Digna de valorar es la propuesta de suprimir la cláusula de exclusión del párrafo 2 del § 59⁶⁰. En los casos en los que una advertencia con reserva de la pena no es aplicable por los antecedentes del autor, se negará un pronóstico favorable de acuerdo al párrafo 1 n. 1 del § 59, o la apreciación general, según el párrafo 1, n. 2 de esta misma disposición, conducirá al rechazo de las circunstancias especiales. Además puede darse la posibilidad de vincular la advertencia con reserva de la pena con la sanción que prohíbe al autor de conducir vehículos⁶¹.

La introducción como sanción de la simple advertencia (*blosse Verwarnung*) en el derecho penal de adultos no es recomendable⁶². Esta **(p. 115)** sanción sólo tendría débiles efectos preventivos. De acuerdo al § 37 del Código penal de la ex República Democrática Alemana se podía pronunciar la pena de amonestación pública (*öffentlicher Tadel*). Esta sanción parece sin embargo haber tenido

⁵⁴ Ver ZIPF, en *Festschrift für Jescheck*, 1985, p. 977, 982.

⁵⁵ Cf. SCHÖCH, Jr, 1985, p. 378; DÖLLING, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1987, p. 1041, 1046.

⁵⁶ Ver STATISTISCHES BUNDESAMT, *Strafverfolgung*, 1976, p. 74, 1989, p. 54.

⁵⁷ Por una aplicación reforzada de esta pena, BAUMANN, en *Juristische Zeitung (JZ)*, 1980, p. 464; DENCKER, *Strafverteidiger*, 1986, p. 399; HORN, en *NJW*, 1980, p. 106.

⁵⁸ Ver SCHÖCH, en *Juristische Rundschau (JR)*, 1978, p. 74; del mismo, en *JR*, 1985, p. 378 y s.

⁵⁹ Por una acentuación del párrafo 1, n. 2 del § 59, HORN, en *ZStW*, 89 (1977), p. 546, 563; SCHALL, en *Deutsche Bewährungshilfe (ed), Die 13. Bundestagung*, 1990, p. 339, 350.

⁶⁰ Cf. SCHALL, p. 350 y s (nota 59).

⁶¹ Ver la propuesta de SCHALL de acentuar el párrafo 3, frase 2 del § 56 StGB y admitir con ello el retiro del permiso de conducir.

⁶² En el derecho penal juvenil se puede dictar una advertencia como instrumento penitenciario; cf. § 14 JGG.

poca significación en la práctica⁶³. Frente a la simple advertencia, la advertencia con reserva de la pena es una consecuencia jurídica más apropiada puesto que evita al autor el estigma de la punición, pero fortalece el efecto preventivo de la reacción penal mediante la reserva de imposición de una multa. Dado que la advertencia con reserva de la pena ya lo prevé, no es necesario establecer una nueva sanción de advertencia con reglas de conducta (*Verwarnung mit Auflagen*)⁶⁴. Se podría pensar en ampliar prudentemente la institución de la exención de la pena, prevista en el § 60 del Código penal, respecto a los actos cometidos en situaciones excepcionales o de conflicto.

3. La pena de multa (*Geldstrafe*)

La multa es la sanción ambulatoria central del sistema penal vigente. La ampliación de su ámbito de aplicación, mediante las leyes de reforma penal, ha sido realizada en desmedro de las penas privativas de libertad de corta duración⁶⁵. Según constataciones empíricas, la tasa de reincidencia de los condenados a la pena de multa, tomando en cuenta una serie de variables relevantes, no es más importante que la de los condenados a penas privativas de libertad efectivas o condicionales⁶⁶. No está claro tampoco si el retroceso de las penas privativas de libertad de corta duración ha conducido a un debilitamiento, desde la perspectiva de la prevención general, de la protección de bienes jurídicos. En especial, se señalan en los últimos años tendencias regresivas en los delitos previstos en el derecho (**p. 116**) de circulación cometidos en estado de ebriedad, en los que la sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración ha cambiado radicalmente la práctica sancionadora⁶⁷. La renovación de la discusión político criminal a nivel internacional sobre las penas privativas de libertad⁶⁸ no da ningún motivo, teniendo en cuenta constataciones empíricas, para invertir la preferencia de la pena de multa frente a las penas privativas de libertad de corta duración⁶⁹.

El legislador optó, al estructurar la pena de multa, por el sistema de días-multa y el principio del ingreso neto⁷⁰. Dado que la multa ha dado globalmente buenos resultados, no existe motivo alguno para sustituir su regulación actual por la de multa temporal o progresiva, consistente en el pago a plazos de la misma (*Laufzeitgeldstrafe*)⁷¹ o la del principio de pérdida patrimonial (*Einbusseprinzip*)⁷². Ciertamente, la aplicación del marco legal no se agota en el cómputo de los días multa. No obstante que, de acuerdo al § 40 del Código penal, se puede imponer una multa de hasta 360 días-multa y que al calcular globalmente la pena, según el párrafo 2, n. 2, del § 54, se admiten multas de hasta 720 días-multa, en 1989 se impusieron, en el 60% de los casos, multas de hasta 30 días-multa y en el 97% de los casos de hasta 90 días-multa⁷³. Es de preguntarse si se puede alcanzar, mediante modificaciones legales, que los tribunales amplíen en la práctica el ámbito de aplicación de la multa en desmedro de la pena privativa de libertad, imponiendo multas más severas. Sería de pensar en fijar montos mínimos de días-multas para los delitos más graves⁷⁴. Sin embargo, esta solución podría no ser (**p. 117**) recomendable. La descripción legal de los hechos que deben ser conminados con montos mínimos de días-multa es bastante difícil. Dado que el legislador conminó alternativamente con penas privativas de libertad, los tribunales pueden imponerlas de manera que la multa con monto mínimo devengan superfluas.

⁶³ Ver LAMMICH, p. 145 (nota 4); para más detalle del sistema de sanciones del Código penal de la ex República Democrática Alemana, SCHÖCH, *Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei der strafrechtliche Sanktionen ohne Freiheitsentzug?* Informe al 59 Congreso alemán de juristas (59 DJT), 1992, sección C.

⁶⁴ Cf. el Informe del gobierno federal, p. 5 s (nota 13).

⁶⁵ Ver *supra* II y III.

⁶⁶ Cf. H. J. ALBRECHT, p. 236 ss (nota 41); HÜSLER/LÖCHER, *Kurzfreiheitsstrafe und Alternativen*, 1991, p. 169, 182 y s.

⁶⁷ Ver SCHÖCH, en *NStZ*, 1991, p. 11, 14 y ss.

⁶⁸ Cf. KAISER, p. 928 y s. (nota 27).

⁶⁹ Por una prudente modificación del § 47 StGB, WEIGEND, en *JZ*, 1986, p. 250, 267 s.

⁷⁰ Cf. en este sentido la nota 9.

⁷¹ Cf. § 49 del Proyecto alternativo de Código penal. Parte General, parte segunda, 1969.

⁷² Ver en este sentido, TRÖNDLE, p. 573 (nota 9).

⁷³ STATISTISCHES BUNDESAMT, *Strafverfolgung*, 1989, p. 50.

⁷⁴ Cf. la reflexión de REHBERG, en *ZStW*, 100 (1988), p. 207, 218, que quiere evitar con esto el peligro de que se compensen altos montos de multa mediante una cantidad pequeña de días -multa.

Otras propuestas se dirigen a aumentar el mínimo de seis meses de la pena privativa de libertad⁷⁵, a ampliar la preponderancia de la multa sobre la pena privativa de libertad que va de los seis meses a un año⁷⁶, o a obligar a los tribunales a imponer multas en lugar de las penas privativas de libertad no mayores de dos años, si a través de la multa se puede alcanzar que el autor no cometa otro delito⁷⁷. Contra estas propuestas existen sin embargo grandes dudas. En las multas con una gran cantidad de días-multa cabe preguntarse si el daño causado por el autor sigue siendo proporcional. Además, la concreción de estas propuestas podría dar lugar a un aumento de las penas privativas de libertad substitutivas a causa de la ampliación de la multa a un grupo de autores que tiene grandes dificultades para pagarla⁷⁸. Finalmente, un retroceso de las penas privativas de libertad de corta duración por medios legales genera el peligro que los tribunales, en lugar de imponer penas privativas de libertad menos cortas, las impongan más largas. Por esto, debemos cuidarnos de una ampliación indiferenciada del ámbito de aplicación de la multa. La cantidad de multas con montos altos ha aumentado en los últimos años. La cantidad de multas entre los 30 y 90 días multa representaba el 20 % en 1976 y en 1989, el 37 %. Las multas superiores a los 90 días aumentaron en este periodo de 1 a 3 %⁷⁹. La jurisprudencia debe continuar en este camino y la doctrina debe **(p. 118)** apoyarla en la reflexión para que se imponga multas altas a los autores y en proporción a los actos.

Los tribunales no utilizan suficientemente las posibilidades de diferenciar (de acuerdo al § 40) el monto de la multas en función de la capacidad económica de autores pobres o adinerados⁸⁰. Sin embargo, el aumento de la cantidad de multas no mayores de 10 marcos de 8% en 1976, al 12 % en 1989 y la cuota de multas por encima de los 50 días-multa de 5 % en 1976 al 14 % en 1989, podría indicar una tendencia creciente de la praxis judicial a la diferenciación⁸¹. Podrían generarse dificultades especiales en la determinación correcta de los ingresos por encima del promedio normal⁸². En tanto no se logre hacer evaluaciones realistas, se pondrá nuevamente en el orden del día la propuesta de posibilitar a los tribunales un derecho de información frente a las autoridades tributarias⁸³.

Por el momento, el legislador está ocupado en la cuestión de si para combatir la criminalidad organizada se debe introducir una pena patrimonial que consista en el pago de una suma de dinero, cuyo monto es limitado por el valor del patrimonio del autor⁸⁴. Estos avances legislativos se prestan a dudas relevantes a causa de la vaguedad de los requisitos de la pena patrimonial de los proyectos de ley⁸⁵. Merece atención especial la propuesta de Köhler y Beck⁸⁶ según la cual la determinación de la multa debe vincularse al patrimonio del autor, si el acto ha sido cometido habitualmente y utilizando valores patrimoniales.

(p. 119) Se propone también introducir parcialmente en el derecho penal alemán⁸⁷ la suspensión condicional de la ejecución de la multa, tal como sucede en una serie de ordenamientos penales extranjeros⁸⁸. Los casos concernidos por esta propuesta, pueden ser comprendidos, sin embargo,

⁷⁵ Ver el párrafo 1 del § 56 del Proyecto alternativo (nota 68); ROXIN, en *JA*, 1980, p. 545, 549; igualmente SCHULTZ en su Anteproyecto de revisión de la parte general del Código penal suizo; del mismo, en *ZStW*, 100 (1988), p. 189, 201.

⁷⁶ A favor HORN, en *ZStW*, 89 (1977), p. 563 y s.; cf. igualmente SCHULTZ, en *ZStW*, 100 (1988), p. 201 (pena privativa de libertad menor a un año únicamente para evitar la reincidencia).

⁷⁷ Cf. § 50 del Proyecto alternativo (nota 71).

⁷⁸ Ver estos puntos de vista en ALBRECHT, *Strafmessung und Vollstreckung bei Geldstrafen*, 1980, p. 316 s; KAISER, p. 970 (nota 27).

⁷⁹ STATISTISCHES BUNDESAMT, *Strafverfolgung*, 1976, p. 72 s; 1989, p. 50.

⁸⁰ Cf. SCHÖCH, en *Ambulanten Massnahmen zwischen Hilfe und Kontrolle*, KURY (ed.), 1984, p. 29, 44.

⁸¹ STATISTISCHES BUNDESAMT, *Strafverfolgung*, 1976, p. 72 y s., 1989, p. 50 y ss.

⁸² Cf. H. J. ALBRECHT, en *Forschungsgruppe Kriminologie* (ed), *Empirische Kriminologie*, 1980, p. 242, 251.

⁸³ Ver el párrafo 3 del § 49 del Proyecto alternativo (nota 71); GREBING, en *ZStW*, 88 (1976), p.1103; SCHÖCH, en *ZStW*, 86 (1974), p. 590 y s.

⁸⁴ Cf. finalmente el Proyecto de ley de la Asamblea Federal del 25.07.1991, *BT-Drucks* 12/989.

⁸⁵ Ver la crítica de DREHER/TRÖNDLE, 45a ed., 1991, vor § 40, nota 6.

⁸⁶ *JZ*, 1991, p. 797, p. 803 y s.

⁸⁷ En favor de una posibilidad de suspensión de las multa de hasta 90 días -multa, ZIPF, p. 982 y ss. (nota 54).

⁸⁸ Cf. § 43 del Código penal austríaco y una vista panorámica en DÜNKEL/SPIESS, *Alternativen zur Freiheitsstrafe*, 1983, p. 510.

desarrollando la institución de la advertencia con reserva de la pena. Esta institución permite además limitar los casos de aplicación, que la efectividad de la multa no es puesta en peligro por la renuncia a la ejecución. Por esto se debe tomar distancia de la introducción de una pena de multa condicional. Empero, existen buenas razones en favor de la introducción de la suspensión de una parte de la multa. En Austria, la multa parcialmente condicional fue introducida en el Código penal mediante la reforma penal de 1987⁸⁹. ZIPF señala que la multa parcialmente condicionada puede ser un medio para fortalecer, más de lo que sucede hasta ahora, las multas a través de montos de días-multa más severos⁹⁰. Además, se podría combinar la multa (suspendida parcialmente) con reglas de conductas o condiciones, en los casos en los que no se pueda renunciar a la ejecución de la multa y, por ende, proceda una advertencia con reserva de la pena. De esta manera se ampliaría significativamente las posibilidades de obtener un efecto preventivo especial sobre el autor⁹¹.

Este objetivo no será alcanzado si, por la imposibilidad de cobrar la multa, se debe ejecutar, de acuerdo al § 43 del Código penal, una pena privativa de libertad substitutiva. Por cierto, a efecto de garantizar la efectividad de la pena de multa no se puede renunciar a esta pena. Sin embargo, debe ser limitada en gran medida⁹². Una **(p. 120)** alternativa importante para ello es la posibilidad abierta por el § 293 de la ley de introducción al Código Penal de permitir al condenado evitar la ejecución de la pena privativa de libertad substitutiva mediante la prestación de un trabajo en favor de la comunidad. Esta posibilidad existe desde 1987 en todos los Länder⁹³. El trabajo en favor de la comunidad ha ganado un limitado pero no despreciable campo de aplicación. Del total de multas no cobradas, alrededor del 8.5 % son sustituidas total o parcialmente mediante un trabajo libre⁹⁴. Esta cifra podría aumentarse si todos los Länder decidieren no confiar de manera exclusiva la tareas relacionadas con la ejecución de los trabajos a los funcionarios judiciales, sino que encargasen la distribución y vigilancia de los condenados a la asistencia judicial y a las asociaciones de ayuda a los condenados⁹⁵. Dado que en la regulación del trabajo en favor de la comunidad existen diferencias significativas entre los Länder, que las particularidades regionales no justifican, debe existir, por exigencias de igualdad jurídica, una regulación federal en los aspectos esenciales⁹⁶.

De acuerdo al párrafo 2 del § 43 del Código penal, por cada día-multa se impone un día de privación la libertad. Teniendo en cuenta el valor de la libertad personal, esta proporción es problemática⁹⁷. Si el legislador quiere conservar esta equivalencia, debe evitar una severidad desproporcionada mediante la aplicación de la liberación condicional a la pena privativa de libertad substitutiva. Una suspensión de la ejecución de la totalidad de esta pena no parece viable⁹⁸. Sin embargo, debe ser posible, luego del cumplimiento parcial, la suspensión del resto de la pena. Esto es admisible mediante una interpretación correcta **(p. 121)** del § 57 del Código penal⁹⁹. Sin embargo, dado que la práctica judicial dominante tiene una concepción diferente¹⁰⁰, el legislador debe aclarar la situación de la admisibilidad de la suspensión condicional del resto de la pena substitutiva mediante una

⁸⁹ Cf. párrafo 1 del § 43 del Código penal austríaco en su versión vigente del 01.01.1988. Ver en este sentido, ZIPF, en *Festschrift für Göppinger*, 1990, p. 463, 466 y ss.

⁹⁰ Ver ZIPF, p. 984 (nota 54); del mismo, p. 467 (nota 89).

⁹¹ Cf. ZIPF, p. 980 (nota 54). Se muestra escéptico frente a una vinculación de la multa con cargas u obligaciones o una vigilancia condicional, EINSENBERG, *Kriminologie*, 3a ed., 1990, p. 403.

⁹² Ver JESCHECK, en JESCHECK (ed.), *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht*, t. 3, 1984, p. 2158; MAURACH/GÖSSEL, *ALLGEMEINER TEIL*, t. 2, 7a ed., 1989, p. 518.

⁹³ Cf. FEUERHELM, *Gemeinnützige Arbeit als Alternative in der Geldstrafenvollstreckung*, 1991, p. 24.

⁹⁴ Ver FEUERHELM, p. 256 (nota 93).

⁹⁵ Para una relación entre la forma de organización y el grado de aplicación del trabajo en beneficio de la comunidad, cf. FEUERHELM, p. 178 y s. (nota 93).

⁹⁶ Cf. DÖLLING, en *Deutsche Bewährungshilfe* (ed), *13 Bundestagung*, 1990, p. 363, 372; SCHALL, p. 352 (nota 59).

⁹⁷ Cf. la crítica de JESCHECK, en *Revue pénale suisse*, 108 (1988), p. 220, a la propuesta del Anteproyecto de Schultz.

⁹⁸ Cf. la crítica de REHBERG, en *ZStW*, 100 (1988), p. 220, a la propuesta correspondiente del Proyecto de Schultz.

⁹⁹ Ver DREHER/TRÖNDLE, § 57, n. 2 a; DÖLLING, en *NStZ*, 1981, p. 86; STREE, en *Schöncke/Schröder*, 24a ed. 1991, § 57 4 a; Horn, en *SK StGB*, § 5, n. 3.

¹⁰⁰ Cf. DREHER/TRÖNDLE, § 57, n. 2a.

regulación explícita¹⁰¹. De este modo, disminuiría el tiempo de cumplimiento mínimo y facilitaría la suspensión de la mitad de la pena.

4. La suspensión condicional de la pena privativa de libertad (*Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung*)

De la misma manera que en el caso de la multa, la ampliación, mediante las leyes de reforma penal, de la suspensión condicional de la pena privativa de libertad, ha dado buenos resultados¹⁰². No obstante que la ampliación de la suspensión condicional se aplica a autores más peligrosos¹⁰³, la tasa de revocaciones ha disminuido. Mientras que en 1968 hubieron 48 % de revocaciones de la suspensión condicional, en 1989 la cuota de revocaciones fue de 34 %¹⁰⁴. Por cierto, esta disminución se debe a que en la actualidad los tribunales son más mesurados en la aceptación de las condiciones de revocación. La baja tasa de revocación muestra sin embargo que también en el caso de ampliación de la suspensión condicional, el plazo de prueba corra exitosamente, que proceda la remisión de la pena la suspensión condicional de la pena puede ser tan favorable que puede dar lugar a una remisión de pena.

Los límites máximos para la imposición de una suspensión de la pena son más altos en una serie de ordenamientos jurídicos extranjeros que en Alemania. Sin embargo, de acuerdo a las constataciones criminológicas, los resultados a nivel de la prevención especial no son peores que en caso de ejecución de la pena privativa de libertad. No debe temerse una merma de los efectos preventivo generales, a causa **(p. 122)** de una ampliación limitada de la suspensión de la pena¹⁰⁵. Por esto, es de imaginar un mayor desarrollo de esta institución¹⁰⁶. Frecuentemente, se exige suprimir, en la suspensión de las penas privativas de libertad entre un año y dos, el requisito de las circunstancias especiales, establecido en el párrafo 2 del § 56 del Código penal. Se propone igualmente admitir la suspensión de las penas privativas de libertad mayores de dos años y menores de tres años si se dan determinadas condiciones¹⁰⁷. La decisión legislativa referente a una supresión de las condiciones del párrafo segundo del § 56 del Código penal puede ser facilitada a través de un estudio empírico sobre la importancia práctica de esta cláusula. Esta investigación mostraría en qué casos el rechazo de la suspensión de la pena no se produce debido al requisito del pronóstico favorable (de acuerdo al párrafo primero del § 56 del Código Penal), ni al tener en cuenta la defensa del orden jurídico (según el párrafo tercero de dicho artículo), sino sólo por aplicación de la cláusula de condiciones. Si se pone de relieve estos casos, se puede evaluar mejor la procedencia de una suspensión. Con una ampliación de los límites superiores de la suspensión condicional a tres años, se abre la posibilidad de suspensión de la pena a delitos de gran importancia¹⁰⁸. Sin embargo, respecto de tales delitos también es imaginable una suspensión de la pena de acuerdo a las circunstancias del caso concreto. Algunas veces se tiene la impresión que los tribunales imponen, en delitos relativamente graves, una pena privativa de libertad de dos años para poder suspender condicionalmente la pena. Un aumento a tres años del límite superior podría por tanto contribuir a una mayor **(p. 123)** transparencia en el medición de la pena. Una ampliación adicional de la suspensión de la pena sería evitada mediante el requisito de las circunstancias especiales y la cláusula preventivo general de la defensa del orden jurídico.

Una ampliación del ámbito de aplicación de la suspensión de la pena podría inspirarse en el ejemplo del § 43a del Código penal austríaco, modificado 1987. Según esta norma, si no se dan los requisitos para un perdón condicionado de la totalidad de la pena privativa de libertad, se puede imponer, en

¹⁰¹ Ver JESCHECK, *AT*, p. 762.

¹⁰² En este sentido, *supra* II y III.

¹⁰³ Cf. HERMANN, en Feltes (ed.), *Kriminologie und Praxisforschung*, 1988, p. 233, 238.

¹⁰⁴ STATISTISCHES BUNDESAMT, *Bewährungshilfe*, 1968, p. 20; 1989, p. 14.

¹⁰⁵ Sobre este punto de vista ver DÜNKEL, en *ZStW*, 95 (1983), p. 1039, 1058 y ss., 1070, 1071.

¹⁰⁶ Esto fue igualmente considerado en la fundamentación del Proyecto de ley del gobierno federal del 24.08.1984, *BT-Drucks* 370/84. En contra, sin embargo, el Informe del gobierno federal, p. 3 (nota 13).

¹⁰⁷ Cf. DÜNKEL/SPIESS, p. 507 (nota 87); KAISER, p. 970 (nota 27); SCHALL, p. 346 (nota 62). Respecto a las propuestas legislativas con ocasión de la discusión de la 23a ley de modificación del derecho penal, cf. DÖLLING, p. 1042 (nota 55). Contra una ampliación de los límites máximos de la suspensión de la pena, FELTES, *Straussetzung zür Bewährung bei freiheitsentziehenden Strafen von mehr als einem Jahr*, 1982, p. 47, 49 y s..

¹⁰⁸ Crítico por esto frente a esta propuesta, HIRSCH, p. 137 (nota 13).

lugar de una parte de la pena privativa de libertad, una multa, siempre que sea posible suspender el resto. El efecto penal de la multa debe por tanto generar las condiciones de suspensión de la pena privativa de libertad¹⁰⁹. Sin embargo, la significación práctica de la introducción en Alemania de tal disposición podría ser limitada, puesto que ya el párrafo 2, n. 2, del § 56b del Código penal vigente abre la posibilidad de imponer al autor importantes prestaciones dinerarias y, con ello, de crear las condiciones para una suspensión de la pena¹¹⁰.

En los casos en los que es inevitable la imposición de una pena privativa de libertad efectiva, podría limitarse la privación de la libertad a través de la introducción de la hoy considerada inadmisibles, por lo dispuesto en el párrafo 4, n. 1, del § 56 Código penal, pena suspensión parcial de la pena privativa de libertad. En Austria, la reforma de 1987, ha establecido, mediante los párrafos 3 y 4, del § 43a del Código penal, los fundamentos jurídicos para la suspensión parcial de las penas privativas de libertad de más de seis meses a dos años y, bajo requisitos más severos, de las penas privativas de libertad de hasta tres años¹¹¹. Según estas normas, se debe perdonar condicionalmente una parte de la pena privativa de libertad, si no procede suspenderla (**p. 124**) totalmente ni es aplicable el párrafo 2 del § 43 a del Código penal, pero si existen los requisitos para un perdón condicionado de una parte de la pena. Esta institución tiene la ventaja que, en los casos en los que la ejecución de la pena privativa de libertad sea inevitable, se pueda abrir al autor, desde la sentencia, un camino a la integración. En todo caso, debe asegurarse que la suspensión parcial no conduzca a la aplicación menos frecuente de la suspensión de la totalidad de la pena privativa de libertad. Los tribunales deben aplicarla únicamente en los casos en los que esté descartada una renuncia total a la ejecución¹¹². Antes de tomar una decisión sobre la introducción de la suspensión parcial se debe evaluar los efectos de esta institución en la práctica penal de Austria.

Con relación al desarrollo de la suspensión de la pena se ha exigido frecuentemente una disminución del plazo máximo de prueba de cinco años (párrafo primero del § 56 a del Código penal) a tres años¹¹³. Por lo general, es suficiente un plazo de prueba de tres años. Sin embargo, las perspectivas de una ampliación de la suspensión de la pena podrían ser mejores si no se descarta la posibilidad de que en casos excepcionales se imponga un plazo de prueba de hasta cinco años. En las condiciones de revocación se establecerá que al lado de la comisión de otros hechos punibles, se pueda revocar la suspensión de la pena por infracción grave a las reglas de conducta. Por cierto, debemos ser cautos cuando se considera que procede una revocación únicamente por infracción de las reglas de conducta¹¹⁴. Pero, en aras de una efectiva ejecución de las reglas de conducta, no se puede renunciar a la revocación como medio de presión. La preferencia respecto a la revocación las tienen las medidas previstas en el párrafo segundo del § 56f del (**p. 125**) Código penal. En este sentido, el legislador debe dejar claro, mediante una modificación de la infeliz formulación del párrafo 2, frase segunda del § 56f del Código penal, que para evitar una revocación del plazo de prueba éste puede ser prolongado por encima del límite de cinco años del § 56 a del Código penal, pero que en este caso dicha prolongación no puede ser mayor a la mitad del tiempo establecido inicialmente¹¹⁵. A efecto de garantizar el éxito de la suspensión de la pena se requiere una estructuración de la asistencia que posibilite en especial el mejoramiento de la relación de confianza entre el condenado a prueba y la persona encargada de asistirlo¹¹⁶. Una modificación fundamental de la situación jurídica del asistente de la suspensión de la pena no es recomendable¹¹⁷.

¹⁰⁹ Respecto al párrafo segundo del § 43a del Código penal austríaco cf. ZIPF, p. 468 s. (nota 92).

¹¹⁰ A favor de una combinación de la suspensión condicional de la pena privativa de libertad y una multa impuesta de acuerdo al § 41 del Código penal, cf. BGH, *NJW*, 1985, p. 1719; LACKNER, *StGB*, § 41, n. 1.

¹¹¹ Cf. en este sentido, ZIPF, p. 476 y ss. (nota 89). Respecto a otros Estados en los que es admisible una ejecución parcial, cf. DÜNKEL/SPIESS, p. 509 (nota 87).

¹¹² Sobre el peligro de un retroceso de la suspensión condicional de la pena privativa de libertad ver KNÜSEL, *in* KUNZ (ed.), *Die Zukunft der Freiheitsstrafe*, 1989, p. 43, 60. En contra de una suspensión parcial, SCHULTZ, *in* *ZStW*, 100 (1988), p. 202.

¹¹³ Cf. DÜNKEL/SPIESS, p. 580 y s. (nota 87); JESCHECK, p. 2161 (nota 92); SCHALL, p. 346 (nota 62).

¹¹⁴ Los tribunales podrían tenerlo cada vez más en cuenta. Las revocaciones relacionadas con condenados asistidos por un funcionario público. En 1968, 45 % y en 1989 15 % de las revocaciones relacionadas con condenados asistidos por un funcionario, no lo fueron a causa de la comisión de un nuevo hecho punible. (STATISTISCHES BUNDESAMT, *Bewährungshilfe*, 1968, p. 20 y s.; 1989, p. 14 y s.).

¹¹⁵ Sobre este punto, ver con más detalle, DÖLLING, *in* *NSZ*, 1989, 345 m. w. N *

¹¹⁶ Sobre la situación de la asistencia en la suspensión de la pena, cf. KAISER, p. 936 y ss. (nota 27).

¹¹⁷ Sobre esta cuestión, cf. JUNG, *in* *Festschrift für Göppinger*, 1990, p. 511.

La regulación actual de la suspensión condicional de la pena debe mantenerse. Contra la propuesta de establecer en su lugar la sentencia que impone reglas de conducta y cargas y de prever una pena privativa de libertad substitutiva en caso de incumplimiento¹¹⁸, es de señalar que la suspensión condicional de la pena corresponde mejor a los objetivos de retribución de la culpabilidad y de prevención general. Igualmente, las posibilidades de resocialización están presentes en este caso. La institución jurídica de la suspensión condicional prevista en el § 33 del Código penal de la ex República Democrática Alemana¹¹⁹ tampoco ofrece ventajas importantes frente a la regulación vigente. Además, no es necesaria la introducción de una declaración de culpabilidad con suspensión del fallo condenatorio de acuerdo al modelo de la probation anglosajona¹²⁰.

(p. 126) Una forma de limitar la aplicación de la privación de libertad a lo indispensable, consiste en la suspensión del resto de pena no ejecutada, prevista en el § 57 del Código penal. La suspensión, luego de haberse cumplido dos terceras partes de la pena (párrafo 1, del § 57 del Código penal) ha ganado, desde hace mucho tiempo, un importante campo de aplicación. Luego de la ampliación de los alcances del párrafo 2 del § 57 del Código penal, mediante la 23 ley de modificación del derecho penal¹²¹, la cantidad de suspensiones de la pena, cumplida la mitad de la misma, aumentó de 185 en el año 1985 a 1,363 en 1989. De esta manera, las suspensiones establecidas de acuerdo a la “regulación de cumplimiento por vez primera” (Erstverbüßerregelung) de la pena privativa de libertad, prevista en el párrafo 2, n. 1, del § 57 (1989: 1173) prevalecen frente a las suspensiones dictadas de acuerdo al n. 2 (190)¹²² Pero, frente a las suspensiones establecidas de acuerdo al párrafo 2 del § 57 predominan claramente, con una cifra de 11,518 en 1989¹²³, sobre las dictadas según el párrafo 1. En todo caso, dado que las tasas de reincidencia en los casos de suspensión del resto de la pena no son más desfavorables que en los supuestos de cumplimiento completo de la pena¹²⁴, es de pensar nuevamente en una ampliación del párrafo 2 del § 57 del Código penal.

La ampliación podrá consistir en que la suspensión del resto de la pena, una vez cumplida la mitad de la misma, se rebaje al cumplimiento mínimo de tres meses y se exija como requisitos para la suspensión únicamente el consentimiento del condenado y un pronóstico favorable¹²⁵. Si el legislador no se decide a dar este paso¹²⁶, podría ampliar la regulación original del párrafo segundo, n. 1 del § 57 a las penas **(p. 127)** privativas de libertad superiores a los dos años¹²⁷. Se podría pensar asimismo ampliar el párrafo 2, n. 2, del § 57, en el sentido de que se pueda negar únicamente la suspensión de la mitad de la pena con pronóstico favorable, si la ejecución del resto de la pena es necesaria para la defensa del orden jurídico¹²⁸.

5. El trabajo en favor de la comunidad como pena autónoma (gemeinnützige Arbeit)

En el derecho penal común vigente no se puede imponer el trabajo en beneficio de la comunidad como pena principal¹²⁹. Es sólo aplicable, como obligación, en los casos de suspensión condicional de la pena o de una advertencia con reserva de la pena o en el marco del § 153a de la Ordenanza procesal penal. Puede servir además para evitar la ejecución de una pena privativa de libertad substitutiva. Por el contrario, en los ordenamientos penales extranjeros, el trabajo en beneficio de la

¹¹⁸ A favor, HORN, en *ZStW*, 89 (1977), p. 578; del mismo, en *ZRP*, 1990, p. 81.

¹¹⁹ Ver en este sentido LAMMICH, p. 136 y ss. (nota 4).

¹²⁰ Cf. JESCHECK, p. 2161 (nota 92); a favor de tal institución, SCHULTZ, en *ZStW*, 100 (1988), p. 200.

¹²¹ Ver en este sentido, DÖLLING, en *NJW*, 1987, p. 1043 y s.

¹²² Cf. STATISTISCHES BUNDESAMT, *Strafvollzug*, 1989, p. 7.

¹²³ Ver id., 1989, p. 7.

¹²⁴ Cf. WALTER/GEITER/FISCHER, en *NStZ*, 1989, p. 405, 409.

¹²⁵ En favor de la eliminación del requisito de la existencia de circunstancias especiales, HORN, en *ZStW*, 89 (1977), p. 563; JESCHECK, p. 2161 (nota 92); ROXIN, en *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 10980, p. 551; SCHÖCH, p. 46 (nota 80).

¹²⁶ Comparar sin embargo la nueva redacción del § 46 del Código penal austríaco, de acuerdo a la ley de modificación del derecho penal de 1987.

¹²⁷ Ver WALTER/GEUTER/FISCHER; en *NStZ*, 1990, p. 16, 20.

¹²⁸ Cf. la reflexión de BÖHM/ERHARD, in KAISER /KURI/H. J. ALBRECHT (eds.), *Kriminologische Forschung in der 80er Jahren*, 1988, p. 481, 493.

¹²⁹ En el derecho penal juvenil es por el contrario una sanción autónoma. Cf. los §§ 10 y 15 JGG.

comunidad ha resultado practicable como sanción principal¹³⁰. El Community Service se ha desarrollado en especial en Inglaterra y Gales, dentro de un ámbito de aplicación ciertamente limitado, pero firme de su sistema de sanciones¹³¹. El trabajo en favor de la comunidad debe ser introducido igualmente en Alemania como pena principal¹³². Desde la perspectiva de la prevención general, esta pena puede ser suficiente en los casos de la pequeña y mediana criminalidad. Puede abrir igualmente la posibilidad de ejercer un efecto preventivo especial sobre el autor. Esta pena puede ser aplicable cuando, a causa de las condiciones económicas desfavorables del autor, es previsible que la **(p. 128)** imposición de una multa conducirá a un pena privativa de libertad substitutiva. También puede ser recomendable en lugar de una pena privativa de libertad de corta duración para evitar la reincidencia del autor¹³³. El Tribunal Constitucional ha declarado la conformidad con la Constitución (en particular con los párrafos 2 y 3 del art. 12 de la Ley Fundamental) del trabajo como obligación (§ 10 de la Ley de tribunales juveniles) y como regla de conducta (§ 56b del Código penal)¹³⁴. El trabajo en favor de la comunidad como pena principal del derecho penal común también es conforme a la Constitución. Si se introduce en el Código penal, la prestación laboral puede ser únicamente ordenada con el consentimiento del autor. Además, se deben fijar legalmente los límites mínimos y máximos de la prestación laboral.

6. El arreglo entre el autor y la víctima (Täter-Opfer Ausgleich)

Uno de los temas principales de la discusión político criminal actual es el de introducir el arreglo entre el autor y la víctima como reacción frente a las infracciones y para reducir las sanciones penales tradicionales¹³⁵. Se entiende por arreglo autor - víctima los esfuerzos por solucionar el conflicto surgido entre el autor y la víctima, debido al hecho punible cometido; en especial mediante la reparación de los perjuicios por parte del autor. Si se quiere alcanzar un arreglo del conflicto entre el autor y la víctima, éste debe tener por consecuencia la renuncia a la punición o, en todo caso, a una disminución de la pena. Mediante la primera ley de modificación de la ley de tribunales juveniles (JGG)¹³⁶, se ha consolidado la composición autor - víctima como sanción del derecho penal juvenil¹³⁷. Las posibilidades existentes en el derecho penal común de obtener una reparación del daño, en especial mediante una obligación (§ 153a de la ordenanza procesal penal) o a través de una **(p. 129)** regla de conducta ha sido hasta ahora poco utilizada en la práctica. En 1989, en menos del 1 % de los sobreseimientos, conforme al § 153a de la Ordenanza procesal penal, se impartió una obligación de reparación de daños¹³⁸. De la misma manera, la imposición de esta obligación podría no ser muy frecuente en la suspensión condicional de la pena¹³⁹.

En la actualidad, en una serie de proyectos de derecho penal común, se intenta agotar las posibilidades del derecho vigente para fortalecer la composición autor - víctima¹⁴⁰. Estos proyectos tienen sin embargo un alcance limitado. Por esto, sería recomendable generar, mediante modificaciones legales, un marco de aplicación más amplio de la composición autor - víctima en la reacción penal. El proyecto alternativo en materia de reparación, preparado por un grupo de

¹³⁰ Cf. H. J. ALBRECHT/SCHÄDLER (eds.), *Community Service*, 1986.

¹³¹ Sobre esta pena ver CARLEDGE, en ALBRECHT/SCHÄDLER (eds.), p. 15 y ss. (nota 130).

¹³² En favor de esta alternativa, JESCHECK, p. 2156 (nota 92); JUNG, en *Juristische Schulung*, 1986, p. 741, 745; KUNZ, en *Revue pénale suisse*, 103 (1986), p. 209. En contra, Informe del gobierno federal, p. 5 (nota 13).

¹³³ Cf. DÖLLING, p. 365 y s., 376 y ss. (nota 96).

¹³⁴ Ver BVerfGE 74, 102; BVerfG, *NJW*, 1991, p. 1043.

¹³⁵ Sobre el estado actual de las discusión internacional cf. ESER/KAISER/MADLENER (eds.), *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, 1990.

¹³⁶ Primera ley de modificación de la ley de tribunales juveniles del 30.08. 1990, *BGBL I*, p. 1853.

¹³⁷ Ver §§ 10 Abs. 1 Satz 3 n. 7, 45 Abs. 2 Satz 2 JGG en la versión de la ley modificación de la ley de tribunales juveniles.

¹³⁸ STATISTISCHES BUNDESAMT, *Staatanwalschaften*, 1989, p. 14.

¹³⁹ Cf. EISENBERG, p. 512 (nota 91).

¹⁴⁰ Sobre la importancia de la composición autor - víctima en la práctica penal ver SCHÖCH/BANNENBERG, en KAISER/KURI/ALBRECHT (eds.), *Victims and Criminal Justice*, vol. II, 1991, p. 457; SCHRECKING, *Bestandaufnahmen zur Praxis des Täter-Opfer-Ausgleichs in der Bundesrepublik Deutschland*, 1991.

profesores de derecho penal alemanes, austríacos y suizos contiene propuestas en este sentido¹⁴¹. Este proyecto prevé que el Tribunal exime de pena si el autor ha reparado el perjuicio a la víctima y si la punición no es indispensable para generar un efecto en el autor o en la comunidad. En general, sólo es de aceptar el carácter necesario de la punición cuando el autor, sin la reparación, hubiera sufrido una pena privativa de libertad mayor de un año. Si la punición es indispensable, no obstante la reparación, la pena debe disminuirse de acuerdo al párrafo 1 del § 49 del Código penal. La reparación ha de realizarse básicamente hasta la apertura del proceso principal¹⁴².

Un anclaje sólido, en la ley, de la reparación requiere claridad sobre su importancia en la administración de justicia penal. La composición autor - víctima no puede **(p. 130)** sustituir el derecho penal pero puede modificar la reacción penal. La regulación de las consecuencias de un hecho punible no se puede dejar únicamente a la víctima y al autor, bajo una retirada completa del derecho penal. Esto implicaría el peligro de que el fuerte se imponga al débil y que el derecho falte a su función de proteger a éste¹⁴³. El hecho punible no es sólo un conflicto de intereses entre el autor y la víctima, sino que también concierne los intereses de la comunidad en la validez de la norma violada y en la protección de otras víctimas posibles¹⁴⁴. Es tarea de la administración de justicia tomar en cuenta estos intereses y examinar en cada caso concreto qué reacción se requiere para la defensa de estos intereses. En este sentido, es de considerar que la reparación por el autor puede conducir a que la punición sea necesaria para la obtención de los fines de la pena (retribución de la culpabilidad, prevención general y especial) o que pueda imponerse una pena menor como si no existiera reparación¹⁴⁵. Además, la reacción penal en interés de la víctima del hecho punible debe ser estructurada de modo tal que la prestación de la reparación debida sea exigible.

De esto se deduce que no es recomendable la introducción de eximentes penales (Strafaufhebungsgründe) de derecho material que estén vinculados, a semejanza de los §§ 42 y 167 del Código penal austríaco, a la reparación¹⁴⁶. Aún más, los órganos de justicia penal deben examinar en el caso concreto si los fines de la pena han sido cumplidos a través de la reparación o si a pesar de la reparación es necesaria la punición. Las posibilidades de que la reparación se realice durante el proceso deben ser mejoradas. Deben crearse órganos de mediación que se esfuercen por obtener una comunicación entre el autor y la víctima. **(p. 131)** Los servicios de conciliación podrían ser organizados en los Tribunales de asistencia o confiados a representantes independientes¹⁴⁷. Igualmente, los árbitros u órganos de arbitraje que intervienen en los procesos de conciliación por demandas privadas, conforme a la ley sobre los órganos de arbitraje en las Comunas (de 13.09.90), pueden asumir las tareas de los órganos de conciliación. Dichos órganos deben actuar en lo posible antes del proceso de manera que, dado el caso de una composición entre el autor y la víctima, pueda dar lugar a que se archive el proceso por parte del Ministerio Público. Pero la sola intervención del órgano de conciliación no debe ser suficiente para el levantamiento de la denuncia. Es imaginable igualmente una actividad de conciliación por parte del juez.

Un medio apropiado para fomentar prestaciones dirigidas a la víctima son las obligaciones de reparación de daños. Estas pueden imponerse en el marco del § 153a de la Ordenanza procesal penal, de la advertencia con reserva de la pena, de la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad y, si el legislador se decide por la introducción de esta institución, de la multa con suspensión parcial de la ejecución. El legislador debe formular las disposiciones sobre la obligación de reparar de tal manera que el fiscal o el juez puedan hacer uso de estas obligaciones más fácilmente¹⁴⁸. Por el contrario, la introducción de la reparación como sanción principal

¹⁴¹ Cf. Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM), Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und Schweizer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis AE), 1992.

¹⁴² Ver §§ 1 al 6 del Proyecto alternativo (nota 141). En detalle sobre el pago de la reparación en el derecho penal y procesal penal, SCHÖCH, sección D (nota 63).

¹⁴³ Cf. KAISER, p. 1000 (nota 27).

¹⁴⁴ Ver HIRSCH, en *ZStW*, 102 (1990), p. 534, 536.

¹⁴⁵ Cf. ROXIN, p. 47 (nota 7); cf. también la concepción de Rössner, en MARKS/RÖSSNER (ed.), *Täter-Opfer-Ausgleich*, 1989, p. 35 quien ve la solución pacífica del conflicto como una finalidad particular de la pena.

¹⁴⁶ En contra también HIRSCH, en *ZStW*, 102 (1990), p. 547; RIESS, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, Gutachten C für den 55 DJT*, 1984, p. 96; a favor, SCHULTZ, en *ZStW*, 100 (1988), p. 200; a favor de la introducción de disposiciones para delitos específicos sobre exención de la pena por reparación de los daños, HILLENKAMP, en SCHÖCH (ed.), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, 1987, p. 81, 97 y ss.

¹⁴⁷ GBL der DDR I, p. 1527.

¹⁴⁸ Cf. HIRSCH, en *ZStW*, 102 (1990), p. 551; WEIGEND, en *ZStW*, 96 (1984), p. 792 y s.

autónoma¹⁴⁹ no es recomendable. Si la condena y la sanción al autor son necesarias por razones de retribución de la culpabilidad, o de prevención general o especial, no es conveniente ordenar, como única consecuencia jurídica, la obligación civil de subsanar los daños. Entre las diferentes propuestas en favor de reforzar los intereses de la víctima en la ejecución de la pena de multa, la concepción de Meier podría ser una solución adecuada. Este autor propone crear un fondo de compensación financiado a (p. 132) través de las multas, que proporcionaría, en caso necesario, prestaciones a la víctima¹⁵⁰. En resumen, la idea de la reparación debe ser asumida más intensamente en la administración de justicia penal, sin que se abandone con esto las tareas principales del derecho penal.

7. Otras penas sin privación de libertad

En la discusión político criminal se han planteado una serie de sanciones sin privación de libertad. Se trata más bien de sanciones con carácter represivo que deben ser consideradas como alternativas a las penas privativas de libertad de corta duración. Se menciona la libertad controlada y las penas restrictivas de la libertad, respecto a las cuales se encuentran ejemplos en Italia y en los países del este de Europa¹⁵¹. La libertad en estas penas es limitada, por ejemplo, a través de la prohibición de alejarse del lugar de residencia. Se piensa además en desarrollar la privación de derechos, en especial del permiso de conducir, como pena principal¹⁵² y establecer, por ejemplo, como sanción en la criminalidad económica la publicación de sentencia¹⁵³. También se ha pensado en introducir el arresto domiciliario vigilado electrónicamente¹⁵⁴ de acuerdo al modelo americano. Por razones de principio, no es aconsejable semejante ampliación de la paleta de sanciones porque muestran que las sanciones ambulatorias pueden constituir también restricciones intensas de los derechos. Son suficientes como sanciones con carácter de advertencia y de corrección inferiores a la pena privativa de libertad (dado el caso vinculadas a obligaciones), la advertencia con reserva de pena, la multa y el trabajo en favor de la comunidad. En todo caso, es de evaluar la introducción de la prohibición de conducir vehículos como pena principal en los delitos de tránsito. La publicación de la sentencia sólo es pertinente en caso de que exista intereses (p. 133) de reparación. Pero no es aceptable en el resto de casos por su efecto infamante¹⁵⁵. El control electrónico representa un peligro relevante por la intromisión del derecho penal en la esfera privada. Por esto, se debe tomar distancia de esta sanción¹⁵⁶.

Sin embargo, es de evaluar la introducción de sanciones ambulatorias complementarias a efecto de cumplir con las tareas de resocialización del derecho penal. Como lo muestra la investigación del Centro Criminológico de Wiesbaden respecto a la aplicación de los §§ 35 y siguientes de la Ley de estupefacientes (BtMG), es también posible introducir en el ámbito difícil de la dependencia de las drogas, medidas de tratamiento probablemente exitosas¹⁵⁷. En el ámbito de las sanciones ambulatorias, la disposición de someterse a un tratamiento médico o a una cura de desintoxicación podría estructurarse como consecuencia jurídica autónoma la sujeción a una asistencia y la obligación de participar en cursos destinados a superar determinados defectos (por ejemplo, la formación post-escolar de un automovilista con problemas de alcoholismo). Existen puntos de partida para tales regulaciones. De acuerdo al § 27 del Código penal de la ex República Democrática Alemana, el

¹⁴⁹ A favor, FREHSEE, *Schadens Wiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*, 1987, p. 384; JUNG, en *ZStW*, 99 (1987), p. 497, 533; cf. también MÜLLER-DIETZ, en KAISER/KURI/ALBRECHT, p. 961, 971 y ss. (nota 128). El Código penal de la ex República Democrática Alemana preveía como sanción principal en el §24 y s. la condena a la sustitución del daño.

¹⁵⁰ Ver MEIER, *ZRP*, 1991, p. 68, con una presentación de diferentes propuestas de reforma.

¹⁵¹ Cf. DOLCINI/PALIERO, en *ZStW*, 102 (1990), p. 22, 231 ss; KAISER, p. 974 (nota 27); WIEGEND/ZOLL, en *ZStW*, 103 (1991), p. 250, 264.

¹⁵² Ver DÜNKEL/SPIESS, p. 510 (nota 90).

¹⁵³ Crítico, TIEDEMANN, en *Politische Kriminalität und Wirtschaftskriminalität*, 1984, p. 281.

¹⁵⁴ Ver WIEGEND, *Bewährungshilfe*, 1989, p. 289, 301.

¹⁵⁵ Cf. RIESS, p. 105 (nota 146).

¹⁵⁶ Ver SCHALL, p. 359 y s. (nota 62).

¹⁵⁷ Cf. EGG, *Forensi-Jahrbuch*, 1991, p. 165; KURZE, en EGG (ed.), *Die Therapieregungen des Betäubungsmittelrechts*.

tribunal podía obligar al autor a someterse a un tratamiento médico especializado¹⁵⁸. En el derecho penal juvenil, las obligaciones de ponerse bajo el cuidado de un asistente de confianza, de participar en un curso de formación social, o de someterse a un tratamiento médico-educativo o a una cura de desintoxicación están consideradas como consecuencias jurídicas autónomas en los párrafos 1 y 2 del § 10 de la ley de tribunales juveniles. Sin embargo, no sería aconsejable introducir en el Código penal tales medidas como sanciones autónomas. Por el contrario, ellas deben ser pronunciadas como reglas de conducta en el marco de la advertencia con reserva de la pena, de la suspensión parcial de la multa, y de la suspensión condicional de la **(p. 134)** pena. Esto tiene la ventaja que a través de pronunciación de la pena y de la culpabilidad, en interés de la retribución y de la prevención general, se pueda poner de manifiesto el desvalor del acto y que con la pena suspendida esté presente un medio de presión para la realización de la medida de resocialización a la que no se puede renunciar. La graduación entre la advertencia con reserva de la pena, la suspensión parcial de la multa y la suspensión condicional de la pena privativa de libertad hace posible establecer correctamente las diferencias en función de la gravedad del delito y de los esfuerzos de reintegración del autor.

8. Medidas de seguridad y de mejora ambulatorias así como algunas consecuencias jurídicas penales especiales sin privación de libertad

Entre las medidas de seguridad ambulatorias, el retiro del permiso de conducir, previsto en los §§ 69 y siguientes del Código penal, tiene cuantitativamente la mayor importancia. En 1989, se retiró el permiso de conducir a 169,898 sentenciados¹⁵⁹. El instituto del retiro del permiso de conducir podría haber dado buenos resultados como consecuencia jurídica eficaz en la prevención de la delincuencia vinculada al tránsito. Por esto se dice que ha sido positiva la estrategia de reaccionar de manera predominante, en los casos de delitos cometidos en estado de ebriedad, con la multa y el retiro del permiso de conducir¹⁶⁰. Una reestructuración fundamental de las consecuencias jurídicas - por ejemplo, la sustitución de las medidas de seguridad del retiro del permiso de conducir por la pena de la prohibición de conducir - no es por eso indispensable¹⁶¹. Sin embargo, es de considerar la introducción de modificaciones y complementos de las disposiciones particulares. Así, se debería regular expresamente que el autor puede obtener una reducción del tiempo de prohibición mediante la participación en cursos post-escolares¹⁶².

La vigilancia de la conducta (*Führungsaufsicht*) pertenece a las regulaciones más discutidas de las leyes de reforma penal¹⁶³. En 1989, **(p. 135)** sólo en 57 procesos los tribunales impusieron, de conformidad con el párrafo primero del § 68 del Código Penal, una sola vez esta medida¹⁶⁴. Por el contrario, los casos en los que la establecieron de acuerdo al párrafo 2 del § 68 del Código penal tiene una gran importancia práctica. Al 31 de diciembre de 1989 fueron contabilizadas en total 12,400 medidas de vigilancia¹⁶⁵. Mientras que con relación a las que se dictan por orden judicial se puede pensar en su supresión en razón de su poca aplicación. Teniendo en cuenta los conocimientos actuales, sería de mantener legalmente la vigilancia de la conducta y desarrollar las posibilidades de ayuda a la resocialización inherentes a ésta. En la medida en que la vigilancia de la conducta tenga lugar durante la suspensión condicional de un tratamiento (§ 67b CP), dicha medida puede facilitar la renuncia a la ejecución en un lugar fijo. Además, la vigilancia de la conducta puede ayudar significativamente a la integración¹⁶⁶. Así mismo, resulta evidente que para el grupo de personas considerado en el § 67f del Código Penal, que debe cumplir completamente penas más largas, es necesario apoyarlas de manera efectiva para lograr que vuelvan a integrarse.

¹⁵⁸ Esta consecuencia jurídica fue admisible solamente, de acuerdo al *Lehrbuch des Strafrechts der DDR*, 1988, p. 368, como obligación adicional a una pena.

¹⁵⁹ Cf. STATISTISCHES BUNDESAMT, *Strafverfolgung*, 1989, p. 68.

¹⁶⁰ Ver SCHÖCH, en *NStZ*, 1991, p. 14 y ss.

¹⁶¹ Sobre el estado de la discusión, cf. DREHER/TRÖNDLE, § 69 n. 1 a.

¹⁶² Sobre las experiencias en los cursos post-escolares, cf. KAISER, p. 824 y s. (nota 27).

¹⁶³ Cf. en torno al estado de la discusión, DERTINGER/MARKS (eds.), *Führungsaufsicht*, 1990.

¹⁶⁴ Cf. STATISTISCHES BUNDESAMT, *Strafverfolgung*, 1989, p. 70 y s.

¹⁶⁵ Ver STATISTISCHES BUNDESAMT, *Bewährungshilfe*, 1989, p. 6.

¹⁶⁶ Cf. WEBER, *Katamnesen psychisch auffälliger Stratäter und Führungsaufsicht*, 1985.

No se puede renunciar, en aras de una protección efectiva contra la criminalidad económica, a las medidas de seguridad de prohibición de ejercer una profesión¹⁶⁷. Respecto a las consecuencias jurídicas ambulatorias han de mejorarse las posibilidades de limitar efectivamente, mediante la confiscación, las ganancias obtenidas en los hechos punibles, sin que se perjudique los derechos de la víctima a obtener una reparación por daños¹⁶⁸. La regulación de las consecuencias accesorias de los §§ 45 y siguientes del Código penal deben permanecer en el Código penal en razón de su notable importancia¹⁶⁹.

VI. Resumen

(p. 136) En general, es recomendable un desarrollo más amplio de las sanciones ambulatorias. Así, las posibilidades de la práctica penal de reaccionar frente a la criminalidad en forma diferenciada serían mejoradas mediante sanciones proporcionales y preventivamente adecuadas. Las propuestas que han sido presentadas en este trabajo se relacionan mayormente con modificaciones de las sanciones ya existentes. A pesar de la ampliación de las posibilidades de reacción, debe mantenerse la claridad y la practicabilidad del sistema de sanciones. Las sanciones tratadas aquí conciernen sobre todo la pequeña y mediana delincuencia. En el ámbito de la criminalidad grave, la administración de justicia penal debe enfrentarse actualmente, entre otras formas de criminalidad, con la criminalidad organizada que debe ser combatida eficazmente. Esto no significa que es recomendable un aumento de las penas. Se requiere más bien una reacción diferenciada en función de las distintas formas de criminalidad¹⁷⁰. A través de un desarrollo de las sanciones ambulatorias allí donde es conveniente, no se pone en peligro la contención de la criminalidad grave, sino que se fortalece la efectividad de la administración de justicia penal en general.

¹⁶⁷ Ver TIEDEMANN, p. 278, 280 (nota 153). En torno a la discusión de las sanciones contra la criminalidad de las empresas ver p. 283 y s.

¹⁶⁸ Cf. *Bericht der Bundesregierung*, p. 6 (nota 13); RIESS, p. 99 y s. (nota 149). Respecto a las dudas sobre "la confiscación ampliada" propuesta por la Asamblea Federal.

¹⁶⁹ NELLES, en *JZ*, 1991, p. 17, 23 y s.

¹⁷⁰ Cf. SCHULTZ, en *ZStW*, 100 (1988), p. 199.