

PRESENTACION

Este número de la revista contiene los trabajos presentados en el simposio de los profesores Jescheck y Jantsch, en las sesiones del Derecho penal y de la Teoría del Estado, respectivamente.

CINCO AÑOS DE EXPERIENCIA CON EL NUEVO DERECHO PENAL ALEMAN*

Profesor Dr. Hans - Heinrich Jescheck

Director del Instituto Max Planck de Derecho Penal extranjero e internacional, Friburgo en Brisgovia, República Federal de Alemania.

Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

* Conferencia pronunciada por el autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el 4 de setiembre de 1980. La traducción del alemán fue hecha por la Dra. Silvia Peña de Wasaff, de Chile, quien se encuentra actualmente realizando trabajos de investigación en el Instituto de Friburgo.

20504 N
N.º 211
CMOV/1960
1980

Con fecha 1º de Enero de 1975 entró en vigencia en Alemania una nueva versión del ya más que centenario Código penal. La parte general ha sido completamente modificada y también la parte especial ha adquirido en gran medida una nueva fisonomía. En los últimos años el legislador alemán ha dirigido especialmente su atención a temas de candente actualidad, tales como la interrupción del embarazo, la lucha contra el terrorismo, la delincuencia en materia económica y la protección del medio ambiente.

Esta labor legislativa de Alemania se encuadra en la gran corriente universal en pro de la modernización y humanización del Derecho penal, surgida hacia fines de los años cincuenta, que puede ser considerada como la tercera época de reformas después de la ilustración del siglo dieciocho y del positivismo de fines del siglo diecinueve y comienzos del actual. Digno de especial mención en este contexto es el Código penal tipo para Latinoamérica, que ha dado origen a una serie de nuevos códigos penales, entre los que debe destacarse la Parte general del nuevo Código penal de Costa Rica, del año 1970. Otro exponente de este movimiento reformista es el Proyecto de Código penal español, de 1980. Tanto en el Código penal tipo como en el Proyecto español, la influencia del Derecho penal alemán es apreciable, hecho que queda demostrado por el paralelismo que existe en muchos aspectos entre el Código penal tipo y el nuevo Derecho penal alemán. También en el Proyecto español puede verse claramente la influencia del nuevo Derecho penal alemán y del Proyecto alternativo de 1966. La influencia de la Ciencia penal alemana en el extranjero no se limita, sin embargo, al aspecto puramente dogmático, sino que también las investigaciones empíricas en el campo de la Criminología, relativas a la forma como se ha aplicado el Derecho penal en la práctica, despiertan en el exterior un interés cada vez mayor. El carácter internacional del movimiento de reforma aparece también de manifiesto a través de la colaboración prestada por organismos internacionales tales como las Naciones Unidas y el Consejo de Europa; la cual ha consistido sobre todo en el estímulo y la coordinación de los trabajos científicos.

En el caso de la reforma penal en Alemania, no se trataba, empero, sólo de la modernización del Derecho penal propiamente tal. Un nuevo código penal sin una reforma correlativa del sistema de ejecución de penas, sería una obra incompleta, puesto que no puede quedar sin resolver la cuestión de cómo debe ejecutarse la pena privativa de libertad, según la intención del legislador. La labor de reforma vino a quedar culminada sólo en en el año 1976, con la promulgación de la primera ley alemana de ejecución penal, que otorga a los reclusos una situación jurídica clara, delimita los deberes del Estado con respecto a ellos e imprime una nueva orientación a la ejecución penal, la que deja de tener carácter represivo para transformarse en una institución social.

El objeto de mi exposición es examinar hasta qué punto el nuevo Derecho penal alemán ha respondido a las esperanzas que en él se pusieron, es decir, en qué medida es verdaderamente eficaz y conveniente. Para disponer de un criterio de valoración de la labor reformadora, es preciso remontarse al punto de partida para luego confrontarlo con los resultados obtenidos. Las bases para la reforma fueron suministradas por el gran proceso de aprendizaje y de reorientación de las ideas que tuvo lugar en los últimos quince años dentro del campo de la Política criminal, por influencia del Derecho comparado y de la Criminología moderna.

¿En qué consiste este proceso?

La idea de que el Derecho penal, si bien absolutamente indispensable para garantizar la tranquilidad pública, constituye sólo uno entre los varios medios de control social, se ha ido abriendo camino cada vez más. Al mismo tiempo se ha reconocido que la imposición de penas no acarrea en modo alguno sólo ventajas para la comunidad jurídica, sino que también conlleva graves perjuicios tanto para el condenado y su familia, como también para la sociedad toda. Se ha comprendido además, que la justicia penal no tiene por misión hacer justicia por un puro afán de justicia, sino que, si hace responder al delincuente por el hecho cometido, es únicamente, porque la merecida sanción por la perturbación del orden jurídico, constituye al mismo tiempo un medio indispensable para la prevención del delito. De esto se desprende, además, que el Derecho penal sólo puede ser el último recurso

para la preservación del orden jurídico, y que, en caso de que se disponga de medios de control social más benignos, que resulten suficientes para la protección de la sociedad, debe dársele a éstos la preferencia. En estas ideas es donde debe buscarse la raíz de la tendencia actual a la desincriminación de hechos de escasa gravedad, mediante su traspaso al Derecho de policía, de carácter meramente administrativo, y a reservar la sanción penal para hechos de mayor gravedad. Por otra parte, se ha visto la necesidad de extender la protección jurídico-penal a nuevos bienes jurídicos, tales como el orden económico y el medio ambiente, resultando con esto un ensanchamiento en otro sentido del ámbito del Derecho penal. La configuración del nuevo Derecho penal tenía asimismo que guardar correspondencia con las exigencias del Estado de Derecho, por lo que hubieron de ser rechazadas algunas sugerencias innovadoras, como por ejemplo la pena privativa de libertad de duración indeterminada, puesto que con ella los particulares quedarán librados a la facultad discrecional del poder público, no susceptible de control. En último término, también logró imponerse uno de los postulados de la Criminología moderna, según el cual la sociedad debe tener una actitud solidaria con el delincuente, proporcionándole la ayuda necesaria para que éste pueda reincorporarse a la vida en libertad.

Sobre la base de estas pautas ha emprendido el legislador alemán la reforma del Derecho penal. En qué medida esta labor se ha visto coronada por el éxito, es lo que examinaré ahora confrontándolo con tres cuestiones decisivas para la hora presente.

Primera cuestión: ¿Es capaz el Derecho penal de garantizar aún la integridad del ordenamiento jurídico, no obstante que su radio de acción ha quedado disminuido y su rigor ha sido atenuado?

Segunda cuestión: ¿En qué medida responden todavía las valoraciones del nuevo Derecho penal a la conciencia jurídica de la sociedad?

Tercera cuestión: ¿Ha sido incorporado al nuevo Derecho el postulado de la solidaridad y auxilio social, y en qué medida acepta la comunidad este cambio?

Comencemos con el examen de la primera cuestión.

La finalidad primordial del Derecho penal es garantizar la incolumidad del ordenamiento jurídico por medio de la coacción estatal. Cuando todas las otras medidas para lograr la tranquilidad jurídica y la seguridad pública han fallado, compete en última instancia al Derecho penal poner a resguardo la coercitividad del ordenamiento jurídico, en tanto que fundamento indispensable de la convivencia humana. Tan pronto como el Derecho penal no cumpla con esta función, está próximo el peligro de que se haga justicia de propia mano, tal como muestra la historia e incluso la experiencia reciente.

La cuestión que hay que examinar es, pues, el desarrollo que ha tenido la criminalidad en Alemania bajo la influencia de la moderna Política criminal, en los últimos quince años. Para ello tomaré como base la estadística criminal que lleva la Policía, en la que aparecen registrados los hechos punibles denunciados a la Policía o de que ésta ha tenido conocimiento por otras vías. Las cifras de la estadística policial serán comparadas con la estadística judicial de condenas, para lograr así un cuadro más completo. Los datos obtenidos en esta forma no reflejan sino aproximadamente la realidad delictual, debido al efecto perturbador de la llamada "cifra negra", esto es el número de casos de que no se ha tenido conocimiento.

El cuadro que de esta manera hemos obtenido, muestra un aumento de la criminalidad, que puede observarse en todos los países altamente industrializados del mundo libre, con excepción de Japón y Suiza, que constituyen casos especiales, a los cuales no podemos entrar aquí a referirnos. El aumento de la criminalidad en la República Federal de Alemania asciende, según la estadística policial, a 189 en relación a 100 entre los años 1963 y 1978. Esta cifra evidencia un considerable incremento del total de denuncias efectuadas en el lapso de 15 años. El número de condenas, en cambio, ha aumentado en una proporción mucho menor: el índice arroja sólo 119 en relación a 100 por el mismo período. Expresado en cifras absolutas, la cantidad de hechos delictuales investigados por la Policía durante el año 1978, alcanzó a . . .

3.390.000, sin contemplar los delitos de circulación; la cantidad de condenas, en cambio, fue sólo de 407.000. La diferencia se explica, en primer lugar, por el hecho de que la Policía sólo puede esclarecer una cantidad promedio de 45 por cada 100 casos denunciados. En segundo lugar, porque el Ministerio público es mucho más exigente que la Policía para considerar suficientemente fundada una sospecha. En tercer lugar, es preciso descontar la gran cantidad de hechos de mínima importancia que son computados en la estadística policial, pero que no llegan a dar lugar a juicio, pues son archivados por el Ministerio público. Finalmente, hay que tener presente que la condena sólo puede tener por fundamento la convicción personal del juez y no una mera sospecha, por muy fundada que esta sea, de donde resulta que hay que descontar todavía un 8% correspondiente a las sentencias absolutorias.

La cantidad total de hechos pesquisados por la Policía, no es significativa, empero, para una consideración crítica del Derecho penal, puesto que más de la mitad de los hechos denunciados son hurtos, en su mayoría por un valor inferior a 100 marcos, por lo cual su incidencia total es de menor envergadura. Es preciso, en consecuencia, entrar a analizar el aumento de la delincuencia en relación a los delitos en particular, especialmente en el caso de aquellos más significativos. Dicho análisis muestra un aumento considerable con respecto al homicidio y las lesiones, una triplicación del robo y una cuadruplicación del hurto grave, hechos que dan motivo suficiente para poner en tela de juicio la eficacia del Derecho penal.

Pero también hay que considerar otras circunstancias que tienden a inclinar la balanza en el sentido contrario. Una de estas circunstancias que actúan de contrapeso, es el éxito criminalístico de la Policía. Si se toma en cuenta que el porcentaje de casos resueltos en el año 1978 es de 96,4% en el caso de homicidio y asesinato, 85,8% en las lesiones graves y calificadas por el modo de comisión, 72,8% en la violación, y 54,3% en el robo, puede decirse que, si bien la criminalidad violenta ha aumentado en forma alarmante, aún se encuentra bajo control.

Por cierto que también hay zonas en las que la delincuencia ha quedado fuera de control, como ocurre por ejemplo con el

hurto grave, que como ya dijimos se ha cuadruplicado desde 1963, en tanto que el índice de esclarecimiento ha bajado del 31,2% al 19,7%. Algo parecido puede decirse con respecto a los daños, cuya frecuencia se ha triplicado a partir del mismo año, mientras la cifra de casos resueltos ha experimentado una disminución desde el 35,4%. Es, pues, en la protección de la propiedad donde el Derecho penal alemán peor resiste la prueba, ya que el delito se ha hecho fácil y el castigo difícil.

En ponderación de los factores positivos y negativos del cuadro de la delincuencia actual, hay que considerar todavía otras circunstancias que ayudan a mantener el equilibrio. El aumento de la criminalidad no sólo no ha sido igual para toda clase de delitos, sino que en algunos sectores se observa incluso una clara disminución. Así ocurre sobre todo con la cifra de los delitos contra la honestidad pesquisados por la Policía, que ha bajado de 100 a 64 desde 1963.

Digna de mención es también la disminución de accidentes de tránsito con resultado de daño para las personas, no obstante el aumento considerable de la cantidad de vehículos en circulación hecho que habla en favor de un mejoramiento de la disciplina en la conducción de vehículos motorizados. Es verdad que este mérito no corresponde sino en parte al Derecho penal, pero aquí, en todo caso, por lo menos no ha fallado.

El verdadero peligro para la incolumidad del ordenamiento jurídico no proviene de la delincuencia común, sino que está representado por el terrorismo, ya que sólo éste, como lo demuestra el caso de Italia, es capaz de llegar a constituir una amenaza para la autoridad del Estado en su esencia misma, cosa que no ocurre tratándose de delitos comunes. El terrorismo entraña el mayor desafío de todos los tiempos a que se ha visto enfrentado el Estado de Derecho de orientación liberal, puesto que lo somete a una doble prueba: por una parte, el Estado tiene que protegerse a sí mismo, a sus órganos e instituciones, como también a todos sus habitantes, frente a posibles atentados terroristas; pero por otra parte, el Estado de Derecho tiene que ser muy cauteloso en la elección de los métodos de lucha contra el terrorismo, pues seguirle el juego equivale a negarse a sí mismo, y esta es precisamente la meta que el terrorismo persigue. La justicia penal ale-

mana se ha esforzado al máximo para no salirse del marco procesal propio de un Estado de Derecho, incluso en los juicios seguidos contra terroristas, a pesar de los intentos de la parte contraria para hacer imposible la vista de la causa mediante disturbios y entorpecimientos de todo tipo.

Desde el punto de vista procesal, la reacción del Estado frente a tales intentos ha sido rigurosa, pero eficaz. Se ha adoptado especialmente la medida de excluir del proceso al defensor electivo, sobre todo en aquellos casos en que el abogado defensor hacía las veces de correo entre los terroristas presos, manteniendo así la cohesión dentro de la organización terrorista. En el Derecho penal sustantivo, el legislador se ha limitado a incluir entre sus disposiciones actividades que se encuentran aún al margen del terrorismo propiamente tal, pero que pueden favorecer la formación de grupos terroristas. En relación a los actos de terrorismo propiamente tales, se ha mantenido el Derecho penal vigente, por estimarlo suficiente para la represión del terrorismo, el que ha sido aplicado con mesura, pero también con decisión. Es indispensable destacar a este respecto que la Corte Federal Constitucional ha confirmado la pena de prisión perpetua, ya que en este caso la pena cumple también una función de seguridad. A diferencia de lo que ocurre en el Derecho penal de Costa Rica, en el que la prohibición de aplicar penas perpetuas ha alcanzado incluso rango constitucional (Art. 40 de la Constitución), la pena de prisión perpetua se ha mantenido en el Derecho alemán, aunque tiene muchos detractores, en tanto que la pena de muerte ha sido abolida en ambos países. Como consecuencia del análisis de esta primera cuestión, creemos que en general puede decirse que, aun frente al terrorismo, la incolumidad del ordenamiento jurídico ha podido mantenerse hasta ahora, y que en este triunfo al Derecho penal le cabe, sin duda, un papel importante.

II

Pasemos ahora al examen del segundo problema, cual es la determinación del grado de correspondencia que existe entre las valoraciones del Derecho penal y los valores fundamentales reconocidos por la sociedad.

Para el análisis de esta cuestión tomaremos como base la nueva regulación de la interrupción del embarazo y la evolución que ha tenido el Derecho penal económico, dos reformas que han preocupado de modo muy especial la opinión pública alemana en los últimos años. La nueva disposición relativa a los casos en que el aborto es impune, tiene su origen en la tesis de la llamada "indicación", término que ya había sido acuñado en relación al aborto terapéutico o por indicación médica, pero que ahora se ha hecho extensivo a todos los casos en que la ley autoriza poner término a un embarazo, siempre que concurren determinadas circunstancias que ella misma taxativamente señala. La tesis del plazo, que permitía practicar el aborto durante los tres primeros meses de embarazo, sin necesidad de aducir motivo alguno, había logrado apenas alcanzar la mayoría en el Parlamento y, una vez convertida en ley, fue luego rechazada por el Tribunal Constitucional por estimarla contraria a la Constitución. En vista de esta resolución de la Corte Constitucional, el Parlamento se vio obligado a redactar de nuevo la disposición relativa al aborto permitido, acogiendo esta vez la tesis de la indicación, la cual, sin embargo, tampoco ha sido capaz de resolver las diferencias de opinión. El punto más conflictivo lo constituye la llamada indicación social, esto es, la admisión del aborto en razón de una situación angustiosa. Esta indicación no se encuentra contemplada en el Derecho penal costarricense, que al igual que el Derecho alemán anterior a la reforma, reconoce solamente la indicación médica como causa de impunidad total del aborto, y otorga además, siguiendo en esto la tradición española, una considerable atenuación de la pena para el aborto cometido por causa de honor (Art. 120).

En virtud de la indicación social, es impune según el Derecho alemán el aborto practicado a una mujer que se encuentra en una situación conflictiva de tal gravedad, que hace inexigible para ella el llevar a término el embarazo, a condición, claro está, de que dicha situación no puede ser evitada por otro medio exigible. En contra de esta disposición puede decirse, en primer lugar, que la formulación legal de la indicación es menos rigurosa que la sentencia de la Corte Constitucional, quedando prácticamente equiparada a una causa de justificación, no obstante que dicho tribunal la había admitido sólo como un caso de no aplicación de

pena. En segundo lugar, al no exigirse un control a través de un organismo público de los criterios para admitir la existencia de la situación apremiante, la calificación de las circunstancias es facultad exclusiva del médico, con lo cual queda abierta la posibilidad de que se haga mal uso de ella. Por último, la total impunidad de la mujer en el caso del aborto practicado por un médico en las veintidós primeras semanas del embarazo, aunque no haya habido indicación alguna, está en clara contradicción con el principio de la prioridad de la protección de la vida por sobre el derecho a la autodeterminación de la mujer, preconizado por la Corte Constitucional. El Derecho costarricense prevé en este caso sólo una considerable rebaja de la pena (Art. 119).

Para una mejor evaluación de la nueva regulación del aborto, se encargó a una comisión para que realizara un estudio al respecto, pero los resultados obtenidos son interpretados de diferente manera por los partidarios que por los adversarios de la nueva disposición. La cifra de los abortos registrados ha aumentado de 54.000 en el año 1977, a 83.000 en el año 1979, y con toda seguridad seguirá subiendo, mientras que la cantidad de abortos realizados en 1975, en que aún estaba en vigor exclusivamente la indicación médica, fue sólo de 19.000. La indicación por situación apreciante constituye la causa más frecuentemente aducida para practicar un aborto, representando un 67% del total de intervenciones abortivas. Todo parece indicar que la nueva regulación del aborto ha inducido a un aumento considerable del mismo, por otra parte, la cantidad de abortos ilegales o efectuados en el extranjero tiende a disminuir. En todo caso ha quedado demostrado que la garantía del asesoramiento de la mujer por parte de profesionales especializados no ha dado el resultado esperado, esto es, la continuación del embarazo, ya que, por lo general, las interesadas ya tienen tomada una decisión al momento de acudir a la consulta, y porque, además, la ayuda social que se les ofrece no está en condiciones de resolver los problemas de orden personal, que son los más frecuentes.

Mientras que en el caso de la protección de la vida en gestación, el Derecho penal ha quedado sensiblemente reducido, en otros ha experimentado un ensanchamiento de sus fronteras, como ocurre por ejemplo en relación a la actividad económica. En la evaluación del grado de valores imperantes, deben tomarse en

consideración, por tanto, dos tendencias opuestas, una limitante y la otra expansiva.

Con la estafa de subvención (§264 C.p.) y la estafa de crédito (§265b C.p) se han creado dos nuevas figuras delictivas con prescindencia de los elementos característicos de toda estafa —que por cierto también contempla el Derecho de Costa Rica—, esto es, el engaño, el error provocado por el engaño, el acto de disposición patrimonial, el daño patrimonial y la intención de enriquecimiento correlativo, y se ha procedido a incriminar como estafa actos que a lo sumo serían actividades preparatorias, cuales son proporcionar informaciones incorrectas o incompletas con la finalidad de obtener una subvención o un crédito. En la adopción de estas medidas, el legislador ha podido sentirse apoyado por el creciente rechazo de la ciudadanía frente a la delincuencia en materia económica, que ha llegado a convertirse en los últimos años en uno de los temas que más ocupan la opinión pública. Hay que reconocer que la reacción represiva no deja de estar justificada en este caso, pues los perjuicios que este tipo de delincuencia acarrea son realmente cuantiosos. Una ojeada de conjunto a los procesos instruidos en esta materia durante el año 1975, arroja un daño económico total de 4,2 mil millones de marcos, suma que se eleva a 4,8 mil millones en 1977. Hay que destacar, sin embargo, que en estas cifras, tanto la estafa de subvención como la estafa de crédito tienen una importancia harto secundaria. Estudios recientes han mostrado que ambas disposiciones, que lograron convertirse en ley un poco a la fuerza, han sido escasamente aplicadas por el Ministerio público. Puede ocurrir que esta situación cambie una vez que la justicia penal haya tomado mayor conciencia de las nuevas disposiciones, pero en todo caso ellas no proporcionan un argumento suficiente de la necesidad de ampliar el campo del Derecho penal. Por el momento pareciera que la configuración clásica del delito de estafa, interpretado en el sentido de que abarca también la frustración del fin perseguido por el acto de disposición patrimonial, como asimismo la puesta en peligro del patrimonio, constituye un medio más que suficiente para garantizar la protección del patrimonio.

Al momento de consignar la conclusión con respecto al segundo problema planteado, puede afirmarse que, así como las nuevas disposiciones relativas al aborto tienen una repercusión

bastante directa sobre las ideas morales de la ciudadanía, ya sea confirmándolas u oponiéndose a ellas, las disposiciones sobre la estafa de subvención y de crédito no inciden mayormente en el sistema de valores imperante.

III

La última cuestión que queda por examinar, guarda relación con el sistema punitivo. ¿Cómo se encuentra configurado el sistema de sanciones penales en una sociedad orientada por la idea de solidaridad con el delincuente?

La pena de muerte, el mayor desmentido que puede tener el mencionado principio, ha sido desterrada del catálogo de penas tanto del Derecho alemán como del de Costa Rica, ya que éste ha sido uno de los objetivos principales del nuevo movimiento reformista. Sin embargo, muchos países importantes, tales como Francia, Japón, los Estados Unidos y los países socialistas la han mantenido en la ley y la siguen aplicando en la práctica. La pena de presidio ha sido igualmente abolida en razón de que su carácter infamante impone al condenado una especial aflicción. En el Derecho alemán actual existe, pues, lo mismo que en el de Costa Rica, una sola especie de pena privativa de libertad, pero se ha mantenido la pena perpetua. Esta última, no obstante, ha llegado a ser en la práctica una pena también temporal, debido a que el gobierno interior de cada estado acostumbra indultar a los condenados a pena perpetua, cuando han transcurrido por lo general 20 años del cumplimiento de la pena. Recientemente se ha introducido incluso la posibilidad de decretar la libertad condicional en favor de reos condenados a perpetuidad, una vez que éstos hayan cumplido 15 años de condena, de modo que en este punto el Derecho alemán presenta escasas diferencias con respecto al Derecho penal de Costa Rica.

La pena de privación temporal de libertad constituye todavía la parte medular del sistema punitivo alemán, pero representa en un 17% de los casos sólo el último recurso a que puede echar mano el juez, cuando todas las otras instancias punitivas han resultado insuficientes. La razón para este cambio de actitud con respecto a la pena de privación de libertad, radica en que

se ha caído en la cuenta de que su ejecución, aun en el caso de que se disponga de un sistema penitenciario óptimo, no deja de tener consecuencias nocivas tanto para el delincuente mismo, como también para su medio social, las que hay que evitar en la medida de lo posible. Si a esto se agrega que, del total de sentencias condenatorias, a pena de prisión en un 65% de los casos la ejecución de la pena queda suspendida en virtud de la remisión condicional, resulta que la pena se cumple efectivamente sólo en un 10% del total de condenas, incluyendo en esta cifra los casos de revocación de la condena condicional por falta en el período de prueba.

Las condiciones en que se cumple la pena de privación de libertad han sido mejoradas por la ley de ejecución penal del año 1976, pero aún quedan aspectos que requieren una reforma. Así por ejemplo, las disposiciones relativas a la seguridad social de los penados y a la mejora en las remuneraciones, no han entrado todavía en vigor. El Código penal de Costa Rica contempla a este respecto en su Art. 65 II, una disposición mucho más progresista. Entre los principios penitenciarios más urgentes que en el Derecho alemán aún se encuentran incumplidos, figuran, además, la instauración como norma general del régimen de prisión abierta, la dotación de personal especializado en cantidad suficiente, la mayor eficacia en la ejecución de penas de duración inferior a un año, que afectan al 70% de los penados, y la participación de los reclusos en la toma de decisiones dentro del establecimiento carcelario. Pero, por otra parte, la situación de los penados ha mejorado notoriamente gracias a la reforma. Así por ejemplo, se han favorecido en mayor medida las visitas y la correspondencia postal, se concede cada vez más permiso para salir de vacaciones, alcanzando la cifra de los que no vuelven a la prisión sólo un 5%, y finalmente, se otorga un mayor acceso a la instrucción o aprendizaje de algún oficio y al trabajo fuera de la prisión. Emitir un juicio sobre las bondades o defectos de este régimen de ejecución de penas, no es cosa fácil. En todo caso, la alta cuota de reincidencia de los ex-reclusos que supuestamente sería del 80%, parece más bien tener su origen en un error metódico en el cómputo de la reincidencia. El índice de reincidencia puede estimarse en general en un 60%, cifra que parece bastante satisfactoria y que justifica plenamente los esfuerzos que se han

hecho para mejorar el régimen penitenciario. Para una actitud de resignación, como es el caso de Inglaterra o de los Estados Unidos, no hay pues, en Alemania, motivo alguno.

Un hito de importancia en la práctica de la ejecución de las penas, ha sido el gran incremento que ha alcanzado la condena condicional, cuya cifra se ha duplicado desde 1953. La medida favorece a los reos condenados a una pena de hasta dos años de duración, en tanto que el Derecho costarricense la admite incluso respecto de condenas de hasta tres años. El aumento en más del 150% del número de favorecidos por la remisión condicional de la pena, ha quedado cubierto hasta cierto punto por la ampliación del Servicio de asistencia penitenciaria. Sin embargo, la relación de un asistente por cada 55 personas sujetas a la remisión condicional, parece insuficiente para una buena aplicación de esta medida. La revocación del beneficio tiene lugar en el 35% de los casos, cifra que, a pesar de parecer a primera vista muy alta, puede ser considerada en realidad como un éxito, si se tiene en cuenta que la pena de privación de libertad constituye sólo el último recurso dentro del sistema punitivo, de manera que los condenados a ella ya representan en su mayoría una cierta selección en el sentido negativo. Como una observación al margen, cabe señalar que existe una diferencia entre la solución adoptada por el Derecho alemán, en el cual la reincidencia no es obstáculo para la aplicación de la remisión condicional, y la exigencia formulada por el Art. 60 I del Código de Costa Rica, en el sentido de que debe tratarse de un delincuente primario.

La concesión de la libertad condicional ha aumentado igualmente en forma considerable: el 29% de los penados es puesto en libertad condicional después de haber cumplido la mitad o, por lo general, los dos tercios de la condena impuesta. El Derecho costarricense es a este respecto más generoso ya que declara suficiente para otorgar la libertad condicional el haber cumplido solamente la mitad de la condena. Pero esta mayor laxitud frente al Derecho alemán está a su vez relativizada por la circunstancia de que el Derecho de Costa Rica es más exigente en lo que atañe a la vida anterior del delincuente, ya que éste no debe haber sido condenado previamente por delito sancionado con una pena mayor de seis meses (Art. 65, N° 1).

Otro elemento decisivo de la aplicación del nuevo Derecho penal alemán, es, por último, la multa. El aumento de la frecuencia en la aplicación de dicha pena, que constituye el 83% del total de condenas, aparece como un gran progreso que se hecho posible gracias a la implantación del sistema de días-multa. La adopción de este sistema en Costa Rica, de acuerdo al modelo del Código penal tipo, también se ha traducido en la práctica en el hecho de que el 61% de las condenas imponen una pena pecuniaria. El sistema de días-multa tiene, por lo demás, en el continente americano antecedentes de muy antigua data, pues aparece ya en forma incipiente en el Código penal brasileño de 1830. La eficacia de la pena de multa no se ha visto desvirtuada por el amplio uso que se ha hecho de ella, tal como ha quedado demostrado en un estudio realizado en Friburgo en relación al estado de Baden-Würtemberg. Sólo en un 4,1% de los casos, la pena pecuniaria se transforma en pena privativa de libertad, hecho que, si bien representa sin duda una grave injusticia con respecto a quienes en realidad carecen absolutamente de bienes, constituye, por otra parte, la base misma del régimen de la multa.

El Derecho penal alemán descansa, al igual que el de Costa Rica, sobre el sistema de la doble vía, comprensivo tanto de penas como de medidas de seguridad. Entre las medidas tendientes a la resocialización del delincuente, el nuevo Derecho penal prevé sobre todo la de internación en un establecimiento de terapia social. Las disposiciones relativas a esta medida entrarán en vigor recién en 1985, pero ya existen algunos establecimientos modelo. En un estudio realizado en Friburgo, que tomó como base a personas dadas de alta por el establecimiento de Berlín-Tegel, las que fueron observadas durante cuatro años y medio de vida en libertad, pudo constatarse una diferencia de un 15% a un 10% en favor del establecimiento terapéutico con respecto a la cárcel común. En general, creemos que la terapia social como medio de ejecución penal puede ser acogida con un moderado optimismo, siendo de esperar que tenga también una proyección positiva sobre las formas usuales de ejecución de penas.

En la creación de nuevos métodos para la solución de conflictos sociales que pueden dar origen a la comisión de hechos punibles, el legislador alemán se ha mostrado hasta ahora un tanto reticente. No ha contemplado, por ejemplo, la suspensión

de la pronunciación del fallo ("ajournement du prononcé de la peine"), prevista por el Derecho francés, ni tampoco programas de rehabilitación referidos a la comunidad ("community corrections"), al estilo estadounidense, desconociendo igualmente la prestación de servicios a la comunidad como forma de pena ("community service"), introducida en Inglaterra, como asimismo la participación de la víctima en el intento de llegar a una conciliación con el hechor ("mediation"), según se practica en los Estados Unidos y en Canadá. Pero en todo caso se ha introducido la no entablación provisional de acción penal y el archivo condicional de la causa, sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones e instrucciones por parte del inculpado. El Ministerio público ha hecho uso cada vez mayor de estos mecanismos, a fin de evitar que se llegue al juicio. Gracias a la iniciativa de asociaciones privadas se ha logrado crear, además, verdaderas estaciones de adiestramiento para la vuelta a la vida normal, y en algunos estados existe un fondo de resocialización para ayudar a pagar las deudas de los ex-convictos.

El centro de gravedad del sistema punitivo se encuentra, pues, según hemos visto, fuera del ámbito de la pena privativa de libertad. Lo que interesa ahora es saber cómo ha reaccionado la comunidad frente a este desplazamiento que se ha operado en el sistema de sanciones, pues solamente en el caso de que la ciudadanía se muestre conforme con esta situación, puede decirse que la justicia cumple realmente su función de protección jurídica. Una encuesta realizada en Friburgo en relación a este problema, muestra hasta el momento que el 80% de las personas encuestadas, consideran la multa en sí misma como una pena conveniente, sin que pueda constatarse una diferencia de opinión entre las personas que se han visto afectadas por esta pena y las demás personas. Esta valoración positiva de la multa no se ve disminuida por el temor que despierta la delincuencia ni por el conocimiento que la población tiene del aumento global de la criminalidad. Los resultados de este estudio permiten suponer que en general la multa no despierta en el pueblo la impresión de un debilitamiento de la eficacia del Derecho penal, teniendo especialmente en consideración que su cuantía ha experimentado un aumento importante. Sería interesante saber si en Costa Rica también puede observarse esta misma tendencia.

Con esto he llegado al fin de mi exposición. De ella se desprende que el Derecho penal alemán se ha inclinado por una solución intermedia para hacer frente a los problemas que plantea la creciente delincuencia de las últimas dos décadas, mediante el empleo de métodos humanitarios. Sobre la base del Código penal tipo para Latinoamérica, Costa Rica ha seguido un camino parecido al promulgar el Código de 1970. Es un gran mérito de la Ciencia del Derecho comparado, lograr que dos países tan alejados entre sí geográficamente y que presentan diferencias histórico-culturales de importancia, puedan llegar en la Política criminal a soluciones coincidentes, que posibilitan el diálogo y ayudan al entendimiento entre los pueblos.

DERECHO DE IMPUGNACION DE LA SENTENCIA CONDENATORIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Francisco Castillo González

*Profesor de Derecho Penal
Universidad de Costa Rica*