

LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL ALEMÁN EN LAS ÚLTIMAS DÉCADAS
DEL SIGLO XX

Prof. Dr. Dres. h. c. Albin Eser, M.C.J.

Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de
la Universidad de Castilla- La Mancha, Ediciones Universidad
Salamanca, Cuenca, 2001

<http://www.cienciaspenales.net>

LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL ALEMÁN EN LAS ÚLTIMAS DÉCADAS DEL SIGLO XX *

Prof. Dr. Dres. h. c. ALBIN ESER, M.C.J.

La historia del Derecho Penal es la historia de su interminable reforma. Esta constatación del a la sazón Ministro de Justicia Federal *Stammberger*¹ también es apropiada para el desarrollo del Derecho Penal alemán en las últimas décadas de este siglo. Tras las reformas integrales en los años 60 y 70² y las numerosas reformas particulares en los años 80³ y la reconstrucción de la unidad del Derecho Penal alemán a través de la integración de la entonces República Democrática alemana en la República Federal alemana⁴, se ha llegado en los últimos años a ulteriores reformas de parcelas jurídico-penales⁵. Mientras que el centro de la fase de reforma de los años 60 y 70 fue sobre todo

(*) Traducción de Eduardo DEMETRIO CRESPO (Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Castilla la Mancha).

* Estoy obligado a un especial agradecimiento al Sr. Lic. *Stephan Meyer* por su ayuda en la preparación de esta contribución.

¹ W. Stammberger, "Die Geschichte der Strafrechtsreform bis zum Strafgesetzentwurf 1962", en: Friederich-Naumann-Stiftung (Coord.), *Probleme der Strafrechtsreform*, Stuttgart 1963, pp. 11-29 (11).

² Sobre ello, con más detalle, A. Eser, "Hundert Jahre deutscher Strafgesetgebung", en: A. Kaufmann/E. Mestmäcker/H. Zacher (Coord.), *Rechtstaat und Menschenwürde. Festschrift für W. Maihofer zum 70. Geburtsag*, Frankfurt/Main 1988, pp. 109-134.

³ Sobre ello, con más detalle, A. Eser, "Strafrechtsreform in Deutschland mit Blick auf die polnischen Reformtendenzen", en: A. Eser/G. Kaiser/E. Weigend (Coord.), *Viertes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie*, Baden-Baden 1991, pp. 47-86, a cuyo efecto se ponen también de relieve en especial las tendencias en parte humanizadoras, en parte descriminalizadoras.

⁴ Con más detalle A. Eser, "Strafrechtsentwicklung in Deutschland seit der politischen Wende von 1989", en: A. Eser/G. Kaiser (Coord.), *Zweites deutsch-ungarisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie*, Baden-Baden 1995, pp. 13-37.

⁵ Cfr. sinopsis de legislación en A. Eser, en: A. Schönke/H. Schröder, *Strafgesetzbuch*, 26ª ed., München 2000, Einführung pp. 1 y ss. Cfr. también la sinopsis de legislación de A. Hausermann/J. Watzek, "Landesbericht Bundesrepublik Deutschland", en: A. Eser/H. Huber (Coord.), *Strafrechtsentwicklung in Europa*, Bd. 5.1, Feiburg i. Br. 1997, pp. 1-156, en especial pp. 7 y ss., 60 y ss.

la Parte General, en las fases subsiguientes la Parte Especial ha experimentado reformas más o menos profundas. Esto último es correcto también por lo que se refiere a esta década.

Dado que este marco no permite ni siquiera enumerar todos los cambios particulares renuncio a un tratamiento en detalle, y tengo que limitarme aquí a cinco leyes de reforma especialmente significativas, para lo cual quiero empezar con tres leyes que afectan sobre todo a intereses económicos, como la Ley para combatir la criminalidad organizada de 1992 (I), la Ley de protección del medio ambiente de 1994 (II) y la Ley para combatir la corrupción de 1997 (III), para continuar entonces con las leyes sobre interrupción del embarazo de 1992 y 1995 (IV); concluyendo con la nueva 6ª Ley de Reforma del Derecho Penal de 1998, que ha conducido a numerosas correcciones particulares en la Parte Especial (V).

I. Derecho Penal Económico y Criminalidad organizada

1. Antecedentes

De modo parecido a como habrá todavía que exponer en relación a la protección del medio ambiente (II), los “clásicos” delitos patrimoniales se evidenciaron insuficientes en el ámbito de la criminalidad económica⁶. Por ello, ya a través de la 1ª Ley sobre criminalidad económica de 1967⁷, se introdujeron los tipos especiales del fraude de subvenciones (§ 264 StGB) y del fraude crediticio (§ 265 b StGB). Estos se diferencian como delitos de peligro del tipo genérico de la estafa (§ 263 StGB), construido como delito de resultado, en la medida en que la punibilidad se justifica ya solamente por los datos falsos, sin que tuviera que traerse a colación la frecuentemente difícil prueba de un daño patrimonial así como de un dolo encaminado al mismo. Además, se adoptaron nuevamente en este avance de la reforma los delitos relativos a concursos (§§ 283-283 d StBG), así como los delitos de especulación ilícita se fusionaron en un tipo penal unitario (§ 302 a StGB).

Estas regulaciones jurídico-materiales fueron apoyadas además a través de medidas organizativas de acompañamiento: dado que la persecución y enjuiciamiento de los con frecuencia muy complejos delitos económicos presuponen conocimientos técnicos especiales, fueron implantadas las llamadas Fiscalías específicas para materias económicas así como en los Tribunales las llamadas “Cámaras de lo penal económico” (§ 74 c GVG).

⁶ Con más detalle sobre ello Eser, *Viertes deutsch-polnisches Kolloquium* (nota.3), pp. 82 y ss; el mismo, *Zweites deutsch-ungarisches Kolloquium* (nota.4), pp. 30 y ss.

⁷ “Erstes Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (1. WiKG)” de 20.7.1976 (BGB1. Bundesgesetzblatt 1976 I p. 2034).

A este primer avance de la reforma, siguió entonces un segundo: en una 2ª Ley sobre Criminalidad Económica⁸ fueron conminados con pena, entre otros, determinados abusos en el tráfico de los eurocheques e inversión de capitales (§§ 152 a, 264 a StGB), y se crearon también tipos de protección frente a la criminalidad informática (§§ 202 a, 263 a StGB).

2. La Ley para combatir la criminalidad organizada de 1992

Con todo, como muestran todos y cada uno de los muy complejos tipos, sigue siendo siempre muy difícil para el legislador seguir la pista a la fantasía criminal en la utilización de nuevas tecnologías. Esto es naturalmente todavía más difícil cuando se trata de formas de la llamada “Criminalidad Organizada”. Para abordar mejor este fenómeno el legislador ha introducido novedades en este ámbito, no sólo mediante la creación de nuevos tipos, sino también dotando de nuevos acentos a las consecuencias jurídicas del hecho. De acuerdo con la máxima de que no se debe permitir que el delito sea rentable, fue promulgada el 15.7.1992 la “Ley para combatir el tráfico ilegal de estupefacientes y otras formas de aparición de la criminalidad organizada”⁹.

De las múltiples regulaciones particulares de esta ley deben ser subrayados en especial dos ámbitos nucleares:

a) La pena sobre el patrimonio y el comiso ampliado:

Los institutos jurídicos de la pena patrimonial (§43 a StGB) y el comiso ampliado (§ 73 d StGB) surgirán de nuevo en conexión con la lucha contra la corrupción (III). Dado que a estas sanciones les corresponde en la lucha contra la criminalidad organizada una función clave, la atención debe centrarse en este lugar, sobre todo, en las objeciones jurídico-constitucionales y, las correspondientes político-criminales que acompañan a aquéllas. Pese a que la perseguida absorción de la ganancia procedente de infracciones penales y la *función de compensación* a ella vinculada como postulado de justicia¹⁰ merece aprobación, subsisten sin embargo dudas fundamentales. Mientras que el comiso de ventajas patrimoniales requiere según las reglas generales del § 73 StGB que estas estén causalmente vinculadas a un hecho antijurídico, es suficiente en la infracción de leyes penales en cuya violación según la Ley para combatir la Criminalidad Organizada se prevé el comiso

⁸ “Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG)” de 15.5.1986 (BGB1.1986 I p. 721).

⁹ En abreviatura *OrgKG* (BGB1. 1992 I p. 1301).

¹⁰ Así también H. Tröndle/Th. Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 49. Ed. München 1999, § 43 a StGB, marg. 3.

ampliado conforme al § 73 d StGB, “que las circunstancias justifiquen la suposición de que estos objetos fueron adquiridos para hechos antijurídicos o provienen de ellos”. Esto conduce a un conflicto con la presunción de inocencia, enraizada en el principio de culpabilidad, que prohíbe la imposición de penas y sanciones análogas a la pena sin verificación legal de la culpabilidad¹¹; además de que en una “pena de sospecha” semejante se obvia la garantía de la propiedad del Art. 14 de la Ley Fundamental.

Parecidas objeciones pueden formularse contra la *pena sobre el patrimonio* prevista en el § 43 a StGB. Dado que puede conducir bajo determinadas circunstancias a una privación de la totalidad del patrimonio, insta a establecer una equiparación con el precedente históricamente superado de una “confiscación general del patrimonio”¹².

Estas y ulteriores objeciones no han impedido por cierto que el Tribunal Supremo haya mantenido la constitucionalidad de ambos preceptos¹³, esto no obstante sólo con el fundamento de una llamada *conformidad constitucional*, lo cual significa en concreto: de acuerdo a una interpretación en extremo restrictiva. Así por ejemplo la locución del § 73 d Apdº 1 inciso 1 StGB es interpretada como conforme a la Constitución en el sentido de que la adopción del comiso ampliado sólo puede venir en consideración si el juez del caso, tras haber agotado la apreciación y constitución de pruebas, ha llegado al total convencimiento de la procedencia delictiva de los objetos afectados. Con ello puede constatarse, como mínimo, que el legislador ha llegado con las mencionadas regulaciones hasta el límite de la licitud jurídico constitucional.

b) El lavado de dinero

A través de la Ley para combatir la criminalidad organizada se introdujo también el nuevo tipo penal del “Lavado de dinero” (§ 261 StGB)¹⁴, después ampliado a través de la llamada *Ley para combatir el delito* de 4.11.1994¹⁵.

¹¹ Sobre mi crítica en particular cfr. A. Eser, “Neue Wege der Gewinnabschöpfung im Kampf gegen die organisierte Kriminalität?”, en F. Dencker e.a (Coord.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1993, pp. 833-853 (844 y ss) con más referencias.

¹² Profundamente sobre ello Eser (nota.11), pp. 836 y ss.

¹³ Referencias en Tröndle/Fischer (nota.10), § 43 a StGB marg. 3 c y § 73 d StGB marg. 4 d. Acerca del § 43 a StGB cfr. Bundesgerichtshof (BGH), en: *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* 1994, p. 429; BGH, en: *Strafverteidiger (StV)* 1995, p. 17; acerca del § 73 d StGB cfr. BGHSt (Resoluciones del Tribunal Supremo en materia penal), Bd. 40, 371 (1995).

¹⁴ Al que por lo demás le son aplicables en cualquier caso los preceptos mencionados anteriormente sobre el comiso ampliado (§ 73 d StGB).

¹⁵ Ley para la modificación del Código Penal, del ordenamiento procesal penal y otras leyes (BGB1. 1994 I pp. 3185, 3188).

De esta nueva regulación se había esperado aún mucho más que de las determinaciones relativas a las consecuencias jurídicas, aunque se entiende que uno de los pocos, cuando no incluso el único punto débil de la criminalidad organizada es el lugar de “sutura” entre el ciclo de financiación legal e ilegal¹⁶.

El balance provisional que cabe extraer de una breve investigación criminológico-empírica llevaba a cabo en el Max-Planck-Institut es por cierto bastante desilusionante: en ninguno de los 380 procesos investigados en el marco de un análisis de autos se llegó tras las diligencias efectivamente a una acusación por lavado de dinero¹⁷. Más del 80 % de los procesos debieron ser interpuestos de nuevo. La razón de ello radica en un problema central de aplicación del § 261 StGB, justamente la vinculación exigida por la ley entre un concreto hecho previo (el llamado catálogo del hecho previo) y la acción de lavado de dinero, a través de la cual se encubre la procedencia del dinero y este “se lava”. Como propuesta de solución se discute actualmente una renovada ampliación del catálogo de hechos previos, lo cual no cambiaría en nada sin embargo la necesidad de comprobar el concreto hecho previo¹⁸.

3. Desarrollos especiales en el Derecho Procesal Penal

En el ámbito jurídico procesal penal la Ley para combatir la criminalidad organizada ha ampliado el *instrumental de las diligencias* mediante la regulación legal del empleo del Agente Encubierto (§§ 110 a-110 e StPO), así como de medios técnicos de vigilancia (§§ 100 c, 100 d StGB), de la diligencia de investigación (§§ 98 a-98 c StPO), y de la inspección policial (§ 163 e StPO). También fue mejorada la protección a los testigos, justamente mediante la facilitación del mantenimiento del secreto de la identidad de los testigos en peligro (§ 68 párr. 1 inciso 3 StGB). Recientemente ha sido fuertemente discutida la introducción adicional en el ordenamiento procesal penal de posibilidades de vigilancia de espacios – que fue conocida bajo la denominación de “gran agresión de escucha”¹⁹. A esta nueva regulación a través de la “Ley para la mejora de la lucha contra la criminalidad organizada”²⁰ (§ 100 c párr. 1 nr. 3 StPO) está vinculada una modificación, entendida con carácter general como necesaria, del Art. 13 de

¹⁶ K. Oswald, Die Maßnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche (§ 261 StGB i. V. M dem GwG) – “eine kriminologisch-empirische Untersuchung”, en: *Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht* (eistra) 1997, pp. 328-331 (328).

¹⁷ Oswald (nota. 16), tablas p. 329.

¹⁸ Oswald (nota. 16), p. 330.

¹⁹ Cfr. Particularmente la crítica a la entonces Ministra de Justicia Federal S. Leutheusser-Schnarrenberger, Der “*grobe Lauschangriff*” –Sicherheit statt Freiheit, en: *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP) 1998, pp. 87-91, así como desde el punto de vista de un fiscal J. Dittrich, Der “*Grobe Lauschangriff*” –diesseits und jenseits der Verfassung, NSTZ 1998, pp. 386-338.

²⁰ En abreviaturas OKVBG de 4.5.1998 (BGBl. I p. 845).

la Ley Fundamental (Inviolabilidad del domicilio). Con ello será posible en el futuro el empleo de medios técnicos para la vigilancia acústica de las viviendas con el fin de la persecución penal bajo determinados presupuestos – en especial cuando haya sospechas de un hecho penal grave²¹.

4. *Perspectiva*

Aunque a través de las más recientes nuevas regulaciones se han recogido y llevado a efecto numerosas propuestas para combatir los hechos penales económicos y, en medida creciente, la criminalidad organizada, todavía deberán ser sometidas a examen nuevas medidas por el legislador. Se remite por ejemplo a la discusión, en Alemania todavía en sus inicios, acerca de si cabe imponer sanciones penales como tales contra las empresas, tales como personas jurídicas y asociaciones de personas sobre todo²². En ambos casos deben surgir en primer plano, todavía con más fuerza que hasta ahora, dos puntos de vista: por un lado que la criminalidad económica y la criminalidad organizada– en especial en la Europa de formación conjunta –no son por más tiempo problemas nacionales y por consiguiente precisan soluciones de carácter transnacional; y por otro, que el Derecho Penal no puede considerarse tampoco en este ámbito la panacea. En la lucha contra los cada vez más refinados sistemas criminales se requiere más bien, también desde el punto de vista estatal, riqueza de ideas y creatividad.

II. Derecho Penal del medio ambiente

1. *Punto de partida*

El desarrollo de los últimos años en el Derecho Penal medio-ambiental alemán estuvo impregnado por una relación de tensión: por una parte existió y existe una creciente conciencia de que en lo relativo a la protección del medio ambiente no se trata ya únicamente del aseguramiento de la calidad de vida, sino que más bien está en juego entretanto la existencia biológica del ser humano y su medio ambiente²³, lo cual despertó en la vida pública alemana el clamor a voces de un Derecho penal medio-ambiental más duro²⁴. Por otro lado existen

²¹ Sobre ulteriores particularidades cfr. J. Meyer/W. Hetzer, “Neue Gesetze gegen die Organisierte Kriminalität”, en: *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1998, pp. 1017-1029.

²² Sobre el actual estado internacional de desarrollo cfr. A. Eser/G.Heine/B. Huber (Coord.), “Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities”. *International Colloquium Berlin 1998*, Freiburg, 1999.

²³ A. Eser, “Umweltschutz: Eine Herausforderung für das Strafrecht – national und international”, en: H.-H. Kühne/K. Miyazawa (Coord.), *Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich*, Köln 1995, pp. 97-125 (101) con más referencias.

²⁴ Referencias en A. Schmidt/T. Schöne, *Das neue Umweltstrafrecht*, NJW 1994, pp. 2514-2519 (2514, allí nota. 9).

objecciones tanto de naturaleza económica como de dogmática jurídico-penal. En especial en los círculos económicos hubo que oír hablar de nuevo de una puesta en peligro de “la posición de la economía en Alemania”²⁵. Además algunos autores reivindicaron muy fuertemente, en conexión con los delitos medio-ambientales, el carácter fragmentario del Derecho Penal, y por consiguiente, el Derecho Penal como “ultima ratio”²⁶. De otra parte se exigió hace sólo algunos años abolir completamente el Derecho Penal medio-ambiental, precisamente con el argumento de que afecta solamente a los “pequeños contaminadores”, mientras que se deja marchar a los grandes —el derecho actual tendría por tanto en el mejor de los casos una función de pantalla²⁷—.

Pese a estas objeciones cabe observar en los últimos años y décadas un desarrollo continuado del Derecho Penal medio-ambiental alemán hacia una protección *integral* de los bienes jurídicos afectados y una elevación de los marcos penales. Como hito se cita la *Ley complementaria de protección del medio ambiente* del año 1980²⁸, la cual condujo a la adopción de las disposiciones correspondientes aprobadas hasta entonces, con considerables modificaciones y ampliaciones, en el núcleo del Derecho Penal. La más reciente modificación y ampliación legal de significación surge con la formación de la “Segunda Ley para combatir la criminalidad medio-ambiental (2. UKG)” de 1.11.1994²⁹. Este contexto se corresponde con la constitución poco antes de la protección del medio ambiente en *determinación de fin estatal*³⁰ —con el nuevo Art. 20 de la Ley Fundamental—, a través de la “Ley para la modificación de la Ley Fundamental (Art. 3, 20ª...)” de 27.10.1994, con lo que fue nuevamente revalorizada en su significado³¹.

2. Rasgos esenciales del actual Derecho Penal alemán medio-ambiental

a) Sobre la sistemática y bienes jurídicos protegidos de los tipos penales medio-ambientales

El Título 29 del StGB contiene preceptos para la protección del agua (§ 324 StGB), el suelo (§ 324 a StGB) y el aire (§ 325 StGB). Con la nueva incorporación del § 324 a StGB se puso bajo protección penal por primera vez el suelo, hasta entonces sólo protegido de forma mediata³². Los tipos penales

²⁵ Schmidt/Schöne (nota. 24), p. 2514; Eser (nota. 23), p. 102.

²⁶ Schmidt/Schöne (nota. 24), p. 2515 y s. con más referencias.

²⁷ Referencias en Eser (nota. 23), p. 119.

²⁸ Sobre ello Eser (nota. 4), p. 29.

²⁹ BGBI. 1994 I p. 1440.

³⁰ BGBI. 1994 I p. 3146.

³¹ Con más detalle sobre el trasfondo constitucional P. Kunig, “Zehn Fragen zur Entwicklung des Umweltschutzes”, en: *Juristische Ausbildung* (Jura) 1996, pp. 663-668 (663 y s).

³² Schmidt/Schöne (nota. 24), p. 2517 con más referencias.

de peligro, en parte *abstracto* (p.e § 325 a párr. 1 StGB), en parte *concreto* (p.e § 325 a párr. 2 StGB), de los §§ 325 a y ss del StGB, que conectan con determinados *ámbitos de comportamiento peligrosos para el medio ambiente y la salud*, evidencian que detrás de todos ellos, no en último lugar, subyace la protección del ser humano³³. Así por ejemplo el § 326 StGB conmina con pena la evacuación de residuos peligrosos para el medio ambiente, en el que se contemplan en el párr. 1º y 2º los peligros para el ser humano vinculados a la misma. El precepto del § 330 d StGB, que cierra el Título 29, contiene importantes *determinaciones terminológicas*, para facilitar la aplicación de los preceptos y tener en cuenta la exigencia de taxatividad.

b) El principio de la *accesoriedad de la Administración* (Problema de los “tipos penales en blanco”)

Tras la separación del Derecho Penal medio-ambiental del ámbito anexo del Derecho Administrativo y su ordenación en el StGB a través de la ya abordada Ley complementaria de protección del medio ambiente del año 1980 y la más reciente modificación de 1.11.1994, una gran parte de los tipos penales medio-ambientales, en parte de forma expresa, en parte tácita, se refieren a especiales preceptos administrativos y obligaciones jurídico administrativas³⁴. Dado que el Derecho Penal en este ámbito coincide con el Derecho Administrativo – se habla de *accesoriedad de la Administración* y se denomina a los correspondientes preceptos “Tipos penales en blanco”–, surgen problemas en relación con la pregunta acerca de si el Derecho Penal debe seguir siempre las valoraciones del Derecho Administrativo. Al respecto fue discutida de manera controvertida la cuestión de cómo repercute un acto administrativo materialmente antijurídico, pero que es firme y ejecutable, en aquéllos tipos penales cuya penalización presupone una actuación contraria al Derecho Administrativo³⁵. Las posiciones extremas consistieron, por un lado, en una perspectiva formal, que ponía en primer plano la unidad del ordenamiento jurídico así como la seguridad jurídica, y que quería por ello apoyarse plenamente en el Derecho Administrativo. Por otro, frente a esta existía una percepción material de la accesoriedad administrativa, que juzgaba determinante únicamente la corrección del contenido del acto administrativo.

Con la nueva redacción del § 330 d Nr. 5 StGB, en el que se dice qué hay que entender por una “actuación sin autorización (jurídico-adminis-

³³ Sobre la pregunta básica acerca de si la naturaleza como tal no debería ser considerada como bien jurídico de los delitos medio-ambientales – en contraposición a una perspectiva puramente antropocéntrica – cfr. Eser (nota. 23), p. 100.

³⁴ Como excepción se llama la atención sobre el § 330 a StGB.

³⁵ Sobre la anterior discusión Schmidt/Schöne (nota. 24), p. 2514; P. Cramer, en: *Schönke/Schröder*, StGB 24ª ed, München 1991, Vorbem. §§ 324 y ss., margs. 16 y ss.

trativa)”, el legislador se ha decidido por una *cláusula de abuso*, que también comprende la *actuación concurrente colusiva* entre autoridades y persona privada. Con ello se puso de relieve que justamente en estos casos no se acude a una perspectiva puramente jurídico-administrativa, tras lo cual los criterios formales jurídico-administrativos deben quedar fuera de consideración, pero con todo no se siguió la percepción material³⁶ –aún cuando el legislador habría tenido la posibilidad y oportunidad para ello.

También en el futuro el legislador se ocupará de prever expresamente en la ley desviaciones de puntos de vista jurídico-administrativos con respeto al principio de legalidad (Art. 103 párr. 2 GG) y la no contradicción del ordenamiento jurídico³⁷. Es básico por consiguiente perseverar en el contacto con el Derecho Administrativo³⁸.

c) Las más recientes actividades del legislador

La 6ª Ley de Reforma del Derecho Penal, sobre la que todavía hay que volver (Vid. Infra. Punto V.), conducirá en el ámbito del Derecho penal medio-ambiental solamente a modificaciones de contenido marginales –en especial en la formulación de tipos penales particulares–. No obstante se ha previsto para los §§ 330, 330 a StGB una *ligera elevación de los marcos penales*, lo cual confirma la tendencia ya descrita con anterioridad a una ampliación y agravación del Derecho Penal medio-ambiental. No se consideró necesaria claramente una actuación que fuera más allá, máxime ante el trasfondo de la reforma lograda antes del final de 1994.

3. Estado actual de la discusión: ¿Tipos penales especiales para funcionarios?

La falta de tipos penales especiales para funcionarios representa un punto débil del Derecho vigente, vivamente discutido en tiempos recientes³⁹. En la medida en que los órganos administrativos de modo antijurídico han tomado decisiones lesivas para el medio-ambiente, tras las que pudieron escudarse dentro de lo posible personas privadas y empresas, crece la necesidad de actuación legal.

La introducción de una punibilidad propia de funcionarios⁴⁰, propuesta por un Proyecto del SPD, no había podido imponerse. La mayoría parlamen-

³⁶ La modificación legal corresponde a lo sumo con la denominada *Doctrina del abuso del derecho*, sostenida hasta entonces: referencias en Schmidt/Schöne (nota 24), p. 2514.

³⁷ Eser (nota 23), p. 104

³⁸ Así también Schmidt/Schöne (nota 24), p. 2514

³⁹ Sobre lo que sigue Eser (nota 23), p. 117 y s.

⁴⁰ Proyecto de una Ley de modificación del Derecho Penal – Segunda Ley para combatir la criminalidad medio-ambiental, Bundestags-Drucksache 12/376.

taria temía justamente que al final una punibilidad propia del funcionario sobresaliera sólo por la contraproductividad, dado que una temida “mentalidad de aseguramiento” de las autoridades medio-ambientales podía conducir a un entumecimiento de estos puestos administrativos o bien a una emigración de personal cualificado⁴¹. Precisamente porque la policía y la Fiscalía están asignadas necesariamente a la cooperación con las autoridades medio-ambientales, se prohíbe la introducción de un delito propio de funcionario. Además, al Derecho Penal no puede corresponderle la misión de disipar defectos organizativos, instrumentales o personales relativos a las autoridades medio-ambientales. Como consecuencia, el legislador alemán, antes tanto como ahora, cree poder recurrir a los preceptos penales generales⁴², y en especial precisamente a la punibilidad por la omisión contraria al deber, puesto que la posición de garantía del funcionario competente que le obliga a la evitación del resultado (§ 13 párr.1 StGB) es adquirida por su función de protección para el bien medio ambiente, a él confiado en cualquier momento⁴³.

Sobre esta discusión queda por señalar que una opinión minoritaria⁴⁴, que teme una ampliación ilimitada de la punibilidad y por ello niega básicamente un deber de garantía, no confiere suficiente peso a la responsabilidad altamente cualificada de las autoridades medio-ambientales⁴⁵. En la praxis, además, se impide la criminalización de funcionarios porque los espacios de decisión de las autoridades son tabú desde el punto de vista penal⁴⁶. Sin embargo, justamente por ello, la responsabilidad de los funcionarios queda limitada básicamente a aquéllas materias en las que, conforme a las correspondientes leyes administrativas, aquéllos debieron haber evitado la discutida puesta en peligro de carácter económico en cada caso, lo cual prácticamente sólo debería ser relevante de modo excepcional, como muestran las experiencias del pasado⁴⁷. Conforme a una sentencia fundamental del Tribunal Supremo⁴⁸ se le puede imputar a un funcionario una infracción penal contra el medio ambiente, en calidad de autor mediato o de coautor, cuando conscientemente concede una autorización incorrecta.

⁴¹ Referencias en Schmidt/Schöne (nota 24), p. 2515.

⁴² Cfr: Bundestags-Drucksache 8/3633, p. 20.

⁴³ Eser (nota 23), pp. 117/118; Schmidt/Schöne (nota 24), p. 2515.

⁴⁴ H. Tröndle, “Verwaltungshandeln und Strafverfolgung – Konkurrierende Instrumente des Umweltrechts?”, en: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ) 1989, pp. 918-927 (922 y ss); B. Miel, *Die Notwendigkeit eines Sonderatbestandes im Umweltstrafrecht – Umweltuntreue*, ZRP 1989, pp. 105-110 (108); C. Geisler, *Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltrecht*, NJW 1982, pp. 11-15 (13 y ss).

⁴⁵ Así también Schmidt/Schöne (nota 24), p. 2515

⁴⁶ OLG (Oberlandesgericht) Frankfurt, NJW 1987, p. 2757; ulteriores referencias en Eser (nota 23), p. 118

⁴⁷ Eser (nota 23), p. 118.

⁴⁸ BGHSt 39, 381 (1993); críticamente sobre ello R. Michalke, *Die Strafbarkeit von Amtsträgern wegen Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB) und umweltgefährdender Abfallbeseitigung (§ 326 StGB) in neuem Licht*, NJW 1994, pp. 1693-1698.

Para concluir cabe insistir en que de aquí en adelante – también con atención a las experiencias de otros ordenamientos jurídicos– habrá que reflexionar sobre la introducción de una punibilidad propia de los funcionarios en el Derecho Penal medio-ambiental alemán.

4. Perspectiva: aguzamiento de la conciencia medio-ambiental

El desarrollo del Derecho Penal medio-ambiental deberá estar impregnado también en el futuro –a pesar de las objeciones por parte de la economía y de elementales objeciones de la dogmática jurídico-penal– de la conciencia de responsabilidad frente a las generaciones futuras sobre la conservación de las bases naturales de la vida.

Hay que advertir sin embargo para un aguzamiento de la conciencia medio-ambiental, que la protección del medio ambiente sólo se dirigió durante mucho tiempo, en razón de un reduccionismo antropocéntrico-egoísta, hacia lo útil para el ser humano y el aseguramiento de los recursos naturales⁴⁹. En consecuencia se diferenciaron entre medios medio-ambientales regenerables (como el aire, el agua, los animales y las plantas) y no regenerables (como las riquezas del subsuelo) y se concentró la protección sobre todo en una acompasada utilidad y garantía de la regeneración del bien medio-ambiental. Se prestó una atención insuficiente al fin de la conservación del acopio de material hereditario en su necesaria riqueza. Si se piensa que en cada clase de planta o de animal subyace en el material hereditario una provisión de latentes “saberes de supervivencia”, la conservación de la variedad de especies aparece en una nueva dimensión. No obstante quien no considere esto suficientemente importante ya por la conservación de un equilibrio entre los diferentes tipos de animales y plantas, sino que exija la referencia al ser humano, puede encontrarla en el aseguramiento de la calidad de vida.

III. Lucha contra la corrupción

1. Punto de partida

La corrupción como úlcera cancerosa en el Estado y la sociedad, como “the enemy within”, como “veneno corrosivo” en el cuerpo de las democracias del Estado de Derecho, como socavación de la fiabilidad de quienes ostentan la capacidad de decisión en el Estado y la sociedad, como el tumor

⁴⁹ En lo que sigue, con más detalle, Eser (nota 23), p. 123, además – en español– A. Eser, “Derecho Ecológico (Ökologisches Recht)”. Sanz Morán, en: *Revista de Derecho Público II* (1985), pp. 603-652, también publicado en: *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lima, 1998, pp. 115-171 (121 y ss).

de una criminalidad organizada que trasciende a los Estados – y todo ello actualmente como “un negocio de la vida diaria”: estas son sólo algunas entre otras muchas caracterizaciones, con las que se consideran los cada vez más frecuentes informes sobre sobornos y corruptibilidad en el Estado y la economía. Por lo que se refiere a la creciente predisposición a la alarma que cabe observar hoy en todo el mundo frente a la peligrosidad de la corrupción y la necesidad de combatirla, la política alemana no podía permanecer más tiempo inactiva. Estas preocupaciones han encontrado su plasmación recientemente en una “*Ley para combatir la corrupción*” (KBG) de 20.8.1997⁵⁰. En ella fueron modificados una serie de preceptos del Código Penal alemán o incorporados *ex novo*. El desarrollo que a ello acompaña puede caracterizarse como sigue:

2. Innovaciones introducidas por la KBG de 1997

a) Ampliación de los tipos existentes

A la KBG está vinculada una ampliación general de los tipos penales del cohecho. Esto vale sobre todo para el *concepto de funcionario* en el § 11 párr. 1. Nr. 2 StGB, al que corresponde un significado central para la aplicación de los §§ 331 y ss StGB. Este concepto ha sido ampliado hasta tal punto, que de aquí en adelante también pueden ser considerados funcionarios aquellas personas a las que, en la utilización de una forma jurídica y de organización jurídico-privada, les son transferidas tareas de carácter público⁵¹.

Además, los tipos penales básicos del cohecho pasivo y activo (§§ 331 párr. 1 y § 333 párr. 1 StGB) fueron ampliados mediante una relajación de la relación, denominada en la dogmática jurídico-penal alemana como “*Acuerdo del injusto*” (“*Unrechtsvereinbarung*”), entre el beneficio y la acción de servicio, que no hace ya necesaria en adelante la verificación de una concreta contraprestación para el consentimiento en el beneficio⁵².

Además, las llamadas prebendas a terceros, esto es, prestaciones que el funcionario no exige o permite prometer para si mismo, quedan ahora comprendidas expresamente en los §§ 331 y ss StGB, mientras la Jurisprudencia⁵³ había exigido hasta ahora –más allá del tenor literal de la ley– un *comportamiento del funcionario en beneficio propio*.

⁵⁰ BGBI. 1997 I p. 2038.

⁵¹ Por el contrario el Tribunal Supremo no había podido decidirse todavía en su Jurisprudencia anterior por un punto de vista funcional: cfr. BGHSt 38, p. 199, 203/204 (1993). Cfr. también sobre este campo de problemas en la cifra 3.

⁵² M. Korte, *Bekämpfung der Korruption und Schutz des freien Wettbewerbs mit den Mitteln des Strafrechts*, NSStZ 1997, pp. 513-525 (514); W.J. Schaupensteiner, “Das Korruptionsbekämpfungsgesetz”, en *Kriminalistik 1997*, pp. 699-704 (700).

⁵³ Referencias en Tröndle/Fischer (nota 10), § 331 Marg. 11 a.

b) Nuevos tipos penales para la protección de la libre competencia

Para la protección de la competencia frente a acuerdos limitadores de la misma y la corrupción en el tráfico mercantil fue introducido en el StGB un nuevo Título 26. denominado “Delitos contra la competencia”. En él no todos son, sin embargo, preceptos nuevos. Más bien tuvo lugar esencialmente –como en el caso de la estafa concursal (§298 StGB)– un trasvase de otras leyes, como la Ley contra las limitaciones a la competencia (GWB) y la ley contra la competencia desleal (UWG), al núcleo del Derecho Penal, con lo que se pretendía contribuir a una agudización de la conciencia en relación al significado de estos delitos. En el Derecho penal alemán sigue sin haber un tipo general de cohecho para el ámbito de la economía privada, aunque el § 299 StGB recoge multitud de casos pertenecientes al mismo.

c) Elevación de los marcos penales

La KBG fue acompañada de una ligera elevación de los marcos penales en el ámbito de los delitos de cohecho, que toma mejor en cuenta la creciente conciencia del problema y el más alto rango con el que se clasifican los bienes jurídicos afectados. Ejemplificativo es el cambio del marco penal introducido para la “aceptación de preventas” en el § 331 párr.1 StGB: este era anteriormente de pena privativa de libertad de hasta dos años o pena de multa, y en la actualidad se prevé pena privativa de libertad de hasta tres años o pena de multa.

d) Pena patrimonial y comiso ampliado

Las regulaciones del nuevo § 338 StGB sobre la pena patrimonial (§ 43 a StGB) y el comiso ampliado (§ 73 d StGB) siguen un principio muy importante en la actual discusión político-criminal sobre el cohecho y corruptela cometidos en compañía de otros y en el ámbito profesional: se trata por un lado del fin preventivo-especial relativo a contrarrestar la construcción o progreso de una organización criminal mediante la privación de los recursos precisos para ello, y por otra parte representa en el trasfondo la idea, constantemente expresada en forma de lema, de que “¡los crímenes no pueden ser rentables!”.

3. Punto actual de la discusión: la cualidad de funcionario en el ámbito fronterizo entre el Derecho Público y el Derecho Privado.

En la “sentencia sobre la constructora berlinesa”⁵⁴ el Tribunal Supremo alemán ha expuesto el principio según el cual la utilización de una forma jurídica y organizativa jurídico-privada indica la vigencia del Derecho Privado, con

⁵⁴ BGHSt 38, 199; cfr. Supra nota 51; acerca de la Jurisprudencia anterior y de la crítica practicada a la misma véase también W. Vahlenkamp/ I. Kraub, *Korruption – hinehmen oder handeln?*, Bundeskriminalamt, Wiesbaden 1995, pp. 280 y ss con referencias.

la consecuencia de que fue negada la cualidad de funcionario –conforme a la anterior redacción del § 11 Apd° 1 Nr. 2 c StGB– del director de una sociedad de responsabilidad limitada (GmbH). A aquél se le priva de fundamento a través de la nueva redacción anteriormente expuesta del § 11 Apd° 1. Nr. 2 c StGB, dado que el legislador ha dejado claro actualmente que la cuestión de la realización de las funciones públicas no depende de la forma jurídica del empresario a ellas encomendado, sino más bien de una consideración funcional.

No se modificó por el contrario la formulación relativa a que la persona afectada debe ser “*solicitada*” a la realización de funciones públicas, por lo que la discusión entre los partidarios de una consideración funcional y los de una consideración organizativo-formal todavía es de aquí en adelante actual. En una sentencia más reciente⁵⁵ acerca de los requisitos relativos a esa “solicitud” el Tribunal Supremo alemán no ha exigido precisamente una obligación formal según la Ley de obligaciones, pero tampoco ha considerado suficiente en cambio una delegación puramente jurídico-privada.

Más bien se precisa un acto especial de solicitud que debe conducir a las personas privadas o bien a una actividad a largo plazo que trasciende el encargo particular, o bien a su inclusión organizativa en la estructura de autoridades⁵⁶. Reiteradamente se exige por ello ampliar nuevamente el § 11 Apd° 2 Nr. 2 c StGB⁵⁷. En contra habla el hecho de que, sin un tal acto especial de solicitud, posiblemente no se dejaría suficientemente claro a los particulares que al encargo están vinculados unos especiales deberes de comportamiento conminados con pena⁵⁸. Además una gran parte de los casos que entran en consideración se recogen acutalemnte en el § 299 StGB, de manera que se alegan dudas respecto a la existencia de serias lagunas de punibilidad.

Hay que concluir que la discusión sobre la cualidad de funcionario de las personas en el ámbito fronterizo entre el Derecho Público y el Derecho Privado se mantendrá en el futuro, así como la invocación de un tipo penal de cohecho genérico para el ámbito de la economía privada –por ejemplo en la dirección del modelo *sueco*–⁵⁹.

⁵⁵ BGHSt 43, pp. 96-106 (1998); allí también ulteriores referencias sobre las diferentes posiciones mencionadas.

⁵⁶ Sobre ulteriores particularidades cfr. A. Ransiek Zur Amtsträgereigenschaft nach § 11 I Nr. 2c StGB, NStZ 1997, pp. 519-525.

⁵⁷ Así por ejemplo P. König, “Neues Strafrecht gegen die Korruption”, en: Juristische Rundschau (JR) 1997, pp. 397-404 (398); M. Möhenschlager, “Strafrechtliche Vorhaben zur Bekämpfung der Korruption auf nationaler und internationaler Ebene”, en JZ 1996, pp. 822-831 (824).

⁵⁸ Igualmente BGHSt 43, p. 105, a cuyo efecto por cierto –en contra del BGH– no se precisa una actividad a largo plazo de la persona privada en el sentido de una relación de ocupación fija: cfr. Eser, en Schönke/Schröder (nota 5), § 11 marg. 27.

⁵⁹ En Derecho Comparado cfr. sobre ello las aportaciones en A. Eser/M. Überhofen/B. Huber (Coord.), Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht, Freiburg, 1997, en especial pp. 761 y ss. En especial sobre Suecia cfr. Cornils, ibidem, pp. 505 y ss, *Veröffentlichung als Querschnitt* –en español– en: M. Überhofen, La corrupción en el derecho comparado, Konrad-Adenauer-Stiftung A.C. CIEDLA, Buenos Aires 1997.

4. Perspectiva

Tras los más recientes cambios legislativos deben ser estudiados en primer lugar sus efectos prácticos. Toda una serie de propuestas de reforma –como por ejemplo la *vigilancia telefónica* en casos de cohecho (apéndice del § 100 a StPO) y la introducción de una *regulación similar a la de los testigos principales*– que podían no encontrar durante largo tiempo apoyos, centrarán la discusión en el futuro como posibilidades añadidas de la lucha contra la corrupción.

IV. La interrupción del embarazo

1. Sobre el desarrollo jurídico-penal desde la reunificación alemana

La reforma del anteriormente llamado aborto ha dominado como casi ningún otro tema la discusión jurídico-política de las últimas décadas. Tas haber llegado a una primera reforma en los años 70⁶⁰, surgió la necesidad de una nueva regulación de la interrupción del embarazo debido a la reunificación alemana⁶¹. Después de dicha reunificación siguieron en vigor regulaciones diversas para los antiguos y los nuevos Estados (*Bundesländer*): mientras que en los antiguos Estados regía todavía la llamada *regulación de las indicaciones*, según la cual una interrupción del embarazo sólo quedaba exenta de pena bajo especiales circunstancias de necesidad de la embarazada, en los nuevos Estados –correspondientes al Derecho de la antigua DDR– seguía en vigor una regulación mucho más leve relativa a la allí vigente “*solución del plazo*”, según la cual una interrupción no sólo quedaba exenta de pena de modo ilimitado, sino que incluso otorgaba un “Derecho a la interrupción del embarazo” durante las primeras doce semanas. El Convenio de Unificación alemán en el Art. 31 Aptd° IV previó acabar en el plazo máximo del 31.12.1992 con esta falta de unificación entre Este y Oeste, generalmente admitida como insatisfactoria, relativa a la interrupción del embarazo. Sólo algunos vislumbraron sin embargo en este momento qué intensas controversias hasta llegar a una (nueva) intervención del Tribunal Constitucional, traería consigo esta misión.

⁶⁰ Con más detalle sobre ello Eser (nota 2), pp. 109-134; además, en español, A. Eser, “Reforma de la Regulación del Aborto en el Derecho Penal Alemán: Evolución y primeras experiencias”, en: *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona (Libro-Homenaje al Prof. Antonio Beristain)*, Instituto Vasco de Criminología, Donostia (San Sebastián), 1989, pp. 719-739; también publicado en: *Derecho penal, Medicina, y Genética, Lima, 1998*, pp. 135-168.

⁶¹ Cfr. sobre la exposición que sigue, Eser, *Zweites deutsch-ungarisches Kolloquium* (nota 4), pp. 33 y ss; Eser, en Schönke/Schröder (nota 5), comentarios a los §§ 218 y ss, margs. 2 y ss; además –en español- A. Eser, “Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de dercho comparado”, en: *Actualidad Penal*, n° 4, Madrid, 1994, pp. 55-71, también publicado en: *A. Eser, Nuevos Horizontes en la Ciencia Penal*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1999, pp. 193-218.

⁶² Sobre particularidades cfr. A. Eser, *Das neue Schwangerschaftsabbruchsstrafrecht auf dem Prüfstand*, NJW 1992, pp. 29133-2925, en especial p. 2914.

El legislador alemán común se vio obligado a encontrar un compromiso entre *seis* proyectos muy diferentes⁶². Para ello se decidió finalmente por un camino intermedio entre la antigua “*regulación alemana de las indicaciones sobre una triple base de enjuiciamiento*” y la hasta entonces regulación de la DDR de una “*solución del plazo sobre una base de determinación autónoma*”⁶³. Esto sucedía en la medida en que la embarazada debía estar obligada a recibir asesoramiento en una situación de necesidad o conflicto, pero la decisión finalmente adoptada debería ser aceptada. Se trató de una proposición de grupo más allá de los partidos, que recibió –sobre todo con los votos del SPD y del FDP, pero también de las filas de la fracción CDU/CSU– sorprendentemente una amplia mayoría al final como “Ley de ayuda a la embarazada y a la familia” el 25.6.1992. Después, una interrupción del embarazo llevada a cabo por un médico en el plazo de doce semanas desde la concepción, tras el asesoramiento de la embarazada en una situación de necesidad o conflicto, debía considerarse “*no antijurídica*”⁶⁴. Como es sabido, la fracción minoritaria en el Parlamento del CDU/CSU, así como el Gobierno del Estado de Bayern, interpusieron recurso de inconstitucionalidad, y tuvieron éxito, dado que el Tribunal Constitucional sólo contempla una justificación con base en una indicación formalmente determinada. No fue menos importante, sin embargo, que el Tribunal Constitucional consideró básicamente correcto el “modelo del asesoramiento”, si bien este no podía conducir a la justificación, sino sólo a una situación de exención de la pena⁶⁵. De cualquier modo el legislador se vio obligado por esta sentencia del Tribunal Constitucional a una nueva reforma, que finalmente tuvo lugar, tras intensos análisis parlamentarios ulteriores, mediante la “Ley de modificación de la ayuda a la embarazada y a la familia” de 21.8.1995⁶⁶. En esta ley se prosiguió con el ya anteriormente anhelado *camino intermedio* entre los modelos de regulación vigentes en la BRD y la DDR, llegándose a un acuerdo hasta hoy vigente sobre la base de un *modelo combinado del asesoramiento y las indicaciones*⁶⁷.

2. Las regulaciones más importantes desde una perspectiva sistemática

a) La *norma fundamentadora de la pena* para la prohibición básica de la interrupción del embarazo es el 218 Apdº 1 Inciso 1 StGB⁶⁸, estando ya

⁶³ Esto se corresponde esencialmente con la concepción derivada de un proyecto de investigación de Derecho Comparado del Max-Planck-Institut de Friburgo: Eser, *Zeites deutsch-ungarisches Kolloquium* (nota 4), p. 34, nota 79; además A. Eser, *Schwangerschaftsabbruch zwischen Grundwertorientierung und Strafrecht*, ZRP 1991, pp. 291-298.

⁶⁴ BGB I 1992 I p. 1398. Sobre mi propia evaluación véase A. Eser, *Schwangerschaftsabbruch: Auf dem verfassungsgerichtlichen Prüfstand*, Baden-Baden, 1994.

⁶⁵ Con más detalle A. Eser, *Schwangerschaftsabbruch: Reformversuche in Umsetzung des BverfG-Urteils*, *JuristenZeitung*, 1994, pp. 503-510.

⁶⁶ BGBI. 1995 I p. 1050

⁶⁷ Eser, en: Schönke/Schröder (nota 5), Comentarios a los §§ 218 y ss, marg. 1.

⁶⁸ Cfr. sobre lo que sigue Eser (nota 67), §§ 218 y ss, margs. 14 y ss.

excluida la tipicidad de la fase previa hasta la culminación de la anidación por el § 218 Apd° 1 inciso 2⁶⁹. No se diferencia expresamente entre el aborto propio y el ajeno; de todos modos las embarazadas, los médicos y cualesquiera terceros partícipes pueden responder penalmente de modo diverso a causa de las distintas clases de exenciones de pena vinculadas a cada persona.

b) *Las causas de exención de la pena* se encuentran en la actualidad en el § 218 a StGB en una cuádruple (sino incluso quíntuple) graduación: a tenor del § 218 StGB *no es típica* –aunque, según la voluntad del Tribunal Constitucional, *sí antijurídica*⁷⁰– aquella interrupción del embarazo llevada a cabo por un médico dentro de las primera doce semanas tras la concepción, siempre que fuera expedido un certificado (§ 218 a Apd° 1 Inciso 1 StGB) acerca del asesoramiento a la embarazada (§ 219 StGB). Más allá tampoco se penaliza a la embarazada misma cuando la interrupción se lleva a cabo por un médico según el asesoramiento reglamentario dentro de las primeras 22 semanas de embarazo (§ 218 a Apd° 4 Inciso 1 StGB). Dado que se trata de una *causa personal de exclusión de la pena*, el resto de partícipes (como en especial el médico), continúan respondiendo conforme al § 218 Apd° 1 StGB. Lo mismo rige también para la mera tentativa de una interrupción del embarazo (§218 Apd° 4 StGB). Finalmente se puede incluso dejar de penalizar a aquélla embarazada que, pese a no concurrir ninguno de los requisitos mencionados anteriormente, se encontraba, sin embargo, en una situación de “especial aflicción” en el momento de la intervención (§ 218 a Apd° 1 Inciso 2 StGB).

La interrupción del embarazo en los casos de la indicación justificante del § 218 a Apd° 2 y 3 StGB, donde se prevén los diferentes plazos respectivos de intervención, no sólo es atípica, sino además “*no antijurídica*”. Quedan aquí comprendidos casos en los cuales, según el conocimiento médico, la continuación del embarazo hubiera supuesto un peligro para la vida o un grave peligro para la salud de la embarazada, así como casos en los que la embarazada ha sido víctima de un delito sexual. Junto a ello entra actualmente también en consideración una interrupción del embarazo *atípica y conforme a Derecho*, justamente en forma de una interrupción bajo asesoramiento conforme al § 218 a Apd° 1 StGB, según el cual, aunque no tenga lugar la determinación formal de la indicación según el § 218 b StGB, materialmente se dan sin embargo todos los presupuestos de una indicación según el § 218 a

⁶⁹ Sobre las particulares “fases de protección”, Eser (nota 67), margs. 33 y ss.

⁷⁰ Con más detalle Eser (nota 67), § 218 a StGB, margs, 13 y ss.

Apdº 2 o 3 StGB. Ello se debe a que los deberes relativos a las indicaciones son únicamente *prescripciones de control subsidiarias* (§218 b Apdº 1 Inciso 1 y 2 StGB), dado que las consecuencias penales de su lesión sólo alcanzan al médico, pero no a la embarazada misma⁷¹ (§ 218 b Apdº 1 Inciso 3 StGB).

c) Para mostrar en qué medida han cristalizado en la Ley las posiciones básicas en conflicto relativas a una solución del plazo y una de las indicaciones, hay que traer a colación una vez más el *precepto sobre el asesoramiento* del § 219 StGB. Conforme a su Apdº 1 Inciso 3 “la mujer debe ser consciente de que el no nacido tiene, también frente a ella, un derecho propio a la vida y que por consiguiente una interrupción del embarazo sólo puede entrar en consideración conforme al ordenamiento jurídico en situaciones excepcionales, cuando tener el niño ocasione a la mujer una carga tan pesada y extraordinaria que supere la frontera exigible a la víctima...”.

Esto recuerda de modo inequívoco la idea del modelo de las indicaciones. Pero en realidad, en el marco del § 218 a Apdº 1 StGB, la mujer puede resultar exenta de pena, aún cuando no se de en modo alguno una tal situación excepcional, lo cual en consecuencia la acerca más bien a la solución del plazo. Se pretende explicar el “concepto de asesoramiento”, situado en esta zona de tensiones, con la diferencia entre la mera descriminalización y la completa legalización⁷², sin advertir una contradicción interna entre los §§ 218 a Apdº 1 StGB y 219 Apdº 1 Inciso 3 StGB. En cualquier caso hay que advertir que en todo el Derecho Penal alemán no hay prácticamente ningún otro ámbito de regulación comparable en el que el legislador exprese de modo tan claro la desaprobación y antijuridicidad de un tipo de comportamiento, abstrayéndose sin embargo al final de sus consecuencias jurídico-penales. Esto subraya el *carácter excepcional* de las prescripciones vigentes acerca de la interrupción del embarazo.

3. Sobre la discusión actual

Lo que sigue a continuación acerca de la 6ª Ley de Reforma del Derecho Penal deja los §§ 218-219 b StGB intactos. De ello no puede extraerse en modo alguno la conclusión de que la discusión sobre la interrupción del embarazo, tras ahora más de cuatro años desde la entrada en vigor de la nueva regulación, se haya tranquilizado plenamente. Así en primer lugar la enton-

⁷¹ Eser (nota 67), marg. 19.

⁷² Cfr. Eser (nota 4), p. 35.

ces Ministra de Familia Nolte particularmente tanteó la situación, exigiendo el examen del Derecho vigente sobre la interrupción del embarazo⁷³ –y ello abiertamente con la idea de reflexionar acerca de una nueva agravación de la regulación. Poco después –en Enero de 1998– un escrito del Papa Juan Pablo II ocasionó una gran agitación en el Episcopado alemán. En él exhortaba a que en cualquier caso la Iglesia Católica en Alemania debía apartarse del asesoramiento a la embarazada, debiendo abstenerse en el futuro de conceder certificados de asesoramiento, tal y como se prevé en el § 219 Apdº 2 inciso 2 StGB, ya que la Iglesia no debe permitir los presupuestos para una interrupción del embarazo impune⁷⁴.

Sin poder desarrollar aquí la extremadamente compleja problemática de la interrupción del embarazo, cabe extraer sin embargo del Proyecto empírico de Derecho comparado –actualmente acabado– de nuestro Max-Planck-Institut, al menos la siguiente enseñanza: si se quiere condenar la interrupción del embarazo no sólo verbalmente, sino que se quiere contribuir realmente a la protección de la vida no nacida, ello tendrá que intentarse no tanto con la pena como más bien con ayuda y asesoramiento de las embarazadas⁷⁵.

V. La Sexta Ley de Reforma del Derecho Penal (6. StrRG)

Con esta Sexta Ley de Reforma del Derecho Penal⁷⁶, que ha entrado en vigor el 1 de abril de 1998, el legislador quería conectar con las cinco leyes de Reforma del Derecho Penal de los años 1969 a 1974⁷⁷: mientras que la Parte General del Código Penal fue renovada esencialmente mediante la Primera y Segunda Leyes de Reforma, el legislador ha continuado la reforma de la Parte Especial, tras la Ley Introductoria al Código Penal del 2.3.1974⁷⁸ y la Quinta Ley de Reforma del Derecho Penal del 18.6.1974⁷⁹, tan sólo en ámbitos parciales a través de un gran número de leyes de modificación. Esta 6. StrRG aspira a culminar en la medida de lo posible esta reforma.

⁷³ *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 31.12.1997, p. 2.

⁷⁴ Con más detalle sobre ello J. Reiter (Coord.), *Der Schein des Anstobes. Schwangerschaftskonfliktberatung nach dem Papstbrief*, Freiburg-Basel-Wien, 1999 – Después de que el episcopado alemán creyera haber encontrado un compromiso, el Papa ha vedado ahora definitivamente la entrega de las certificaciones de asesoramiento a través de centros de asesoramiento católicos: cfr. *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 24.11.1999.

⁷⁵ Con más detalle sobre ello A. Eser/H.G. Koch, *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich. Teil 3: Rechtsvergleichender Querschnitt – Rechtspolitische Schlubbetrachtungen – Dokumentationen zur Rechtsentwicklung*, Baden-Baden, 2000, en especial pp. 513 y ss.

⁷⁶ En abreviatura 6.StrRG del 26.1.1998 (BGBl. 1998 I p. 164).

⁷⁷ Bundestags-Drucksache 13/8587 p. 18; cfr. también G. Freund, *Der Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts*, ZStW 109 (1997), pp. 455-489 (456).

⁷⁸ BGBl. 1974 I p. 469

⁷⁹ BGBl. 1974 I p. 1297

Las novedades introducidas por esta 6. StrRG pueden agruparse en *tres ámbitos nucleares*: (1.) trata, en primer lugar, de *armonizar los marcos penales*; (2) por otra parte persigue una *complementación y nueva redacción* de preceptos penales con la finalidad de cubrir lagunas de punibilidad y eliminar dificultades de interpretación; (3) por último procede a la abolición de algunos preceptos que se entienden en la actualidad desfasados o en todo caso innecesarios.

1. Armonización de los marcos penales

Cuando se habla de una armonización de los marcos penales, se trata en primer término de la relación entre los preceptos para la protección de bienes jurídicos personalísimos como la vida, la integridad corporal, y la libertad, de un lado, y las prescripciones que protegen los bienes jurídicos materiales como la propiedad, el patrimonio o la seguridad del tráfico jurídico⁸⁰, de otro lado. Para mencionar un ejemplo clásico: según el derecho vigente hasta ahora la tentativa de un delito de daños era en efecto punible conforme al § 303 Apdº 1 y 2 StGB, pero la tentativa de una lesión simple (§ 223 StGB) por el contrario no. Esto ya no es hoy correcto a juzgar por la relevancia que, según el parecer general, le corresponde al bien jurídico integridad corporal en relación con el bien jurídico propiedad⁸¹. En consecuencia en el futuro la tentativa de unas lesiones simples será punible debido al recientemente incorporado Apdº 2 del § 223 StGB, con lo que ciertamente se ha procedido a una nueva redacción y no solamente a una armonización entre los delitos de lesiones y los delitos contra la propiedad. Lo mismo sucede para el futuro en relación a la detención ilegal intentada, conminada con pena conforme al § 239 Apdº 2 StGB.

En este orden de ideas hay que mencionar además en relación a las lesiones graves según la nueva redacción del § 226, que los marcos penales previstos para los supuestos de una producción consciente o premeditada del resultado se elevan a penas no inferiores a tres años. También se agrava la amenaza penal para los casos menos graves del homicidio (§ 213 StGB), para los cuales ahora está prevista pena privativa de libertad de uno hasta diez años (hasta ahora: pena privativa de libertad de seis meses hasta cinco años). Junto a las medidas mencionadas en el ámbito de los delitos de lesiones y contra la vida, los marcos penales mínimos en las *faltas (Vergehen) con resultado de muerte* y los *delitos (Verbrechen) con resultado de muerte* se articulan mejor entre sí⁸². Además, se han previsto ulteriores agravaciones de la pena en el ámbito de los delitos sexuales.

⁸⁰ Con más detalle *Freund* (nota 77), pp. 458 y ss.

⁸¹ *Freund* (nota 77), p. 458.

⁸² “Numerosas conminaciones penales que actúan entre sí de un modo fuertemente divergente y arbitrario”: *Freund* (nota 77), p. 460.

2. Modificación de tipos penales

Las complementaciones y nuevas redacciones de preceptos penales operadas por la 6. StrRG son muy amplias y no pueden ser tratadas en su totalidad en este lugar. Para citar dos ejemplos como ilustración de lo que se quiere indicar:

Toda vez que el legislador actualmente incluye expresamente en el hurto (§ 242 StGB) y en la apropiación indebida (§ 246 StGB)⁸³ casos de la llamada *apropiación para un tercero*, resuelve una antigua discusión teórica⁸⁴ en lugar de continuar confiando la solución del problema a la doctrina y la jurisprudencia. Se facilita sustancialmente con ello a los Tribunales su aplicación en los difíciles casos límite constatados conforme al Derecho anterior.

En la medida en que se aspira a una nueva ordenación de preceptos vigentes, adecuados y con sentido, se llama la atención sobre la nueva redacción de los delitos de incendios (§§ 306 y ss), que no poseían en la redacción que tenían hasta el momento un verdadero tipo básico y que se caracterizaban por una sistemática calificada⁸⁵ con frecuencia de confusa.

3. Abolición de preceptos

Entre los preceptos abolidos mediante la 6. StrRG se cuenta el infanticidio del § 217 StGB. Se privilegiaba la muerte de un niño extramatrimonial por su madre en el nacimiento o justamente después del mismo para tomar en cuenta “la excepcional situación psíquica de la madre”⁸⁶. Dado que en nuestro momento actual ya no se asocia reprobación o proscripción alguna al hecho de que una mujer traiga un hijo extramatrimonial al mundo, tal como el legislador histórico quiso tener en cuenta, ya no puede hablarse prácticamente, al menos desde esta perspectiva, de una “excepcional situación psíquica”. La regulación tampoco casaba ya en el contexto del derecho de aborto, dado que precisamente se posibilita a la mujer en “situaciones excepcionales” el tomar una decisión en un momento anterior sobre si desea o no tener el niño. La abolición del § 217 StGB no tiene por qué significar que la mujer que no hubiera podido ya decidirse por una interrupción del embarazo, y que se ve abocada a la muerte de su niño recién nacido, haya perdido cualquier privilegio, porque, en lugar del suprimido § 217, puede invocar, antes como ahora, la cláusula general de atenuación del § 213 StGB⁸⁷.

⁸³ Lo mismo rige en lógica consecuencia para el robo (§ 249 StGB), así como para la caza y la pesca furtiva (§§ 292, 293 StGB).

⁸⁴ Expuesto en Tröndle/Fischer (nota 10), § 246 marg. 13 a.

⁸⁵ Así acertadamente F. Haft, *Strafrecht Besonderer Teil*, 6ª Ed., München 1997, p. 264.

⁸⁶ Cfr. Eser, en: *Schönke/Schröder*, StGB, 25. Auflage 1997, § 217 marg. 1

⁸⁷ Cfr. Eser, en: *Schönke/Schröder* (nota 5), § 213 margs. 15 y ss.

El legislador ha desistido también de la forma dada hasta el momento al precepto del § 236 StGB, según el cual era punible el “seducir” –con su voluntad, pero sin la del titular del derecho a su educación– a una mujer no casada menor de dieciocho años a emprender actos sexuales. Con ello el legislador toma en cuenta la diferente moral sexual de la sociedad, sin descuidar la protección sobre todo del derecho de cuidado de los padres: así, a tenor del § 235 Apdº 1 Nr. 1 StGB, en su nueva redacción, será todavía punible apartar a una persona menor de dieciocho años de sus padres, con violencia, amenaza o ardid. Lo mismo rige para el caso en que se aparta o mantiene alejado de sus padres a un niño del que no se es pariente (entendiendo por tal a un menor de edad por debajo de los 14 años), y esto sucede justamente sin los medios violentos o engañosos anteriormente mencionados.

4. Lagunas de regulación todavía existentes

No debería quedar inadvertido que finalmente el legislador no ha encontrado, sin embargo, el valor para una reforma largamente atrasada. Esta es precisamente referente a la clarificación de las *intervenciones médicas*, que de un modo altamente insuficiente y discutible, son hoy solamente abarcables en el inadecuado tipo de las lesiones (§ 223 StGB)⁸⁸. Una vez que las nuevas regulaciones previstas en el Proyecto de la Sexta Ley de reforma del Derecho Penal sobre el tratamiento con finalidad curativa (§§ 229, 330) incurrieron en críticas⁸⁹, fueron completamente olvidadas. Pero, sin embargo, mediante la Ley de transplante de órganos de 5.11.1997⁹⁰, que ya ha entrado en vigor, ahora existe al menos una regulación parcial para el ámbito altamente significativo del transplante de órganos de donantes vivos y muertos.

Con certeza se puede afirmar por consiguiente a finales del siglo que el legislador alemán ha llevado a cabo con la 6.StrRG, en cualquier caso, un paso aplazado durante mucho tiempo hacia la modernización y unificación de la Parte Especial del Código Penal⁹¹. Con todo, esto difícilmente podrá ser el final de ulteriores esfuerzos de reforma, ya que también en el nuevo siglo la reforma del Derecho Penal, en el sentido de la experiencia mencionada al principio, continuará siendo la historia de su nunca culminada reforma.

⁸⁸ Cfr. Eser, en: Schönke/Schröder (nota 5), § 223 margs. 27 y ss.

⁸⁹ Cfr. A. Eser, “Zur Regelung der Heilbehandlung in rechtsvergleichender Perspektive”, en: Th. Weigend/G. Küper (Coord.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, Berlin, 1999, pp. 465-483 así como Freund (nota 77), pp. 475 y ss.

⁹⁰ BGBI. 1997 I p. 2631.

⁹¹ Sobre ulteriores particularidades de esta más reciente Ley de Reforma cfr. *F. Dencker/E. Struensee/U. Nelles/U. Stein*, Einführung in das 6. strafrechtsreformgesetz 1998, München, 1998.